

# **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 XXV — 3º Trimestre 1999 — N. 87*  
*Florianópolis — SC*  
*2000*

## JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

Publicação trimestral  
do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina,  
a cargo da Seção de Publicações e 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. Francisco Xavier Medeiros Vieira

Comissão de Jurisprudência:

Des. João José Ramos Schaefer — *Presidente*

Des. Anselmo Cerello

Des. Pedro Manoel Abreu

Des. José Trindade dos Santos

Des. Carlos Alberto Silveira Lenzi

(de acordo com a Portaria n. 170/98)

Diretor de Infra-Estrutura:

Mauro Camillo Duarte

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

Praça da Bandeira, n. 208

Caixa Postal n. 427

88 020-901 — Florianópolis — SC

Telefone (48) 221 1213

Fax (48) 221 1200

Telex 481108/482610

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> ..... | V |
|------------------------------------------------|---|

### **DOCTRINA**

|                                                                                                                                                                                       |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| “Proteção” — Pretexto para controle social arbitrário de adolescentes e a sobrevivência da “Doutrina da situação irregular” — Antônio Fernando do Amaral e Silva, Desembargador ..... | 3  |
| A Constituição como garantia da democracia: o papel dos princípios constitucionais — Ruy Samuel Espíndola, Professor e Advogado .....                                                 | 15 |
| Acesso à Justiça no Mercosul — Horácio Wanderlei Rodrigues, Professor .....                                                                                                           | 31 |
| O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: a regulamentação das ADIns. e ADCs pela Lei n. 9.868/99 — Luis Carlos Cancelier de Olivo, Jornalista e Advogado .....        | 43 |

### **JURISPRUDÊNCIA CÍVEL**

|                                                 |     |
|-------------------------------------------------|-----|
| Mandados de Segurança .....                     | 67  |
| Apelações Cíveis em Mandados de Segurança ..... | 69  |
| Apelações Cíveis .....                          | 78  |
| Agravos de Instrumento .....                    | 415 |
| Embargos de Declaração na Apelação Cível .....  | 487 |
| Habeas Corpus .....                             | 489 |

### **JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL**

|                           |     |
|---------------------------|-----|
| Habeas Corpus .....       | 497 |
| Recursos Criminais .....  | 523 |
| Apelações Criminais ..... | 532 |

|                                                       |            |
|-------------------------------------------------------|------------|
| Recursos de Agravo.....                               | 655        |
| <b>JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA</b> |            |
| Mandados de Segurança.....                            | 691        |
| Ação Direta de Inconstitucionalidade.....             | 706        |
| <b>JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b>     |            |
| Recurso Extraordinário.....                           | 713        |
| <b>JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA</b> |            |
| Recurso em Habeas Corpus.....                         | 719        |
| <b>VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA</b>        |            |
| Agravo no Pedido de Suspensão.....                    | 725        |
| Pedido de Suspensão de Liminar.....                   | 728        |
| Recurso Extraordinário.....                           | 731        |
| Recurso Extraordinário Crime.....                     | 733        |
| <b>ÍNDICE NUMÉRICO.....</b>                           | <b>737</b> |
| <b>ÍNDICE POR ASSUNTO.....</b>                        | <b>743</b> |

## COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (junho de 2000)

### TRIBUNAL PLENO

#### **Presidente**

Des. Francisco XAVIER Medeiros VIEIRA

#### **Vice-Presidente**

Des. JOÃO JOSÉ Ramos SCHAEFER

#### **Corregedor-Geral da Justiça**

Des. WILSON GUARANY Vieira

Des. JOÃO MARTINS

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

Des. Wilson EDER GRAF

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

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. 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

Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE

Des. SOLON D'EÇA NEVES

Des. José MAZONI FERREIRA

## ÓRGÃO ESPECIAL

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

Des. Francisco XAVIER Medeiros VIEIRA — **Presidente**  
Des. JOÃO JOSÉ Ramos SCHAEFER — **Vice-Presidente**  
Des. WILSON GUARANY Vieira — **Corregedor-Geral da Justiça**  
Des. JOÃO MARTINS  
Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO  
Des. Wilson EDER GRAF  
Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR  
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\*

## CONSELHO DA MAGISTRATURA

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

Des. Francisco XAVIER Medeiros VIEIRA  
Des. JOÃO JOSÉ Ramos SCHAEFER  
Des. WILSON GUARANY Vieira

## SEÇÃO CIVIL

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

Des. JOÃO MARTINS — **Presidente**  
Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO  
Des. Wilson EDER GRAF\*  
Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR  
Des. ANSELMO CERELLO  
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  
Des. SOLON D'EÇA NEVES  
Des. José MAZONI FERREIRA



## **PRIMEIRO GRUPO DE CÂMARAS**

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

Des. JOÃO MARTINS — **Presidente**  
Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO  
Des. ANSELMO CERELLO  
Des. CARLOS PRUDÊNCIO\*  
Des. José GASPAS RUBIK  
Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES  
Des. NEWTON TRISOTTO  
Des. José MAZONI FERREIRA

## **SEGUNDO GRUPO DE CÂMARAS**

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

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR — **Presidente**  
Des. Wilson EDER GRAF\*  
Des. PEDRO MANOEL ABREU  
Des. José TRINDADE DOS SANTOS  
Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI  
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA  
Des. SÉRGIO Torres PALADINO  
Des. SOLON D'EÇA NEVES

## **PRIMEIRA CÂMARA CIVIL**

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

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO — **Presidente**  
Des. CARLOS PRUDÊNCIO\*  
Des. ORLI RODRIGUES  
Des. NEWTON TRISOTTO

## **SEGUNDA CÂMARA CIVIL**

Sessões: quintas-feiras — Horário: 9h30min às 12h, com reinício às 14h —  
Local: 2º andar

Des. JOÃO MARTINS — **Presidente**  
Des. ANSELMO CERELLO  
Des. José GASPAS RUBIK  
Des. José MAZONI FERREIRA

## **TERCEIRA CÂMARA CIVIL**

Sessões: terças-feiras — Horário: 14h — Local: 1º andar

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI — **Presidente**  
Des. Wilson EDER GRAF\*  
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA  
Des. SÉRGIO Torres PALADINO

## **QUARTA CÂMARA CIVIL**

Sessões: quintas-feiras — Horário: 13h30min — Local: 4º andar

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR — **Presidente**

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. SOLON D'EÇA NEVES

## **CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS**

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

Des. ALBERTO Luiz da COSTA — **Presidente**

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA

Des. ÁLVARO WANDELLI Filho

Des. GENÉSIO NOLLI

Des. JORGE MUSSI

Des. FRANCISCO BORGES

Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA

Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE

Des. José Antônio TORRES MARQUES (Cooperando Des. Alberto Costa)

## **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. FRANCISCO BORGES

Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA

## **SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL**

Sessões: terças-feiras — Horário: 9h às 12h, com reinício às 14h —  
Local: 4º andar

Des. ALBERTO Luiz da COSTA — **Presidente**

Des. ÁLVARO WANDELLI Filho

Des. JORGE MUSSI

Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE

Des. José Antônio TORRES MARQUES (Cooperando Des. Alberto Costa)

## **CÂMARA ESPECIAL — PROCESSOS CÍVEIS**

Sessões: quartas-feiras — Horário: 14h — Local: 1º andar

Dr. VANDERLEI ROMER — **Presidente**

Dr. ELÁDIO TORRET ROCHA

Dr. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

Dr. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU

## **CÂMARA ESPECIAL — PROCESSOS CRIMINAIS**

Sessões: quintas-feiras — Horário: 14h — Local: 1º andar

Dr. NILTON João de MACEDO MACHADO

Dr. José Antônio TORRES MARQUES

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

Dr. VANDERLEI ROMER

Dr. NILTON João de MACEDO MACHADO

Dr. ELÁDIO TORRET ROCHA

Dr. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

Dr. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU

Dr. José Antônio TORRES MARQUES

## **JUÍZES CORREGEDORES**

Dr. NICANOR CALÍRIO DA SILVEIRA

Dr. TULLIO JOSÉ MOURA PINHEIRO

Dr. ROBERTO LUCAS PACHECO

## **SECRETÁRIO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Dr. JAIME SPRÍCIGO

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

Dr. VANDERLEI ROMER — Des. CARLOS PRUDÊNCIO e Des. Wilson  
EDER GRAF



**DOCTRINA**



# “PROTEÇÃO” — PRETEXTO PARA CONTROLE SOCIAL ARBITRÁRIO DE ADOLESCENTES E A SOBREVIVÊNCIA DA “DOCTRINA DA SITUAÇÃO IRREGULAR”\*

Antônio Fernando do Amaral e Silva

Desembargador

## 1. GENERALIDADES

### 1.1. Situação irregular — um viés que teima em não morrer

Em que pese a Convenção Internacional, o Estatuto e as novas posições interpretativas da Doutrina da Proteção Integral, a “proteção”, que não passa de preconceituosa e odiosa opressão de crianças e adolescentes vulneráveis, persiste resistindo fortemente às mudanças substanciais de paradigma.

Ao modelo da proteção integral, do garantismo, se opõe a ambigüidade de que nos fala Garcia Mendez, em excelente artigo sob o título “Infância, Lei e Democracia: Uma Questão de Justiça”:

“Frente aos paradigmas instalados e confrontados da situação irregular e a proteção integral, o paradigma da ambigüidade se apresenta co-

---

\* Palestra proferida dia 27 de março de 2000 na Universidade de Brasília no “Colóquio Internacional — Defesa de Direitos dos Adolescentes: A Contribuição da Universidade”.

mo uma síntese eclética, apropriada para esta época de ‘fim das ideologias’. O paradigma da ambigüidade se encontra muito bem representado por aqueles que, rejeitando de imediato o paradigma da situação irregular, não conseguem acompanhar — talvez pela diminuição significativa das práticas discricionais e paternalistas no trato com as crianças — as transformações reais e potenciais que se deduzem da aplicação conseqüente do paradigma da proteção integral, que considera a criança e o adolescente um sujeito de direitos, e, não menos, de responsabilidades. Nesse ponto me parece importante arriscar uma explicação que permita entender melhor o porquê da aparição (e difusão) do paradigma da ambigüidade.

“Se considerarmos o caráter de revolução copernicana da mudança de paradigma da situação irregular à proteção integral, sobretudo no sentido da diminuição radical da discricionariedade na cultura e práticas de ‘proteção’ (lembre-se que a história é muito clara ao mostrar as piores atrocidades contra a infância cometidas muito mais em nome do amor e da proteção, que em nome explícito da própria repressão), é necessário admitir que o direito (a Convenção) desempenhou um papel decisivo na objetivação das relações da infância com os adultos e com o Estado.

“Esta objetividade (entendida como a tendência oposta à discricionariedade), que se expressa não só por um novo tipo de direito, mas também por um novo tipo de institucionalização, assim como por novos mecanismos de cumprimento e exigibilidade, transforma substancialmente o sentido do trabalho dos especialistas ‘tradicionais’, desde os juristas até os pedagogos, para atingir toda a variada gama destes operadores sociais. Estas transformações se referem, especialmente, à redução da capacidade omnímoda para diagnosticar discricionalmente a existência e características da ‘disfunção’ social ou individual; e muito especialmente, o sentido e características das medidas, sejam estas jurídicas, terapêuticas ou sociais. As metáforas da medicina cada vez dão menos conta da nova situação. O fato de considerar os adolescentes em conflito com a lei penal, de uma vaga categoria sociológica que comete feitos anti-sociais (situação irregular), a uma precisa categoria jurídica que comete infrações penais, típicas, antijurídicas e culpáveis (proteção integral), constitui um exemplo bem representativo desta situação” (*in* Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina — Esmesc, vol. 5, ano 4, 1998, págs. 27/28).

As novas disposições, garantistas e responsabilizantes, do Estatuto continuam a ser interpretadas com os mesmos princípios simplistas e autoritários da antiga postura, própria do ab-rogado Código de Menores.



A “proteção”, o “superior interesse”, o “bem-estar da criança e do adolescente”, a “reeducação”, a “ressocialização” justificam tudo.

As medidas socioeducativas, de índole nitidamente retributiva e penalizante, são impostas sob a falácia do caráter “pedagógico”, “tutelar”, “protetor”, muitas vezes desnecessariamente.

Em que pesem as garantias constitucionais e legais, arbitrariedades continuam justificadas por eufemismos, como acontece, por exemplo, com a “internação” e principalmente com a “liberdade assistida”, apresentadas como intervenções meramente educativas, como se as palavras pudessem alterar a substância das coisas.

Internação, liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade são exibidas como benefícios, institutos bons para o adolescente.

Fala-se de um sistema “reeducativo” ideal, que não existe.

Esquecidos da triste realidade das verdadeiras “prisões de meninos pobres”, apaixonados, “novos minoristas” exorcizam propostas garantistas, jurídicas, que, restringindo a discricionariedade, apenas propõem limites ao arbítrio, acoimando-as de retrocesso e compromisso com propostas de “lei e ordem”, como se o sistema, em relação aos infratores, fosse, mesmo, educativo de qualidade.

Esquecem-se integrantes do sistema administrativo e judicial da vergonha dos “internatos”, verdadeiras prisões, geralmente piores que as dos adultos.

Programas de “liberdade assistida”, “prestação de serviços à comunidade”, geralmente, não passam de improvisações.

Não há efetivo controle jurisdicional de resultados, muito menos de integração ou de assistência educativa à família.

“Relatórios”, “diagnósticos” justificadores de puro assistencialismo e inadequadas intervenções continuam existindo.

A chamada “proposta pedagógica” persiste de pano de fundo da arbitrariedade.

Justificando sistemas pesados, caros, produtores e reprodutores de violência e criminalidade, salvo raríssimas exceções, a chamada “proposta pedagógica” continua reproduzindo o sistema penitenciário.

Reeducação e ressocialização não passam de mitos convenientes.

“Proposta pedagógica”: falácia que ninguém definiu, regulamentou.

Salvo exceções, sentenças, acórdãos, pareceres, defesas, recursos, relatórios, estudos de caso, diagnósticos refletem os vieses do sistema

“protetor”, em que os adolescentes, ditos infratores, são “protegidos”, “reeducados”, “ressocializados”.

Se o sistema é protetor; se todos os atores processuais e administrativos buscam “o melhor interesse” do adolescente; se as medidas socioeducativas são um bem para o adolescente; se ao impor uma medida socioeducativa está-se realizando um dever relativamente ao direito à educação; não há necessidade de grandes e profundas justificativas. Basta aludir ao “superior interesse” do menino que precisa ser educado. Educação por meio dos benefícios da liberdade assistida, da prestação de serviços à comunidade, da internação, é óbvio.

Sob tal falácia acabam os “protegidos” sujeitos a verdadeiras penas indeterminadas, impostas subjetivamente sem garantias objetivas, como, por exemplo, os critérios de legalidade e proporcionalidade.

A individualização das medidas, via de regra, não é justificada por critérios objetivos. Diante de tanta “proteção”, eles são desnecessários. “O sistema não é penal. O adolescente não comete infração penal. Pratica ato infracional.” Predominando o subjetivismo, em nome da “reeducação”, adolescentes ficam sujeitos a respostas mais severas do que em iguais circunstâncias seriam impostas aos adultos.

A execução continua sem limites claros e precisos. Não há um devido processo legal explicitamente colocado.

Subjetivismo e improvisações de toda ordem persistem tanto nas remissões como nas sentenças.

Insisto: via de regra, adolescentes são punidos com maior rigor que adultos, acobertada a arbitrariedade pelas falácias da “proteção”, da “proposta pedagógica” e do “sistema tutelar”.

Erros judiciários e administrativos, seja no processo de conhecimento, seja na fase de execução, repetem-se, tudo praticado em nome do “bem-estar do menor”, do seu “melhor interesse”, da “reeducação”, como se o sistema correspondesse, caracterizando-se como educacional e de excelente qualidade.

É preciso dar um basta a isso.

É necessário assumir a postura realista e científica preconizada na Doutrina da Proteção Integral.

Apesar do Estatuto, da Convenção e da nova doutrina, os “infratores” continuam sem cometer crimes.

Não cometendo crimes, mas “atos infracionais”, a eles não se aplicam “penas”.

“As medidas, por serem pedagógicas, não são retributivas e, não tendo caráter penal, são aplicadas em benefício dos adolescentes.” Assim, não há necessidade de tantos cuidados na certeza da autoria, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

Não praticando crimes, “não têm direito” aos benefícios dos adultos — prescrição, graça e indulto.

Perguntem aos “protegidos”, “reeducandos”, “educandos”, e principalmente aos internos, se estão satisfeitos com a “proteção”, com o sistema.

Perguntem se o sistema é justo.

Tem-se dito que o sistema difere do dos adultos porque “o Estado tem o compromisso de proteger, educando ou reeducando”.

Os defensores da “doutrina da ambigüidade”, justificando suas posições “paternalistas”, falam de um sistema ideal, perfeito. Daquilo que não existe. E jamais existirá!

Mas, se existisse, ainda assim, haveria o estigma da sentença e do sistema que não seria o educacional comum, mas reservado a uma classe especial de pessoas, *os infratores*.

Se a simples intervenção do sistema “educacional”, das chamadas Febens, não for estigmatizante, porque destinado aos “menores” ou “adolescentes infratores”, bastaria a sentença, a passagem pelo sistema de justiça, para justificar o estigma e redobradas cautelas. Cuidados para não envolver desnecessariamente quem quer que seja.

Acreditarei na excelência do sistema educacional dos “infratores” quando desembargadores, juízes, promotores, assistentes sociais, psicólogos e pedagogos encaminharem os filhos para serem protegidos, educados nas internações, nas liberdades assistidas ou nas prestações de serviço à comunidade.

Enquanto o sistema for reservado aos “infratores”, tenham eles o nome que tiverem, não será “protetor” dos adolescentes, será, como tem sido, e necessariamente tem de ser, um sistema retributivo e de proteção da sociedade. Jamais dos adolescentes!

Adolescentes são protegidos por meio de políticas básicas, principalmente da política de educação nos estabelecimentos da rede comum de ensino.

O direito à educação e o correspondente dever são exercidos dentro da normalidade.

Se o Estado tem de *impor*, agindo coercitivamente, as medidas que tomar, atingindo direitos fundamentais da pessoa humana, têm de ater-se ao princípio da legalidade. Vale dizer, da excepcionalidade devidamente justificada.

Aos que necessitem apenas proteção, educação, e não respostas preventivas e repressivas, que sejam encaminhados ao sistema educacional comum.

Seria iníquo submeter, sem necessidade, qualquer pessoa a um sistema educacional especial, reservado a infratores.

No momento em que se cria um sistema “educacional” paralelo de intervenção estatal coativa, com restrições, inclusive privação de liberdade, o sistema deixa de ser simplesmente educativo, protetor, para ser, também, limitador de direitos fundamentais, numa palavra, *repressivo*.

Lamentavelmente a chamada “doutrina da situação irregular”, preocupada com “denominações” e “estigmas”, persiste viva naqueles que teimam em ver nas medidas socioeducativas tão-somente o caráter pedagógico, esquecidos que, substancialmente, sendo respostas a condutas reprovadas, têm caráter retributivo, interferindo na liberdade, na autodeterminação e, até, na intimidade das pessoas.

Desde quando privação coativa da liberdade, semiliberdade, prestação de serviços à comunidade, desde quando restrições aos direitos fundamentais podem ser consideradas um bem para a pessoa humana restringida, submetida ao Estado? Constituem, isso sim, um mal.

Um mal necessário, mas um mal.

São um bem para a sociedade, para a prevenção e repressão da delinqüência juvenil.

Essa a verdade que precisa ser compreendida e aceita.

E a eufemística liberdade assistida, tão “assistida” que o descumprimento de suas regras pode implicar também na eufemística “internação”, ou seja, privação de liberdade por até três meses.

É preciso ter coragem e assumir o verdadeiro significado das palavras. Impõe-se, em nome dos direitos humanos, ver o que existe de verdadeiro no sistema dito “tutelar”.

O atual jogo de palavras, procurando suavizar institutos de Direito Penal com a simples alteração de nomes, possibilita injustiças em relação aos adolescentes. A postura provoca preconceitos e severidade.

Argumentam os defensores do paradigma identificado por Garcia Mendez:

“Sendo um bem, as medidas socioeducativas, não há por que livrar o adolescente do sistema”.

Insisto: com base na falácia da “reeducação”, “educação” e “integração sociofamiliar”, adolescentes continuam sendo jogados no sistema, como se as medidas socioeducativas fossem um bem.

Um bem podem ser consideradas as medidas protetivas. Basta ver a separação que o Estatuto faz entre umas e outras.

Vítimas e vitimizadores reclamam apenas por justiça.

O sistema não deve ser encarado nem como um bem nem como um mal, mas como uma resposta justa e adequada ao fenômeno da delinquência juvenil.

Tenha-se presente: enquanto a adultos se livra por meio da prescrição, do indulto, da anistia, da graça, adolescentes são compelidos, forçados a medidas socioeducativas.

Insisto: justificam-se medidas restritivas de direito e privativas de liberdade sob o falacioso argumento de que constituem um benefício para os adolescentes.

Chega-se a dizer que a medida não é imposta, é “aplicada”. E o é no subjetivismo do “melhor interesse” e da “proteção”, dogmas, há muito, superados pela “Doutrina da Proteção Integral”.

Viés dos piores, a interpretação do Estatuto com base no subjetivismo, nos mitos e nas falácias do antigo Direito só será superada quando os operadores judiciais e administrativos se convencerem da necessidade da interpretação sociológica, teleológica do artigo 6º do Estatuto, que se baseia no garantismo.

O Direito Norma, o Estatuto, tem de ser interpretado e aplicado sociológica e sistematicamente, reconhecendo e separando o intérprete as hipóteses em que adolescentes são vítimas daquelas em que aparecem como vitimizadores.

Medidas protetivas para crianças e adolescentes vítimas. Socioeducativas para vitimizadores sempre que necessárias como respostas justas e adequadas.

Repiso: não é mais possível conviver com mitos, eufemismos e falácias.

É preciso identificar corretamente, separando institutos de proteção da criança e do adolescente dos institutos de proteção da sociedade.

É preciso assumir a postura técnico-científica, abandonando o paternalismo inconseqüente e a repressão disfarçada.

Só assim os operadores administrativos e judiciais estarão desempenhando o verdadeiro papel de realizar justiça, que é o que se espera de um sistema judiciário e administrativo.

## 2. MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS OU O CONTROLE SOCIAL ARBITRÁRIO DE ADOLESCENTES: UM VIÉS QUE PRECISA MORRER

Válida a advertência de Mário Volpi:

“Portanto, o momento presente não se caracteriza pela necessidade de ecletismos ou sincretismos doutrinários, mas sim de superação de antigas doutrinas para a consolidação de uma nova, despida de todos os vícios do passado. Trata-se realmente de um paradigma (da situação irregular) a ser superado e da transição a um novo paradigma: da proteção integral. Não há, então, espaço para a ambigüidade. Há a necessidade de um posicionamento firme e de um compromisso real para promover crianças e adolescentes à inclusão social e à sua participação crítica e criativa no Estado Democrático de Direito” (Saraiva, João Batista da Costa, *in Adolescente e Ato Infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, pág. 8).

Antes de aprofundar o tema a respeito da realidade da aplicação e execução das medidas socioeducativas, impõe-se aclarar seu verdadeiro caráter, se pedagógicas ou retributivas.

Estamos no campo do Direito. A análise não é feita a partir da ótica do pedagogo, do psicólogo ou do assistente social. A visão é jurídica.

Não tenho a menor dúvida: juridicamente consideradas, as medidas socioeducativas são retributivas, pedagógicas e, inclusive, *repressivas*.

São retributivas porque constituem resposta à prática de um ato infracional, portanto legalmente reprovável.

Só o autor do ato infracional (eufemismo que corresponde a crime ou contravenção penal — ECA, art. 103) pode ser *submetido* (apenado) a uma medida socioeducativa.

Não se olvide: as medidas são impostas coercitivamente.

Não se diga que a possibilidade da remissão, da não-imposição de qualquer medida ou a faculdade que tem o juiz de aplicar medidas de proteção retiram o caráter retributivo das medidas socioeducativas, porquanto essas providências despenalizantes nada têm com a natureza da medi-

da. Existem, *inclusive*, no Direito Penal Comum, a suspensão condicional do processo, da pena, o perdão judicial etc.

O caráter retributivo é visível na mais branda das medidas — a advertência —, em que o juiz admoesta, vale dizer, avisa, adverte, *reprende*.

São pedagógicas, porque têm caráter eminentemente educativo, mas são repressivas (do latim *repressio*, de *reprimere* — reprimir, impedir, fazer cessar).

O caráter repressivo das medidas socioeducativas não reflete o sentido vulgar da palavra, mas o significado técnico-jurídico de “oposição”, “resistência”, “impedimento”.

Como explica De Plácido e Silva no Vocabulário Jurídico:

“As medidas impostas para *reprimir* podem chegar até o *castigo*. Mas, juridicamente, repressão não é castigo: é meio de fazer cessar, de fazer parar, de impedir ou de moderar adolescentes em conflito com a lei e a sociedade”.

As medidas socioeducativas visam a *prevenir e reprimir* a delinquência juvenil, vale dizer, fazê-la parar relativamente ao agente e impedir ou moderar o fenômeno em relação aos demais adolescentes.

Admitir o caráter repressivo, *penal especial* (diferente do penal comum dos adultos), insisto, é útil aos direitos humanos de vítimas e vitimizadores.

É necessário superar o viés da “proteção”: ciente o aplicador da medida que, além de imposta, é repressiva, redobrar-se-á em cautelas para não a impor sem os critérios da fundamentação da despenalização, da excepcionalidade, da legalidade, da brevidade, da proporcionalidade e da resposta justa e adequada.

Despenalização concretizada pela remissão pura e simples.

Proporcionalidade para impedir a imposição de medida severa por fato irrelevante.

Como as penas criminais, as medidas socioeducativas são restritivas de direito (advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida) e privativas de liberdade (semi-liberdade e internação).

Enquanto as penas criminais são determinadas e subordinadas a critérios objetivos e limitativos (os adultos gozam da suspensão condicional do processo e da substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direito), os adolescentes continuam submetidos a medidas

indeterminadas e sem critérios prévios, claros e objetivos, capazes de conter o possível arbítrio do Estado.

Carecem adolescentes de mais garantias, explícitas e objetivas, capazes de proporcionar a justa individualização da medida.

O subjetivismo, segundo o qual (§ 2º do art. 122) “em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada”, constitui porta aberta ao arbítrio.

A prevalência dos princípios enviesados da antiga “doutrina”, segundo a qual as medidas do chamado “Direito do Menor” sempre visam ao melhor interesse dos adolescentes, tem propiciado a imposição de respostas mais severas do que em iguais circunstâncias seriam impostas aos adultos pelo Direito Penal Comum.

Uma correta visão das medidas socioeducativas, ciente o aplicador do seu caráter predominantemente pedagógico, mas repressivo, nitidamente penal, favorecerá os adolescentes, porque a imposição ou o ajuste (remissão) passará a ser restritivo, submetido ao princípio da estrita legalidade.

Favorecerá a sociedade e os adolescentes, reforçando o compromisso com a cidadania, com o reconhecimento da dignidade de ser sujeito de direitos e obrigações.

### **3. PRESCRIÇÃO — DIREITO UNIVERSALMENTE RECONHECIDO E SONEGADO AOS ADOLESCENTES**

Não se deve confundir a natureza da medida com seus objetivos. Proteção, educação, reeducação, reintegração sociofamiliar, fortalecimento de vínculos familiares, são os objetivos das medidas socioeducativas, mas sua natureza, sob o ângulo jurídico, é penal.

Para o jurista importa mais a natureza do que o objetivo, porque este pode ser alcançado de outro meio, sem o estigma do ato infracional, por intermédio das medidas de proteção. Comparem-se os artigos 101, 112 e 114 do Estatuto.

O pedagogo prioriza os objetivos; o jurista, a natureza e o reflexo da intervenção estatal coercitiva sobre os direitos da pessoa humana.

Para o pedagogo, por exemplo, a liberdade assistida, vista da ótica dos objetivos, pode ser encarada como um bem, mas para o jurista, atento às restrições aos direitos e à imposição, é sempre encarada como um mal. Um mal necessário, mas um mal. Assim, sua imposição só pode ocorrer



com observância dos princípios da estrita legalidade, da excepcionalidade e da brevidade.

A despenalização, o Direito Penal Mínimo, próprios das garantias e dos benefícios do Direito Ciência e do Direito Norma, não podem ser recusados aos adolescentes inimputáveis. Inimputáveis perante o Direito Penal Comum, mas responsáveis diante das normas da legislação especial de que trata o artigo 228 da Carta Política.

Outra interpretação, baseada nos “bons objetivos” em detrimento da natureza das medidas socioeducativas, constitui falácia que choca flagrantemente com a hermenêutica jurídica e os mais elementares princípios da justiça, da equidade, dos fins do direito.

A exegese, para ser adequada aos princípios da Convenção Internacional, não pode prescindir das diretrizes do artigo 6º do Estatuto. Interpretação finalística, teleológica, sociológica, que não pode ser isolada, tem de ser sistemática.

Tenha-se presente: o ato infracional corresponde a crime ou contravenção penal (art. 103).

A prescrição (garantia só excluída em casos excepcionalíssimos — CF, art. 5º, XLIV) não pode ser recusada aos adolescentes.

O inescandível caráter retributivo das medidas socioeducativas, a maioria claramente repressiva, obriga o intérprete a socorrer-se do Direito Penal no que ele tem de garantias.

Dentro desses pressupostos, ao invocar-se a parte especial (repressiva) da Lei Penal Comum para punir o autor do ato infracional, há que se ter em conta, também, a parte geral, principalmente os seus benefícios, dentre eles a prescrição.

Justiça, equidade, antíteses da iniquidade, da negação do Direito (princípios e diretrizes da correta interpretação), têm de ser levados em conta, principalmente a analogia, aplicável no Direito Penal, sempre que para beneficiar ou excluir a sanção.

Liberdade assistida (vigilada), prestação de serviços à comunidade, semiliberdade e internação, eufemismo definido como medida privativa de liberdade, não podem ser impostos sem limites.

O Estado não pode continuar sem atribuir aos adolescentes um direito universalmente reconhecido a todos — a prescrição, sob a falácia da proteção, do seu bem-estar, da sua educação, como se esses objetivos ilidíssem a natureza repressiva, própria de toda medida que limite ou suprima direitos, principalmente a liberdade.

## 4. CONCLUSÃO

A nova doutrina da Proteção Integral, preconizando que crianças e adolescentes são sujeitos de direito, afastou completamente os enviesados princípios da antiga “doutrina da situação irregular”, dentre eles o subjetivismo e o arbítrio, travestidos da falácia da “proteção”, que não passava de odiosa opressão.

Há que assumir o modelo garantista e responsabilizante do Estatuto e da Convenção.

Palavras e institutos têm de ser interpretados e aplicados com base na ciência e na técnica, sem mistificações, dentro dos princípios da Hermenêutica Jurídica e do Direito.

A delinqüência juvenil é um fenômeno social que exige respostas justas, e estas não podem persistir baseadas em mitos, eufemismos e falácias.

Para o jurista, o que importa, fundamentalmente, não é o objetivo (reeducação), mas a natureza repressiva das medidas socioeducativas. Sendo claramente restritivas de direitos fundamentais, embora marcadas pela excepcionalidade e brevidade (CF, art. 227, § 2º, V), não podem ser impostas sem se submeter a uma das garantias básicas da pessoa humana, a prescrição.

# A CONSTITUIÇÃO COMO GARANTIA DA DEMOCRACIA: O PAPEL DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS<sup>1</sup>

Ruy Samuel Espíndola<sup>2</sup>

## I

Homenagear Paulo Bonavides, justamente no aniversário de quarenta anos de realização de um sonho, representa a maior prova de que a Sociedade Caruarense de Ensino Superior não só ensina, como reconhece o valor universal de quem ensina. E a personificação de um mestre encontra na figura singular de Paulo Bonavides paradigma inigualável.

Por essa escolha brilhante, justa, meritosa e há muito esperada, Caruaru está igualmente de parabéns. Neste ato, Caruaru representa o senti-

- 
- 1 Texto de exposição ocorrida no dia 30 de outubro de 1999, às 14h, no auditório da Faculdade de Direito de Caruaru, sob o patrocínio da Sociedade Caruarense de Ensino Superior, em Caruaru/PE, por ocasião do I Simpósio Regional de Direito Constitucional e Filosofia do Direito — em homenagem ao Professor Paulo Bonavides, no painel Garantias Fundamentais.
  - 2 Mestre em Direito Público pela UFSC; Professor de Direito Constitucional de graduação e pós-graduação (Universidade do Vale do Itajaí — UNIVALI; Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídicos — IPEJ; Escola Superior da Advocacia — ESA/OAB/SC); Advogado Publicista e Consultor Jurídico, militante em Florianópolis, SC; Membro das Comissões de Cidadania, Cultura e Profissionalização do Conselho Seccional da OAB/SC; autor do livro *Conceito de Princípios Constitucionais*, editado pela Revista dos Tribunais, 2ª tiragem, 1999.

mento da classe jurídica brasileira, que demandava momentos de tamanha sensibilidade, para homenagear um de seus maiores, que é figurante na mesma galeria em que brilham Rui Barbosa, Teixeira de Freitas, Seabra Fagundes, Clóvis Bevilacqua, Pontes de Miranda, Victor Nunes Leal, Santiago Dantas, Francisco Campos, para citar só alguns, que já passaram para o outro lado da vida. Para nossa alegria, o nosso homenageado, com sua bela existência, está deste lado, continuando a sua tarefa e ampliando-a, como fora a missão de seus antecessores.

Orgulha-me e honra-me sobremaneira, como um brasileiro do Sul, vir a estas quentes partes do nosso Brasil associar-me aos brasileiros do Nordeste para tão rica e benemérita homenagem ao Professor de todos nós, Doutor Paulo Bonavides, pensador renomado nacional e internacionalmente, dos mais consagrados juristas da atualidade, e de importância inegável na renovação do pensamento jurídico e político brasileiro, seja na Ciência Constitucional ou na Ciência Política, áreas em que transita com igual desenvoltura.

A este grande brasileiro, que faz ainda maior o Brasil, jovem há mais tempo que a maioria de todos nós, quero prestar minhas singelas palavras de homenagem e gratidão, neste bondoso consórcio de justiça inaugurado por Caruaru.

Rendo-lhe homenagens pelos importantes trabalhos que tem submetido ao seu público leitor (por seu *Ciência Política, Curso de Direito Constitucional, Do Estado Liberal ao Estado Social, Teoria do Estado, Reflexões — Política e Direito*, e pelo seu mais recente livro *Do País Constitucional ao País Neocolonial*, uma apaixonante lição de amor ao País e de defesa da Constituição e de nossas instituições democráticas) e pelos reflexos de seus textos e discursos na boa orientação de uma práxis jurídica mais consentânea aos grandes valores jurídicos da civilidade contemporânea. É de inegável importância política e jurídica cada linha de seus escritos feitos em prol da Ciência Jurídica brasileira, mormente à Ciência do Direito Constitucional.

Quero, também, agradecer-lhe, em especial, pelas suas opções existenciais de ontem e de hoje.

Agradeço-lhe pela opção por uma vida de estudos e reflexões, dedicada ao magistério e à Ciência Jurídica.

Agradeço-lhe pela sua fé imorredoura no Brasil e em seus valores; agradeço-lhe por essa força, essa dignidade, que o fazem um espadachim da Democracia, um defensor intemerato da Constituição e das instituições inerentes ao Estado de Direito.

Cervantes e Alexandre Dumas, se pudessem ambientar os seus heróis pelejando nos campos do Direito Constitucional, sem dúvida, para redefinirem Dom Quixote e D'Artagnan, encontrariam em nosso guerreiro Paulo Bonavides um inigualável modelo.

Lima Barreto, ao nos presentear com a figura bela e simbólica de Policarpo Quaresma, herói de nossa literatura, verteria de sua pena ainda mais poesia, mais bravura, mais beleza, tivesse em mira o padrão, o perfil de nosso querido homenageado.

Esses heróis, sem dúvida, teriam seus perfis mais enriquecidos caso fosse possível a seus autores terem em mente a pessoa e a história de nosso herói da Ciência Constitucional brasileira.

Quero também agradecer à pessoa co-responsável pelo grande homem do qual o Brasil pode vangloriar-se, mostrando-o ao mundo como patrimônio universal de suas grandes riquezas humanas. Falo de sua querida, culta e simpaticíssima esposa, Dona Yeda Bonavides. Um homem é muito do que for sua mulher, um homem é muito do que fizer sua mulher, um homem é muito do que cuidar sua mulher. Dona Yeda, pelo que a senhora é, pelo que a senhora fez, pelo que a senhora cuida, muito obrigado pelo Paulo Bonavides do Nordeste, do Brasil e da Humanidade.

Para a conferência desta tarde colhi do espírito reluzente de Paulo Bonavides as seguintes passagens, que muito me inspiraram — conheçam a beleza cívica de suas declarações de amor ao Brasil, à Constituição, à Democracia e às instituições do Estado de Direito. Peço vênua a todos e ao nosso homenageado para lê-las:

*“Fora da Constituição, não há instrumentos nem meio que afiançe a sobrevivência democrática das instituições.”*<sup>3</sup>

*“Na tempestade que raiva, o farol dos naufragos é unicamente a Constituição.”*<sup>4</sup>

*“...Constituição (...) é o certificado da cidadania dos povos, o compromisso de seu futuro, o monumento de sua maioridade, a Carta de*

---

3 Conforme seu mais recente livro *Do País Constitucional ao País Neocolonial (A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado Institucional)*, São Paulo, Malheiros, 1999, pág. 13.

4 *Ibidem.*

*seus direitos, o compêndio de suas liberdades, a garantia de sua proteção fundamental.*”<sup>5</sup>

*“Não há dignidade — a dignidade nacional — fora da Constituição e da soberania.”*<sup>6</sup>

*“Reconstruir o conceito jurídico de Constituição, inculcar a compreensão da Constituição como lei ou conjunto de leis, de sorte que tudo no texto constitucional tenha valor normativo, é a difícil tarefa que se depara à boa doutrina constitucional de nosso tempo.”*<sup>7</sup>

*“É dever de todos nós manter a autoridade e supremacia da Carta com o zelo, a intransigência e a devoção que urge consagrar àquela que representa a mais alta regra de organização jurídica do País.”*<sup>8</sup>

*“Sem democracia, todas as formas de status quo que alojam, conservam e perpetuam situações de privilégio, desigualdade e discriminação tendem à imutabilidade, eternizando as mais graves injustiças sociais ou fazendo do homem, para sempre, um ente rebaixado à ignomínia política, da ausência e do silêncio, sem voz para o protesto e sem arma para o combate; objeto e não sujeito da vontade que governa; súdito e não cidadão.”*<sup>9</sup>

Nosso “Mosqueteiro da Democracia”, em belas linhas de seu mais recente livro, conclama “...a juristas, magistrados, professores, estudantes e intelectuais no sentido de que entendam a democracia por direito, por princípio de justiça, por atributo do gênero humano, por dimensão superior da liberdade; democracia, enfim, como semblante político de que se reveste a dignidade da pessoa humana...”<sup>10</sup>.

*“...a democracia (...) é (...) direito do gênero humano, direito de quarta geração, direito cuja universalidade, em rigor, deriva de sua na-*

---

5 *Ibidem*, pág. 58.

6 *Ibidem*, pág. 102.

7 Conforme seu *Curso de Direito Constitucional*, 4.ed., São Paulo, Malheiros, 1993, pág. 210.

8 *Ibidem*, pág. 280.

9 Conforme seu livro *Constituição Aberta (temas políticos e constitucionais da atualidade)*, Belo Horizonte, Del Rey, 1993, do artigo “Democracia Direta, a Democracia do Terceiro Milênio”, pág. 15.

10 Cf. *Do País Constitucional ao País Neocolonial*, pág. 17.

tureza principal e, como princípio, entra ela de forma constitutiva no ordenamento republicano, precisamente com o caput do art. 1º, onde o constituinte qualifica por ‘democrático’ o nosso Estado de Direito. A partir, pois, dessa formulação conceitual, positivada na Lei Maior, podemos dizer que a democracia é, rigorosamente, o mais valioso dos direitos fundamentais.”<sup>11</sup>

“O Estado de Direito não se define apenas pela legalidade, mas pelos princípios constitucionais, por considerações superiores de mérito, que o governam e fundamentam. (...) Um Estado que une ao seu código de regras fundamentais, um evangelho de valores e crenças extraídas do coração e da consciência do homem, empenhado em descondensar as trevas do absolutismo, da tirania e da injustiça social.”<sup>12</sup>

No início da década de oitenta, já dizia nosso denodado constitucionalista, tendo em conta o processo de reconstitucionalização que experimentava a Nação: “O Brasil precisa de Constituição e não de revoluções permanentes, ou redentoras, de legalidade e não de atos institucionais, de poder legítimo e não de usurpações”<sup>13</sup>.

Essas lições do Mestre Bonavides, entre tantas outras de seu magistério emancipador, é que inspiraram a presente exposição.

Feitas essas homenagens ao general do exército do qual nós somos soldados, passemos ao tema de nossa conferência.

## II

A teoria da constituição, basicamente, tem relacionado “democracia e constituição” em duas importantes perspectivas: a primeira colocando a democracia como princípio legitimador da constituição; a outra abordando a democracia como princípio jurídico integrante da constituição, ou seja, como princípio constitucional encartado na ordem jurídica.

Avalia-se, pela primeira perspectiva, se a feitura do texto constitucional, o processo constituinte, o texto como resultado desse processo, e a “criatura” do “criador” poder constituinte, são ou não democráticos, ou se correspondem a níveis de democraticidade esperáveis segundo as cir-

---

11 *Ibidem*, pág. 65.

12 *Ibidem*, pág. 69.

13 Cf. *Constituição Aberta...*, pág. 247.

cunståncias de cada jogo político armado pelas comunidades organizadas em Estados.

Pela segunda, tenta-se compreender as conseqüências normativas, teóricas e dogmáticas de se ter a democracia como norma jurídica ordenadora da vida do Estado, da sociedade e dos cidadãos; questionam-se as conseqüências práticas de se ter a democracia como princípio constitucional informando a compreensão, produção e aplicação do Direito Positivo — como princípio normativo heterodeterminante da ordem jurídica globalmente considerada. Exemplo de norma constitucional com tal conteúdo se deduz da cabeça do artigo 1º de nossa Constituição, sendo que ao longo do texto encontraremos os subprincípios e regras densificadores do princípio democrático.

Na esteira desta última perspectiva, a teoria do Direito Público também se ocupa da democracia e com seus enraizamentos constitucionais. A juspublicística preocupa-se em reconhecer na democracia um princípio reconstrutor do Direito Público, princípio em torno do qual se encabeçam e se estruturam todas as normas atinentes a esse grande ramo do Direito Positivo<sup>14</sup>.

Essas perspectivas teóricas ofereceriam-nos interessantes aportes à análise de nossa Lei Fundamental.

Todavia, outra é a perspectiva de nossa conferência, pois queremos demonstrar que, apartado da idéia de constituição e da juridicidade superior dos princípios constitucionais, o conceito de democracia e sua práxis é incompleto e inseguro. Nossa tese parte da premissa de que a realizabilidade da democracia tem como exigência necessária e inarredável a efetividade da constituição, o respeito à constituição, o acato da força normativa de suas regras e princípios.

Assim, à luz desse foco de análise, queremos desenvolver a seguinte questão: qual a relação necessária entre “Princípios Constitucionais”, “Constituição” e “Democracia”; qual a possível resultante de uma problematização desses conceitos em face de problemas colocados pela realidade constitucional, realidade composta por diversificados dados, dentre os quais avultam os da compreensão e pré-compreensão hermenêuticas que a sociedade civil, os cidadãos e os operadores jurídicos têm a respeito

---

14 Postura com esse matiz já foi bem exposta entre nós, só que com ênfase no princípio republicano, no livro de Geraldo Ataliba, intitulado *República e Constituição*, 2.ed., São Paulo, Malheiros, 1998. Exemplo das primeiras preocupações são as expostas na obra de Manuel Aragon, constitucionalista espanhol, intitulada *Constitucion Y Democracia*, Madrid, Tecnos, 1990.



das idéias-conceito “Constituição”, “Democracia” e “Princípios Constitucionais”; e o que essas idéias têm a ver com a proteção da cidadania e da dignidade da pessoa humana, por meio de uma postura que preze a força normativa da constituição?

De outro modo: como a incompreensão, a irrealização desses conceitos no plano da vida, frustrando a força normativa da constituição, podem tornar frágeis a defesa dos direitos e interesses das pessoas humanas em face das realidades arreadas às normativas principiológicas e regrísticas da ordem constitucional.

A tomada de rumo nesse sentido implica que passemos a discorrer sobre os conceitos-chaves que compõem o título de nossa exposição, ou seja, analisemos a idéia de *Democracia, Constituição e Princípios Constitucionais*.

Por necessidade de bom método didático, comecemos pela idéia de democracia, de democracia contemporânea.

Enfatizaremos o aspecto que mais nos interessa, neste momento, do conceito de democracia.

De há muito a idéia de democracia não é mais tomada somente como a regra da maioria, o governo do maior número. Uma tal idéia, levada a extremos, poderia fazer com que uma maioria circunstancial revogasse a própria regra da maioria, e colocasse o poder decisório na mão de um único homem, ou de um restritíssimo grupo de homens. A história é repleta de tais exemplos, sendo desnecessário aqui retomá-los. Todavia, a proposta esdrúxula da miniconstituinte, tão bem combatida pelo nosso homenageado, Mestre Bonavides, consiste em exemplo vivo e atual do problema<sup>15</sup>.

Uma concepção mais dilatada, que entende a regra da maioria como um elemento importante do conceito de democracia mas não o preponderante, advoga a tese de que para um adequado conceito de democracia é necessário um mínimo de regras institucionalizadas que estabeleçam *quem* está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais *procedimentos*. É a idéia de democracia como um mínimo de regras do jogo político para o exercício do poder. Essa é a concepção profligada por Norberto Bobbio<sup>16</sup>. Todavia, entende esse mesmo autor que só essa

---

15 Para tanto, ver o livro *Do País Constitucional ao País Neocolonial*.

16 Ver seu livro *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo [Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco]*, trad. Marco Aurélio Nogueira, 4.ed., São Paulo, Paz e Terra, 1989.

idéia ainda não é capaz de fomentar uma tendencial convivência democrática.

Hoje se firma no pensamento político a idéia de que a democracia pressupõe a crença, a convivência e os costumes sociais e políticos perspectivados sob o apanágio, a inspiração de valores: valores éticos, políticos e jurídicos. Ou seja, a democracia orientada segundo diretivas axiológicas e normativas. A democracia, como um conjunto de idéias, de ideais, de princípios (éticos, políticos e jurídicos), ordena a vida do povo e os fins da ação pública do Estado.

É a democracia fundada na idéia do consenso estabelecido não só pela confluência do número de decisores, mas também pela eleição e autovinculação do consenso em torno do razoável; do razoável como o racionalmente aceito como bem de todos, em todos os tempos e lugares, para verificação, em cada tempo e lugar, daquilo que pode, concretamente, ser feito a bem do maior número possível.

E essa idéia do razoável fundando o consenso instituinte da democracia contempla a idéia da democracia justa, da democracia edificada e vivida sob a égide dos direitos humanos, direitos humanos cujo fundamento seria a igualdade absoluta de todos os homens, em sua comum dignidade de pessoas humanas, segundo o pensamento de Fábio Konder Comparato, em recente artigo<sup>17</sup>.

Assim, para o nosso discurso importa afirmar que a democracia, ou o seu aspecto que aqui mais deve grassar, representa uma convivência comunitária fundada à luz dos direitos humanos, na perspectiva de assegurá-los com real eficácia a todos os homens em sua dignidade de pessoas humanas. Democracia constitucional que, para consecução desses fins, serve-se, sobremaneira, dos princípios jurídicos assentados nas constituições, dos princípios constitucionais integrantes da ordem jurídica.

Os valores éticos, políticos e jurídicos aludidos vêm expressos preponderantemente em normas jurídicas, principalmente normas constitucionais, e por esse viés normativo fartam a democracia de valores e fins éticos, políticos e jurídicos a serem perseguidos por governantes e governados. E o Direito, mormente o Constitucional, tem procurado oferecer instrumentos jurídicos aptos a proteger esses valores.

Assim, para seguirmos o discurso, basta dizer que a democracia aqui tratada é a democracia que deve ser vivida sob a égide de valores que

---

17 Cf. "Variações sobre o conceito de povo no regime democrático", *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, n. 16, 1996, pág. 5-14.

dirijam o agir concreto dos homens, democracia que preserva a dignidade da pessoa humana, das gerações presentes e vindouras, com absoluta igualdade de consideração dos elementos mínimos asseguradores dessa dignidade.

Feito esse exercício sobre o conceito de democracia, analisemos a idéia de constituição.

A constituição há muito deixou de ser entendida como mero documento de belas e boas intenções políticas; carta de exortações morais aos poderes públicos; apostila de recomendações aos gestores da coisa pública; epístola de aspirações realizáveis ao sabor das contingências do momento político e do fígado dos ocupantes temporais do poder. Há muito morreu a idéia de carta política sem força de direito.

Também, a concepção da constituição como um instrumento de governo, insensível às políticas públicas sociais, e só envolvida com a proteção da liberdade individual e as garantias de cada indivíduo, já se tornou definição ultrapassada na história das idéias político-constitucionais deste século.

A constituição não é mais vista apenas como definidora de competências dos órgãos político-estatais, em consagração ao princípio da separação de poderes, nem só como a declaradora dos núcleos de direitos de defesa inderrogáveis do indivíduo, funcionando somente como carta alheia aos interesses sociais em evolução e amoldada ao bom trato do *status quo* político e jurídico.

Essa função de garantia da constituição hoje é ladeada pela função programadora da atividade futura do Estado e da sociedade, é acompanhada pela idéia de programação conformadora da ação estatal e social. Assim, a normatividade constitucional não se endereça somente aos órgãos do Estado, exigindo-lhes abstenções, inações e não-interferências; ela também vincula os órgãos estatais a ações positivas, à produção de políticas públicas tendentes a realizar os fins constitucionais plasmados na ordem jurídica. Políticas públicas realizáveis por meio de atos, processos e medidas administrativas, de leis e sentenças, pelo Judiciário, Legislativo e Executivo.

Além do Estado, as constituições contemporâneas (como as produzidas a partir do terceiro quartel deste século) também vinculam os particulares, numa normatividade constritora inclusive do Direito Privado, como antes nunca visto.

Ao lado dessa mudança revolucionária de função do texto constitucional, outra se destaca. A mudança de seu sentido ontológico: de carta

política a norma de direito. Hoje a constituição é vista como um todo normativo, como um todo legal, como bloco de normas que constituem leis, valem como leis, como lei de todas as leis, heterodeterminando a produção, a interpretação e aplicação de todas as partes da ordem jurídica.

Essas novas concepções potencializam a força normativa da constituição, como diria Konrad Hesse<sup>18</sup>, e lhe garantem a inescusável qualidade de norma jurídica — é a idéia de constituição como norma, tão bem expressa por Garcia de Enterría<sup>19</sup>. A força normativa da constituição, hoje, indica a força de lei, força de direito, força de norma jurídica. E para esse rico raciocínio, se o todo é lei, suas partes também o são; e se o todo é norma, as regras e princípios que o compõem também o são.

A constituição, então, como um grande código da vida comunitária de uma nação, estabelece os principais valores de organização da vida em sociedade; fixa as formas de organização, investidura e exercício do poder; determina as formas e meios de defesa dos direitos e interesses tuteláveis dos cidadãos, dos grupos e movimentos organizados.

E esses valores éticos, políticos e jurídicos vêm mediados em forma de princípios e regras constitucionais, princípios e regras constitucionais, vale salientar, que são espécies do gênero norma constitucional.

Esses valores são captados pelos três níveis de racionalidade da constituição, segundo o magistério de Gomes Canotilho<sup>20</sup> — níveis estes componentes do consenso geral da comunidade sobre o que seja razoável em termos de proteção dos direitos humanos: o nível da racionalidade ética, o da racionalidade política, e o da racionalidade jurídica.

O primeiro — da racionalidade ética — consagra os principais valores éticos da convivência humana, como a vida, a dignidade da pessoa humana etc.

O segundo nível — o da racionalidade política — revela-nos quem pode exercer o poder, como poderá conquistá-lo, como deverá exercê-lo e que fins deverá prosseguir no desencadear de seus instrumentos e formas.

---

18 Ver seu livro *Força Normativa da Constituição* [*Die normative Kraft der Verfassung*], trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Fabris, 1991.

19 Ver seu livro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981.

20 Ver seu livro *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, Almedina, 1982.

O terceiro — da racionalidade jurídica — estabelece os instrumentos de proteção dos direitos e interesses das pessoas humanas, assegurando o acesso à jurisdição, por meio do processo judicial, e o acesso aos outros direitos, via processo administrativo, ou a realização de atos negociais, pela preservação da autonomia negocial dos indivíduos. Estatuí, ainda, quais os limites de produção, interpretação e aplicação do Direito Positivo, como já salientado.

Esses níveis de racionalidade revelam-se por intermédio das normas constitucionais, que por sua vez tanto se manifestam na forma de regras quanto na forma de princípios.

Aliás, essa distinção entre regras e princípios é por demais importante no centro da teoria jurídica contemporânea, e muito auxilia na compreensão da constituição como um sistema jurídico aberto de regras e princípios constitucionais<sup>21</sup>, sistema jurídico aberto à realidade social e política da comunidade dos cidadãos.

O que realmente vale ficar da idéia da constituição, para os objetivos deste discurso, é que ela, de certa forma, é documento orientador da ação do Estado e da sociedade; ela tem algo de utopia positivada; ela tem o que se aposta no futuro pela força revolucionadora das normas constitucionais. Ela é, no dizer de Canotilho, uma constituição dirigente.

Sublinhados os elementos importantes do atual conceito de constituição, adentremos, agora, no conceito de princípios constitucionais.

Os princípios jurídicos como princípios constitucionais têm a mais alta normatividade do sistema jurídico. Isso fez com que a antiquíssima postura que conferia aos princípios a mera posição subsidiária em face dos atos de integração da ordem jurídica fosse superada; ou seja, antes, os princípios gerais do direito eram apenas elementos de colmatação de lacunas do sistema jurídico, segundo o enunciado do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, e art. 126 do Código de Processo Civil.

Todavia, hoje constituem verdadeiros parâmetros de aferição de constitucionalidade do sistema jurídico; são normas prenes de direitos; constituem os principais sentidos hermenêuticos da ordem jurídica; sumarizam as estruturas básicas de justiça que, estabelecidas na constituição, ganham vigor e materialidade.

Na antiga e superada postura positivista os princípios só assumiam importância quando houvesse lacunas na ordem jurídica. Hoje essa posi-

---

21 Como já assentamos em livro de nossa autoria, intitulado *Conceito de Princípios Constitucionais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, com base em lições de nosso homenageado.

ção não mais procede. Contemporaneamente, houve uma completa revolução nas concepções principialistas no Direito.

Os princípios jurídicos, como afirma nosso Mestre Bonavides, ao saltarem dos códigos para as constituições, do Direito Privado para o Direito Público, da dogmática civilista para a dogmática constitucional, promoveram uma completa mudança no modo de se compreender, interpretar e aplicar as normas integrantes do sistema jurídico<sup>22</sup>.

Pelos princípios constitucionais positivaram-se os principais valores éticos, políticos e jurídicos ordenadores da sociedade e do Estado; dos princípios constitucionais, em termos jurídico-positivos, podemos extrair os grandes sentidos da Democracia Constitucional Contemporânea.

Como exemplo de valores éticos, positivados em princípios constitucionais, que conformam os objetivos a serem realizados pela democracia brasileira, podemos destacar o conhecido princípio constitucional da dignidade da pessoa humana estabelecido no art. 1º, III, da CF; o princípio constitucional garantidor da vida como valor supremo do homem estabelecido no *caput* do artigo 5º; o princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, artigo 4º, IX.

Como exemplo de valor político, positivado em norma constitucional, podemos citar o próprio princípio democrático (art. 1º), o princípio do pluralismo político (art. 1º, V), o princípio federativo (art. 1º c/c 18), o princípio presidencialista (art. 75, *caput*).

Por sua vez, como exemplo de valores jurídicos, as normas consagradoras de direitos e garantias fundamentais, em sua quase totalidade, ratificam princípios, como os do devido processo legal, do juiz e do promotor natural, do contraditório e ampla defesa; da motivação dos atos administrativos etc.

É claro que essa classificação não é estanque, e cada uma das normas citadas guardam, de per si, valores éticos, políticos e jurídicos. Sendo apenas de destacar o caráter axiológico predominante de cada uma delas.

A concepção de democracia antes enunciada bem se amolda ao atual estágio da Ciência Constitucional, no que tange a sua concepção de constituição e de princípios jurídicos como princípios constitucionais. E aí é que começa a relação mais imediata, em termos constitucionais, da idéia de democracia com a de princípios constitucionais.

---

22 Cf. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 7.ed., São Paulo, Malheiros, 1997, pág. 228-266.

Sigamos o raciocínio.

Como dissemos, não basta a regra da maioria e regras procedimentais para conceituar democracia. Ainda mais: não bastam essas idéias para um povo bem conviver democraticamente. É preciso a ação de valores, de princípios postos como fins a serem perseguidos pelos agentes da democracia, pelos governantes e pelos governados. Mais: é preciso que esses valores possam valer, possam ter eficácia imperativa, possam ter efetividade vinculante; possam ser reclamados perante órgãos que garantam a sua aplicabilidade e respeitabilidade; possam ser defendidos contra atos que queiram contradizer seus comandos. Mais: é preciso que esses valores tenham dignidade tal que não lhes resistam negativas de sua autoridade por quem quer que seja, trate-se de autoridades de qualquer nível ou particulares de qualquer condição, intestinos à nação ou exteriores a ela.

Nessa perspectiva coloca-se a inegável contribuição do Direito Constitucional para o conceito, a prática, a crítica e a vivência da idéia de democracia.

Nesse norte os princípios constitucionais como diretivas normativas e hermenêuticas conferem e dão autoridade aos grandes valores éticos, políticos e jurídicos da democracia contemporânea, da democracia brasileira planejada em termos jurídicos pela nossa vigente Constituição.

Para iniciarmos a finalização de nosso discurso, vejamos alguns exemplos concretos da bondade dos princípios constitucionais em prol da democracia brasileira e do reconhecimento da força normativa de nossa Constituição.

Pelos núcleos de princípios constitucionais enunciados nos primeiros artigos de nossa Constituição, como os especificadores da ordem de garantia do desenvolvimento nacional; da construção de uma sociedade livre, justa e solidária; da erradicação da pobreza e da marginalidade e da redução das desigualdades sociais, podemos fazer não só críticas políticas às práticas de nossa atual gestão da República brasileira, mas poderemos, também, inclusive, questionar a constitucionalidade de atos integrantes de políticas públicas ventiladas pelo mandatário maior do Executivo.

Essa idéia mais ousada foi defendida recentemente por Fábio Konder Comparato, em recente ensaio<sup>23</sup>, embora o mestre afirme que esse questionamento seja algo para produzir direito futuro e não tanto para aplicar sob as diretivas da ordem vigente, ou seja, seria um problema mais de *lege ferenda* do que de *lege lata*.

No entanto, embora as políticas constituam conjunto de medidas ventiladas por leis e atos administrativos, não nos esqueçamos de que as leis sujeitam-se à perquirição via ação direta de inconstitucionalidade, bem como à arguição incidental nas vias processuais comuns e especiais; e mais, os atos administrativos, via ação popular, mandado de segurança e demais vias ordinárias, podem ser contrastados com os princípios constitucionais, para análise da validade de suas expedições.

O que quero dizer é que os princípios constitucionais são paramétricos tanto em relação às leis quanto aos atos administrativos, e mesmo quanto às sentenças, sujeitando estas últimas a recursos extraordinários e comuns, quando violarem seus comandos generalíssimos ou suas densificações regrísticas.

Questionar a validade de atos praticados por maiorias congressuais “oportunisticamente submissas”, ou monocracias executivas “exasperadas”, ou mesmo aristocracias judiciárias “coniventes ou omissas”, é exigência necessária e inarredável da atual democracia constitucional brasileira.

Assim, é fácil concluir que não é só democrático integrar a vontade da maioria ou submeter-se aos seus efeitos; não é só democrático que governantes decidam de acordo com regras procedimentais de formação da vontade política; é também democrático e democratizante servir-se a cidadania de instrumentos jurídicos hábeis a impugnar atos praticados em ofensa aos princípios e regras constitucionais orientadores da ação de autoridades e poderes instituídos pela ordem jurídica: legisladores, juízes, administradores e particulares produtores de atos negociais.

Para tornar o poder mais diáfano, mais controlável pela cidadania, como exigência dos rumos democráticos contemporâneos, ninguém negará a bondade dos princípios da legalidade da ação administrativa, da moralidade administrativa, da impessoalidade da ação estatal, da legiti-

---

23 Cf. “Ensaio sobre o juízo de inconstitucionalidade de políticas públicas”, in Celso Antônio Bandeira de Mello (org.), *Direito Administrativo e Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, v. 2, São Paulo, Malheiros, 1997, pág. 343-359.



midade das despesas públicas, da economicidade nos gastos do erário, princípios assentados nos artigos 37 e 70 da CF.

Ninguém negará a bondade do princípio da publicidade dos atos públicos, da motivação dos atos de decisão, sejam atos judiciais ou atos administrativos.

Ninguém negará as exigências principiológicas advindas do contraditório e da ampla defesa, do devido processo legal; ninguém refutará a bondade do princípio da reserva penal e da legalidade tributária, do princípio da proporcionalidade e outros mais, garantidores da ação do Estado em prol dos Direitos Fundamentais da pessoa humana, ao tutelar não só seus direitos de defesa, mas também seus direitos a prestações.

Nesses termos, democraticidade e legalidade, democraticidade e constitucionalidade, democracia e principiologia, democrático e jurídico quase se confundem de forma indivisível.

E assim se firma a idéia de que a democracia é impensável sem uma constituição que a garanta, ordene e estructure seu desenvolvimento e regule suas realizações presentes e futuras.

Não é possível realizar a democracia apartada da realização e efetividade dos princípios constitucionais. Não há democracia sem respeito à constituição, sem acato a sua principiologia constitucional.

A democracia brasileira será mera democracia formal se os valores éticos, políticos e jurídicos mediados pelos princípios constitucionais não obtiverem força de direito.

E para a efetividade dessa força é preciso que a nossa vontade de constituição, que o nosso sentimento constitucional, que nossa vontade de democracia, que o nosso sentimento democrático, estejam juntos, cultivando esses valores em nossos espíritos, como pessoas que somos e como povo que constituímos.

É preciso que em cada petição, em cada arrazoado, em cada parecer, em cada sentença, em cada discussão parlamentar, em cada conjunto de intenções político-administrativas, em cada aula, em cada discurso público, em cada momento da vida política individual e comunitária, os princípios constitucionais e a constituição sejam compreendidos como as grandes trincheiras e espadas históricas forjadas para a salvaguarda dos grandes valores éticos, políticos e jurídicos que protegem o homem e a sociedade contra a ação antidemocrática e inconstitucional de poderes arbitrários, autoritários e pseudolegitimados pelas circunstâncias e interesses políticos que nem sempre se amoldam aos fins e valores constitucionais.

É preciso eleger a constituição e seus princípios como grandes defensores dos mais altos valores da civilidade que desejamos, e ainda não alcançamos em concretude.

É preciso compreender que, tanto quanto a estabilidade da moeda, o pleno emprego e a justa distribuição de renda, necessitamos de estabilidade constitucional, de pleno acato e respeito aos comandos constitucionais para um justo governo e para uma justa distribuição do direito e da justiça de acordo com a *vontade de constituição* (Hesse).

O futuro de nossa democracia está irremediavelmente ligado ao futuro de nossa Constituição, já que desprezitar a constituição é desprezitar a democracia, ferir a constituição é ferir a democracia, de modo tal que um ato inconstitucional, emanado do Legislativo, do Judiciário ou do Executivo, é um ato antes de tudo antidemocrático e abreviador de nossa convivência em democracia.

Diante dessas considerações, e inspirado nas lições de nosso homenageado, concluo que o maior dos deveres cívicos, políticos, profissionais, éticos e humanitários, aplicáveis a todos nós, operadores do Direito, é o de bem defender a força normativa e o respeito a nossa Constituição do Estado Democrático de Direito; é o de compreender o valor, a importância e a força do Direito Constitucional no cotidiano de nossas vidas, no cotidiano de nosso País, para podermos levar à concretude o sonho de uma verdadeira democracia constitucional.

Urge defendermos com o melhor de nossas forças nossa democracia e nossa Constituição, seu maior penhor de garantia! O Brasil e os brasileiros de ontem, de hoje e de amanhã precisam dessa defesa. Unamo-nos nessa batalha!

# ACESSO À JUSTIÇA NO MERCOSUL\*

Horácio Wanderlei Rodrigues\*\*

**SUMÁRIO:** 1. Considerações iniciais. 2. As controvérsias entre particulares pertencentes a diferentes Estados-Partes. 3. As insuficiências existentes e as suas possíveis soluções. 4. Considerações finais.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Parece ser desnecessário destacar a importância da formação do Mercosul sob os aspectos político, econômico e social. É, entretanto, na

---

\* *Este artigo é um recorte atualizado de um texto maior, denominado Mercosul: uma introdução aos protocolos que tratam de matéria processual, publicado na coletânea Solução de controvérsias no Mercosul (Porto Alegre, Liv. Advogado, 1997).*

\*\* *Mestre e Doutor em Direito pela UFSC (SC), onde é Professor Titular de Teoria Geral do Processo e Coordenador de Cursos de Pós-Graduação em Direito Processual (em nível de especialização). Nessa IES já exerceu também os cargos de Coordenador do Curso de Graduação em Direito e a Coordenação dos Estágios desse mesmo Curso. Atualmente é Chefe do Departamento de Direito. Foi Professor Titular, Chefe de Departamento e Diretor da Faculdade de Direito da UNISC (RS) e Professor Titular da UNISUL (SC). Também professor convidado para cursos de Pós-Graduação da FDC (PR), da FURB (SC), do IBEJ (PR), da UESB (BA), da UFAL (AL), da UFF (RJ), da UFMA (MA), da UFPE (PE), da UNIMAR (SP), da UNIP (SP), da UNIPÉ (PB), da UNISC (RS), da UNISINOS (RS) e da UNIVALI (SC). Escreveu os livros Ensino jurídico: saber e poder, Ensino jurídico e direito alternativo, Acesso à justiça no direito processual brasileiro, Novo currículo mínimo dos cursos jurídicos e organizou as coletâneas Lições Alternativas de Direito Processual e Solução de Controvérsias no Mercosul. Publicou também vários artigos em coletâneas e revistas especializadas. Integrou, de 1996 a 1998, a Comissão do Exame Nacional de Cursos (“Provão”) para a área de Direito. É consultor ad hoc do CNPq e das Comissões de Especialistas em Ensino Jurídico da SESU/MEC e do Conselho Federal da OAB.*

área do Direito que terão de ser fixados os seus contornos e os instrumentos pelos quais ele funcionará e terá suas controvérsias solucionadas. Entretanto, muito pouco se tem produzido, até o momento, sobre a questão específica dos mecanismos de solução das controvérsias que surgirem no seu seio.

Isso se deve, em grande parte, ao fato de que essas controvérsias só agora começam a se concretizar, tendo em vista que a institucionalização do Mercosul ocorreu somente em dezembro de 1994. Ou seja, é neste momento histórico que os problemas deverão começar a surgir na prática, fornecendo, então, o necessário material empírico para o estudo da efetividade dos instrumentos criados, mostrando a necessidade, ou não, do surgimento de outros.

Nesse sentido, este artigo buscará, fundamentalmente, descrever os instrumentos de solução de controvérsias entre particulares (pessoas físicas e jurídicas) já existentes no âmbito do Mercado Comum, bem como aqueles ainda em fase de implementação.

Essa visão panorâmica é insuficiente, mas frente a grande desinformação existente sobre o tema, passa a ser fundamental, como meio de fornecer subsídios iniciais para todos aqueles que ainda não tiveram oportunidade de acesso a esse conhecimento.

## **2. AS CONTROVÉRSIAS ENTRE PARTICULARES PERTENCENTES A DIFERENTES ESTADOS-PARTES**

Não há, neste momento, no âmbito do Mercosul, nenhum instrumento efetivo de solução de controvérsias entre particulares, quer sejam eles pessoas físicas ou jurídicas. Nesse sentido, continuam essas controvérsias a ser resolvidas pelos Poderes Judiciários dos respectivos Estados. Tendo em vista esse fato, guardam importância para essa temática cinco protocolos assinados no âmbito do Mercado Comum<sup>1</sup>, a saber: (a) Protocolo sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual (Protocolo de Buenos Aires); (b) Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (Pro-

---

1 Há também o Protocolo de Brasília que trata das controvérsias entre Estados-Partes e entre Estados-Partes e particulares, e o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul que trata de controvérsias entre particulares. Entretanto, esses tratados internacionais adotam soluções extrajudiciais, motivo pelo qual não serão analisados neste trabalho que se destina exclusivamente à análise da legislação no campo do Direito Processual Civil Internacional.

toocolo de Las Leñas); (c) Protocolo de Medidas Cautelares; (d) Protocolo sobre Responsabilidade Civil Emergente de Acidentes de Trânsito entre os Estados-Partes do Mercosul (Protocolo de San Luis); (e) Protocolo sobre Jurisdição Internacional em Matéria de Relações de Consumo (Protocolo de Santa Maria). É a eles que serão dedicadas as linhas seguintes, destacando seus principais aspectos. Necessário ressaltar, com relação a esses Protocolos, que até esta data não entraram ainda em vigência os Protocolos de San Luis e Santa Maria.

## 2.1. Protocolo de Buenos Aires

O Protocolo de Buenos Aires possui por objetivo principal a fixação, entre os Estados que compõem o Mercosul, de regras comuns sobre jurisdição internacional em matéria contratual, visando, dessa forma, auxiliar no desenvolvimento das relações econômicas entre os respectivos setores privados. Seu campo de incidência é a jurisdição contenciosa internacional atinente aos contratos cíveis e comerciais celebrados entre particulares, incluídos nesse conceito tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas (art. 1º). Nesse sentido, sempre que o órgão jurisdicional de um Estado-Parte considere-se competente, tendo por base o estabelecido nesse Protocolo, satisfeito estará o requisito processual da jurisdição internacional (art. 3º).

A definição da jurisdição poderá ocorrer por eleição e, na sua ausência, por opção do autor. No que se refere à eleição de jurisdição, deverá ela ser realizada através de acordo escrito entre as partes em conflito (art. 4º). Prevê, também, o Protocolo, a possibilidade de prorrogação da jurisdição, quando proposta a ação em um Estado-Parte, o demandado, voluntariamente, de forma expressa ou tácita, a admita (art. 6º).

No que se refere à possibilidade de escolha do autor, denominada, no Protocolo, de jurisdição subsidiária, e que ocorrerá na ausência de acordo entre as partes, pode ele optar por propor a ação (art. 7º): (a) no lugar de cumprimento do contrato; (b) no domicílio do demandado; ou (c) no seu próprio domicílio ou sede social, quando comprovar que cumpriu a sua parte na obrigação. Complementarmente, o texto legal esclarece que as pessoas jurídicas quando celebrarem contratos em outro Estado-Parte que não o da sua sede, podem nele ser demandas (art. 11), bem como destaca que, sendo vários os demandados, a ação poderá ser proposta no domicílio de qualquer um deles (art. 12). O Protocolo também

estabelece regras básicas de fixação do lugar de cumprimento do contrato (art. 8º) e do domicílio (art. 9º), para fins de aplicação de suas normas.

Importante disposição está contida no artigo 4º, item 2, desse Protocolo, ao permitir, expressamente, a possibilidade de as partes optarem pela arbitragem, com o seguinte texto: “*Pode-se acordar, igualmente, a eleição de tribunais arbitrais*”.

## 2.2. Protocolo de Las Leñas

Busca o Protocolo de Las Leñas permitir a adequada implementação da cooperação e assistência jurisdicional<sup>2</sup> entre os Estados-Partes do Mercosul, em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa. Adota, para cumprir esse desiderato, a figura da autoridade central, órgão encarregado de receber e dar andamento aos pedidos de cooperação e assistência (art. 2º).

Estabelece a igualdade de tratamento processual entre os cidadãos e os residentes nos diversos Estados-Partes, assegurando-lhes, em todos eles, o livre acesso à jurisdição para a defesa de seus direitos e interesses (art. 3º). Proíbe, outrossim, a cobrança de qualquer valor (caução, depósito etc.), para o exercício desse acesso, quando definido em razão da qualidade de cidadão ou residente em outro Estado-Parte (art. 4º). Essas garantias são estendidas também às pessoas jurídicas.

A cooperação jurisdicional é prevista no Protocolo, com quatro objetivos diferenciados: (a) realizar diligências de simples trâmite (citações, intimações etc.); (b) receber ou obter provas; (c) reconhecer e executar sentenças e laudos arbitrais; e (d) informar o direito.

Quando o objetivo for realizar diligências de simples trâmite ou receber ou obter provas, o que se realizará através de carta rogatória, deverá ela ser cumprida de ofício pela autoridade jurisdicional competente do Estado requerido, somente podendo ser denegada quando a medida solicitada atente contra os princípios de ordem pública (art. 8º, 1ª parte). Esse cumprimento de ofício dispensa, inclusive, a intervenção da parte solicitante (art. 17). Salienta também, o Protocolo, que ela deve ser cumprida sem demora (art. 12). O seu cumprimento não implica, entretanto, o reco-

---

2 Também trata de cooperação jurisdicional, mas em matéria criminal, o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais. Como o tema desse Protocolo não se enquadra na opção metodológica adotada para a construção deste artigo, que se restringe à legislação na área do Direito Processual Civil Internacional, não será ele aqui analisado.

nhecimento da jurisdição internacional do juiz requerido (art. 8º, 2ª parte).

Tratando-se de carta rogatória destinada ao reconhecimento ou execução de sentença<sup>3</sup> ou laudo arbitral, que também tramitará por intermédio da autoridade central, o que se tem a destacar é que a competência dos respectivos órgãos jurisdicionais, assim como o procedimento específico serão regidos pela lei do Estado requerido (art. 24).

No que se refere à informação do direito estrangeiro, ela ocorrerá a título de cooperação judicial, sem despesa alguma, desde que não contrarie disposições de ordem pública (art. 28), podendo também ser prestada por intermédio das autoridades diplomáticas ou consulares (art. 29). Destaque-se, outrossim, que a informação e o seu recebimento não implicam em obrigação de sua aplicação para qualquer dos Estados-Partes (art. 30).

### 2.3. Protocolo de Medidas Cautelares

O Protocolo de Medidas Cautelares<sup>4</sup> tem por objeto, segundo o texto de seu artigo 1º, “*regulamentar entre os Estados-Partes do Tratado de Assunção, o cumprimento de medidas cautelares destinadas a impedir a irreparabilidade de um dano em relação às pessoas, bens e obrigações de dar, e fazer ou de não fazer*”. Essa tutela poder ser solicitada em processos de conhecimento e de execução, em matéria civil, comercial e tra-

---

3 Sobre a aplicabilidade desse Protocolo, no que se refere à utilização da Carta Rogatória como instrumento para homologação de sentença estrangeira já se manifestou o STF (Agravo Regimental em Carta Rogatória n. 7613-4 República Argentina), nos seguintes termos: “O Protocolo de Las Leñas (‘Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista, Administrativa’) não afetou a exigência de que qualquer sentença estrangeira — à qual é de equiparar-se a decisão interlocutória concessiva de medida cautelar — para tornar-se exequível no Brasil, há de ser previamente submetida à homologação do Supremo Tribunal Federal, o que obsta à admissão de seu reconhecimento incidente, no foro brasileiro, pelo juízo a que se requeira a execução; inovou, entretanto, a convenção internacional referida, ao prescrever, no art. 19, que a homologação (dito reconhecimento) de sentença provinda dos Estados partes (*sic*) se faça mediante rogatória, o que importa admitir a iniciativa da autoridade judiciária competente do foro de origem e que o *exequatur* se defira independentemente da citação do requerido, sem prejuízo da posterior manifestação do requerido, por meio de agravo à decisão concessiva ou de embargos ao seu cumprimento”.

4 Em manifestação de 1998 o STF negou aplicabilidade ao Protocolo de Medidas Cautelares, por não ter sido ainda promulgado por decreto do Presidente da República. Posteriormente, através do Decreto n. 2.626/98, foi promulgado pelo Presidente da República.

balhista (art. 2º), podendo ser preparatória, incidental ou garantidora da execução de uma sentença (art. 3º). Destaque-se que o cumprimento da medida cautelar não impõe o reconhecimento ou a execução da sentença definitiva (art. 10).

As medidas cautelares serão sempre solicitadas através de carta rogatória (art. 18) que pode ser transmitida por via diplomática ou consular, pelas próprias partes ou através da autoridade central (art. 19). Ao lado disso, contém o artigo 19 duas disposições que visam acelerar a sua tramitação: (a) que “*os juízes ou Tribunais das zonas fronteiriças dos Estados-Partes poderão transmitir-se, de forma direta, os ‘exhortos’ ou cartas rogatórias previstos neste Protocolo, sem necessidade de legalização*”, e (b) que “*não será aplicado no cumprimento das medidas cautelares o procedimento homologatório das sentenças estrangeiras*”. São eles, entretanto, de duvidosa aplicabilidade pelo Brasil, tendo em vista a disposição constitucional vigente sobre a matéria (art. 102, I, h)<sup>5</sup>.

O cumprimento das medidas cautelares proferidas por juízes de outros Estados-Partes do Mercosul, dentro de sua jurisdição internacional, deve ser realizado de acordo com a lei do lugar onde estiverem os bens ou residam as pessoas a que se apliquem (art. 4º). Estabelece o Protocolo que a admissibilidade da medida cautelar é regulada pela lei e julgada pelo Poder Judiciário do Estado requerente (art. 5º), sendo a sua execução e contracautela (ou respectiva garantia) regulada pela lei e julgada pelo Poder Judiciário do Estado requerido (art. 6º).

Como todos os demais protocolos, prevê também este a possibilidade da recusa do cumprimento de medida cautelar, quando manifestamente contrária à ordem pública (art. 17).

## 2.4. Protocolo de San Luis

O Protocolo sobre Responsabilidade Civil Emergente de Acidentes de Trânsito entre os Estados-Partes do Mercosul foi assinado com o objetivo de oferecer, no âmbito desse Mercado Comum, um instrumento jurídico que garanta segurança, justiça e harmonia nas decisões proferidas em processos que versem sobre essa matéria.

---

5 Em manifestação de 1997, o STF (já referida na nota 3) reconheceu a possibilidade da utilização da Carta Rogatória como instrumento legítimo para o procedimento homologatório, no âmbito do Mercosul, mas negou a possibilidade da inexistência desse procedimento, bem como da possibilidade da transmissão direta em Comarcas das zonas fronteiriças.



Esse Protocolo define a jurisdição internacionalmente competente quando houver responsabilidade civil emergente de acidentes de trânsito ocorridos em um Estado-Parte envolvendo pessoas domiciliadas em outro, por dele terem participado ou resultarem atingidas (art. 1º).

A competência para julgar os processos civis atinentes ao objeto do Protocolo, por eleição do autor, é dos tribunais do Estado-Parte: (a) onde ocorreu o acidente; (b) do domicílio do demandado; e (c) do domicílio do demandante (art. 7º).

Além da definição da competência internacional, o Protocolo sobre matéria de Responsabilidade Civil Emergente de Acidentes de Trânsito entre os Estados-Partes do Mercosul também contém normas de Direito Internacional Privado, definindo o direito material aplicável (arts. 3º a 6º), bem como as regras básicas de fixação do lugar do domicílio, para fins de aplicação de suas normas (art. 2º).

## 2.5. Protocolo de Santa Maria

O Protocolo sobre Jurisdição Internacional em Matéria de Relações de Consumo possui como pressuposto a necessidade de proteger os consumidores dos quatro Estados-Partes, através da adoção de regras comuns nessa matéria. Abrange as relações de consumo derivadas de contratos entre fornecedores de bens móveis ou prestadores de serviços e consumidores ou usuários, excluídas aquelas decorrentes de contratos de transportes (art. 1º), quando fornecedor e consumidor vinculados no contrato sejam domiciliados em diferentes Estados-Partes, ou quando residentes no mesmo, a prestação da relação de consumo tenha ocorrido em outro Estado-Parte (art. 2º). Define também o que se considera domicílio para fins de sua aplicação (art. 3º), bem como que, para efeitos do Protocolo, as leis processuais aplicáveis serão as do lugar do processo (art. 10).

Relativamente à eficácia extraterritorial das sentenças, define o Protocolo que o pedido de reconhecimento ou execução da sentença proferida por juízo com jurisdição fixada na forma nele estipulada será transmitida por carta rogatória, via autoridade central (art. 11). Estabelece também que o requisito da jurisdição internacional para fins dessa eficácia será considerado satisfeito sempre que a decisão emanar de órgão com jurisdição internacional fixada de acordo com as regras nele estipuladas (art. 12).

No que se refere especificamente à jurisdição internacional, estabelece como juízo competente o do domicílio do consumidor, tanto nas

demandas em que for autor, como naquelas em que for réu (art. 4º). Fixa também soluções alternativas, de caráter excepcional, por vontade exclusiva do consumidor (art. 5º): (a) o Estado de celebração do contrato; (b) o Estado de cumprimento da prestação de serviço ou da entrega dos bens; e (c) o Estado de domicílio do demandado. Estabelece, outrossim, que havendo pluralidade de demandados, terá jurisdição o Estado-Parte do domicílio de qualquer um deles (art. 7º), e que possuindo o demandado mais de uma unidade ou representação, pode o consumidor optar por demandá-lo na de seu domicílio principal ou na da unidade ou representação que realizou as operações que geraram o conflito (art. 6º). A jurisdição para decidir da reconvenção será a do juízo com competência sobre a demanda principal (art. 8º).

Relativamente aos atos processuais praticados à distância, dispõe o Protocolo, em seu artigo 9º: (a) poderá o fornecedor, desde que permitido pela legislação do Estado-Parte do juízo competente, contestar e praticar os demais atos de defesa e recurso perante o juízo do seu próprio domicílio, o qual remeterá a documentação ao foro atuante; (b) a possibilidade descrita na letra anterior não se aplica se o fornecedor demandado possuir uma unidade ou qualquer espécie de representação no Estado-Parte do juízo competente; (c) a comunicação entre os órgãos jurisdicionais será realizada através das autoridades centrais; (d) a comunicação deverá conter as informações necessárias relativas ao direito aplicável às relações de consumo no Estado-Parte no qual tramita o processo, bem como sobre o seu direito processual; e (e) a faculdade assegurada ao fornecedor, de se defender perante o juízo do seu próprio domicílio, quando autorizado pela lei do Estado-Parte do juízo competente, não modifica as leis processuais a serem aplicadas nem a jurisdição internacional do Estado-Parte que a detenha.

Aspecto a ser destacado é o que consta do seu artigo 18: “*A tramitação da aprovação do presente Protocolo no âmbito de cada um dos Estados-Partes, com as adequações que forem necessárias somente terá início após a aprovação do ‘Regulamento Comum Mercosul de Defesa do Consumidor’ em sua totalidade, inclusive eventuais anexos, pelo Conselho do Mercado Comum*”. *Como isso ainda não ocorreu, o Protocolo aqui descrito não passa de uma vaga promessa, pois, segundo o texto legal transcrito, poderá ele ainda sofrer as alterações que forem necessárias frente a aprovação do Regulamento referido.*

### 3. AS INSUFICIÊNCIAS EXISTENTES E SUAS POSSÍVEIS SOLUÇÕES

A descrição efetivada do conjunto normativo vigente no Mercosul (ou em via de sê-lo), demonstra alguns problemas fundamentais, entre os quais se pode destacar, com referência aos conflitos entre particulares pertencentes a diferentes Estados-Partes, área na qual há a menor produção legislativa:

a) a opção por atribuir aos Poderes Judiciários dos Estados-Partes, a partir de critérios definidos de fixação da jurisdição internacional, a competência para solucionar as controvérsias existentes é adequada. Carece ela, entretanto, de um instrumento efetivo de uniformização das decisões, sob pena de se ter, em situações idênticas ou assemelhadas, decisões díspares, tendo em vista a posição adotada pela jurisprudência de cada Estado;

b) parece também precária a opção adotada, em matéria de cooperação judicial, que utiliza a carta rogatória, em sua configuração clássica, como instrumento único, *inclusive* em matéria cautelar e para homologação de laudo arbitral ou sentença. Essa crítica é pertinente, pelo menos no Brasil, devido a burocrática tramitação pela qual deve passar até a realização do seu objetivo. Nesse sentido, em relação ao disposto no artigo 102, inciso I, alínea *h* da Constituição Federal (competência originária do STF para processar e julgar: “*a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do exequatur às cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regimento interno a seu Presidente*”), os avanços trazidos em matéria do cumprimento de medidas cautelares (transmissão direta das cartas nas zonas fronteiriças e dispensa do procedimento homologatório das medidas cautelares estrangeiras) não terão aplicabilidade, a não ser que se modifique a interpretação que vem sendo dada ao texto da lei maior;

c) também é de se destacar que a fixação de competência internacional, na forma definida para a solução das controvérsias entre particulares pelo Protocolo de Buenos Aires, restringe-se às questões civis e comerciais, excluindo, expressamente (art. 2º), as questões relativas à falência e concordata, direito de família e sucessões, contratos de seguridade social, contratos administrativos, contratos de trabalho, contratos de venda ao consumidor, contratos de transportes, contratos de seguro e direito reais. Saliente-se que as questões relativas ao consumidor já estão, neste momento, merecendo estudos e propostas específicas, como as contidas no Protocolo de Santa Maria.

Apresentadas aquelas que se entende serem as principais insuficiências, busca-se agora apontar as soluções possíveis (?) para superá-las, ou ao menos minimizá-las. Nesse sentido:

a) há a necessidade, a curto prazo, da criação de um Tribunal do Mercosul, com competência para se manifestar em matéria de validade, vigência, interpretação e aplicação do conjunto normativo pertencente ao Mercado Comum. Esse Tribunal teria a função específica de uniformizar a aplicação do Direito da Cooperação, devendo, para tanto, suas decisões possuírem efeito vinculante em relação aos Poderes Judiciários e às administrações dos Estados-Partes. Não precisaria ser ele, em um primeiro momento, um órgão com sede e quadros próprios, tendo em vista o custo que isso importaria e a diminuta existência, hoje, de demandas específicas. Numa primeira fase, poderia ser constituído por um colegiado formado por juízes indicados pelas Cortes Supremas de todos os Estados-Partes, entre seus próprios membros, com mandato fixo. Esse Tribunal reunir-se-ia periodicamente, alternando-se entre seus membros a presidência, bem como o Estado sede, em sistema de rodízio;

b) atribuir-se-ia a esse Tribunal também o poder para resolver, em última instância, as controvérsias entre particulares pertencentes a diferentes Estados-Partes, quando a decisão proferida fosse divergente de outras ocorridas em casos iguais ou semelhantes. Em todos esses casos, cumpriria o Tribunal o papel de uniformizador da jurisprudência do Mercosul; e

c) finalmente, impõe-se uma reforma constitucional em todos os Estados-Partes do Mercosul, buscando, principalmente, retirar dos textos das cartas políticas desses países os empecilhos existentes à celeridade na distribuição na justiça, tal como ocorre no Brasil, onde todas as sentenças estrangeiras dependem da homologação do STF e todas as cartas rogatórias da concessão do *exequatur* por parte desse mesmo órgão do Poder Judiciário. Na verdade, também as soluções apontadas nos itens anteriores pressupõem uma reforma das constituições, pois sem ela não será possível implementar praticamente nenhuma das sugestões aqui propostas.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acredita-se ter conseguido, de forma sucinta, atingir o objetivo inicial deste texto, ou seja, o de propiciar uma visão mais descritiva do que prescritiva do conjunto normativo vinculado, direta ou indiretamente, à questão da solução de controvérsias entre particulares no Mercosul.

Neste momento, parece haver mais incertezas do que propriamente insuficiências, tendo em vista o pequeno número de controvérsias já solucionadas ou em fase de solução. No entanto, faz-se necessário o estudo dessas questões e a busca de alternativas para o futuro. Não se pode esperar que os problemas ocorram (e já estão ocorrendo) para que se procurem as soluções. É necessário pensar e instrumentalizar, preventivamente, as opções possíveis e adequadas. A construção do Mercosul está ocorrendo, em alguns aspectos, de forma mais rápida do que a aparência leva a crer, o que faz com que se constitua em uma realidade praticamente irreversível. Nesse sentido, espera-se que este pequeno artigo contribua, não para a solução dos problemas, pois esse não foi o seu objetivo, mas para a divulgação e socialização do conhecimento, pressuposto fundamental para a efetiva participação de todos.



# O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO: A REGULAMENTAÇÃO DAS ADINS. E ADCS PELA LEI N. 9.868/99

Luis Carlos Cancellier de Olivo\*

**SUMÁRIO:** Considerações iniciais. Originalidade da ação. Preliminar de inconstitucionalidade. Em defesa da ação. Finalidade das ações. Petição inicial na Lei n. 9.868/99. Abrangência do ato. Dúvida sobre os prazos. Legitimados para propor a ação. Consultas ampliadas. Concessão de liminar. Procedência e improcedência. Suspensão da declaração. Efeito e eficácia da sentença. Regras comuns para ADIn. e ADC. Alterações no CPC. Considerações finais. Bibliografia.

## Considerações iniciais

Sancionada em 10 de novembro deste ano e publicada no dia seguinte no Diário Oficial da União, a Lei n. 9.868 dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.<sup>1</sup>

---

\* *Jornalista, Advogado, Mestrando em Direito/UFSC. Professor Substituto de Instituições de Direito Público — UFSC. Autor de “Direito e internet: a regulamentação do ciberespaço”, Ed. UFSC, 1999.*

1 O texto integral da lei pode ser encontrado em “<http://www.damasio.com.br>”.

Com isso estabelecem-se as normas processuais necessárias para regular estes dois importantes instrumentos de controle de constitucionalidade das leis vigentes no ordenamento jurídico nacional. Buscou o legislador clarear dúvidas e questionamentos, notadamente doutrinários, surgidos ao longo dos últimos anos, em especial no que se refere à Ação Declaratória de Constitucionalidade.

A Lei n. 9.868 estabelece o rito processual para os institutos previstos nos arts. 102 e 103 da Constituição Federal de 1988, fruto da Emenda Constitucional n. 3/93. Isto significa que, neste interregno de seis anos, o controle de constitucionalidade abstrato efetuado pelo STF foi processado conforme o entendimento jurisprudencial e regimental da nossa Alta Corte.

Reivindicavam os doutrinadores a expedição do presente diploma legal. Muitos dos críticos da ADC admitiam mesmo a possibilidade de que alguns dos vícios apontados viessem a ser sanados pela nova lei. Os defensores, por seu turno, aguardavam a confirmação de suas posições teóricas no texto regulamentador.

O que se pretende, neste estudo, é analisar a Lei n. 9.868 tendo em vista justamente a expectativa anteriormente manifestada pela doutrina brasileira sobre o controle de constitucionalidade.

## Originalidade da ação

A expressão “ação declaratória de constitucionalidade” entrou no dicionário jurídico brasileiro a partir de um artigo publicado em 1992 no jornal O ESTADO DE SÃO PAULO<sup>2</sup>, pelos constitucionalistas Ives Gandra MARTINS e Gilmar Ferreira MENDES. Na oportunidade, ofereciam este instrumento como alternativa à iniciativa do Governo COLLOR em reintroduzir o instituto da advocatária<sup>3</sup>, criado pela EC n. 7/77 e não recepcionado pela CF/88.

---

2 MARTINS, Ives Gandra da Silva, GARCIA, Fátima Fernandes de Souza. Ação declaratória de constitucionalidade. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade. SP: Saraiva, 1995, p. 121.

3 Introduzida na CF/697, a advocatária atribuía ao STF, no art. 119, I, “o”, competência originária para apreciar “as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir, a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos da decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido”.



Apresentado pelo Deputado Roberto Campos, a sugestão foi substituída por outro projeto de autoria do Deputado Benito Gama que, aprovado, transformou-se na polêmica EC n. 3. Oficialmente estava criada a ADC, esta invenção brasileira que não encontra paralelo em nenhuma outra legislação, segundo Marcelo FIGUEIREDO<sup>4</sup>.

Conforme sustenta Gilmar MENDES<sup>5</sup>, tal instituto tem sua fundamentação teórica no direito alemão e não constitui nenhuma novidade no direito pátrio. A Emenda Constitucional n. 16, de 1965, que criou a Ação de Representação Direta de Inconstitucionalidade, já possibilitava ao Procurador-Geral, o único legitimado para apresentá-la, defender a constitucionalidade de uma norma quando instado por terceiros a argüir-lhe a inconstitucionalidade.

Por isso MENDES considera que a ADC nada mais é do que uma ADIn. com sinal trocado<sup>6</sup>. Este é o mesmo entendimento de MACHADO, ao destacar que embora as duas ações tenham um tratamento diverso, elas, na verdade, “não sejam, no essencial, diversas. Ambas constituem forma de provocação da Corte Maior para manifestar sobre atos normativos em tese”.<sup>7</sup>

Segundo Clèmerson CLÈVE, a sociedade atual, técnica e de massas, alterou o perfil dos conflitos de interesses, que de individual passaram a ser coletivos, difusos ou individuais homogêneos. Inúmeros instrumentos normativos foram criados recentemente para compor esta realidade, como o mandado de segurança, o mandado de injunção, o Có-

---

4 FIGUEIREDO, Marcelo. A ação declaratória de constitucionalidade — inovação infeliz e inconstitucional. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade. SP: Saraiva, 1995.

5 MENDES, Gilmar Ferreira. A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade. SP: Saraiva, 1995. Segundo ele, na constituição alemã de Weimar, em 1919, no seu artigo 13, existia a possibilidade de se pedir o pronunciamento de um Tribunal em caso de dúvidas ou controvérsias sobre a compatibilidade de disposição do direito estadual com o direito federal (pág. 59). A Lei Fundamental de Bonn outorgou à Corte Suprema a competência para exercer o controle abstrato no caso de existência de dúvidas entre compatibilidade de leis federais e a Lei Fundamental (pág. 62).

6 MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 62.

7 MACHADO, Hugo de Brito. Ação declaratória de constitucionalidade. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade. SP: Saraiva, 1995, p. 112.

digo de Defesa do Consumidor, a Ação Civil Pública, o Estatuto da Criança e do Adolescente e mesmo as duas ações que visam ao controle de constitucionalidade.<sup>8</sup>

A complexidade do Estado, exemplifica, cria a necessidade de uma atividade legiferante intensa, fruto dos planos econômicos ou do princípio federativo. Ao mesmo tempo, a CF/88, refletindo a transição de um regime autoritário, possibilitou o fortalecimento do Judiciário e o desenvolvimento da cidadania.<sup>9</sup>

Celso Ribeiro BASTOS não poupa críticas à ADC por instituir o efeito vinculante, atendendo assim aos “interesses governamentais miúdos, consistentes em ver eliminadas discussões legitimamente travadas em torno de leis sabidamente mal elaboradas e inconstitucionais, o que tem sido uma tônica de nossa frágil e instável República”. Para ele a inovação legislativa “em nada engrandece quem a editou e aqueles que estão a elas subordinados, quer como súditos deste Estado, quer como agentes do Poder Judiciário”.<sup>10</sup>

Na realidade, frisa Arnaldo WALD<sup>11</sup>, a ação direta de constitucionalidade é “um instrumento de unificação jurisprudencial cuja finalidade básica é evitar a demora e as contradições em relação a questões constitucionais de alta relevância que, se não forem resolvidas rapidamente, podem ensejar um verdadeiro caos jurídico, prejudicando a economia nacional e o próprio desenvolvimento do País”.

Esta parece ser a posição predominante. A incorporação da ADC ao texto constitucional, com as suas duas características mais importantes — eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante — bem como a sua regulamentação pela Lei n. 9.868, obrigam-nos a tratar do tema como um fato consolidado. Isto não impede, entretanto, que sejam suscitadas as dúvidas quanto à sua constitucionalidade.

---

8 CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro. SP: Revista dos Tribunais, 1995, p. 181.

9 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. cit.*, p. 183.

10 BASTOS, Celso Ribeiro. Ação declaratória de constitucionalidade. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade. SP: Saraiva, 1995, p. 38.

11 WALD, Arnaldo. Alguns aspectos da ação declaratória de constitucionalidade. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade. SP: Saraiva, 1995, p. 33.

## Preliminar de inconstitucionalidade

Antes de entrarmos na análise propriamente dita da Lei n. 9.868, é necessário resgatar o debate que se travou no cenário nacional sobre a constitucionalidade da ADC criada pela já referida EC n. 3.

Para Celso Ribeiro BASTOS, a ADC seria inconstitucional por basicamente violar direito individual. Ele reconhece que a ação é objetiva, não envolvendo direito individual. Mas como a decisão tem efeito vinculante e é *erga omnes*, os direitos individuais “ficam envolvidos na confirmação da validade jurídica da tese consagrada na lei assim chancelada”. Essa lesão de direitos, sustenta este autor, passa a ser inapreciável ou não conhecível pelo Judiciário, constituindo-se em “violenta e flagrante transgressão ao princípio de que nenhuma violação de direito individual ou ameaça será subtraída à apreciação do Poder Judiciário”.<sup>12</sup>

Por sua vez, Evaldo BRITO questiona mesmo a legitimidade da norma que criou a ADC, visto que uma norma apenas é legítima quando se funda em valores supremos da humanidade “tipificadores também de um poder formal conformado pelas características de um Estado de Direito democrático”.<sup>13</sup>

Entre esses valores supremos encontram-se a liberdade, a justiça, a igualdade, o pluralismo político, dentre outros que constituem direitos fundamentais, “porque são prerrogativas inatas do homem a que cumpre o Estado preservar desde que foi criado, apenas, para assegurá-los”.

BRITO considera que a norma em exame não é fiel a esses elementos, razão pela qual não tem legitimidade.<sup>14</sup>

Com a ADC, opina José Rogério TUCCI<sup>15</sup>, o STF “...equipara-se, em derradeira reflexão, a um órgão certificador da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, não sendo esse, à evidência, mister que lhe toca”. Tal controle, segundo ele, caberia apenas ao poder Legislativo .

---

12 BASTOS, Celso Ribeiro, *Op. cit.*, p. 36.

13 BRITO, Evaldo. Aspectos inconstitucionais da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou de ato normativo federal. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade. SP: Saraiva, 1995, p. 44.

14 BRITO, Evaldo. *Op. cit.*, p. 45.

15 TUCCI, José Rogério Cruz. Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade. SP: Saraiva, 1995, p. 138.

Tido inicialmente como um dos mentores deste tipo de ação, Ives GANDRA<sup>16</sup> tornou-se um dos seus mais ferrenhos opositores, dando a entender que sua sugestão original fora alterada, contemplando apenas lei federal e admitindo a possibilidade de liminar.

Para ele, a não observância do contraditório e ampla defesa constituem os principais indicadores da inconstitucionalidade da ADC, permitindo que o STF decida apenas com a propositura da ação declaratória “sem que nenhum elemento da sociedade, que esteja discutindo a matéria em instâncias inferiores, possa participar do processo”. Para GANDRA a sociedade não terá como se defender, visto que não poderá constitucionalmente integrar a lide. Tal impedimento resulta numa afronta às garantias fundamentais do contraditório e ampla defesa, constituindo ataque à cláusula pétrea do art. 60, IV, da CF/88.

Pelos mesmos motivos, o emérito jurista brasileiro considera também inconstitucional o efeito vinculante, visto que supre os direitos e garantias individuais do art. 5º, tais como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, o livre acesso ao Judiciário, além de violar o princípio da separação dos poderes, transformando o Legislativo em um “poder diminuto e inseguro”.<sup>17</sup>

Outros autores igualmente atacam a constitucionalidade quer do ato que instituiu a Ação quer da própria ADC. Assim temos Ana Maria SCARTEZZINI a alegar que no Brasil impera a presunção de constitucionalidade da lei e que toda lei é constitucional, até prova em contrário. O Estado não necessita declarar que sua atividade é legítima.<sup>18</sup>

O desrespeito ao princípio do contraditório está expresso na determinação de que as decisões da ADC produzem eficácia contra todos e efeito vinculante, resultando que o cidadão comum, que sofre os efeitos desta decisão, fica impedido de intervir na ação para defender seus interesses. Para ela não há dúvidas de que há quebra do princípio da Independência.

---

16 MARTINS, Ives Gandra da Silva e GARCIA, Fátima Fernandes de Souza. *Op. cit.*, p. 123.

17 MARTINS, Ives Gandra da Silva e GARCIA, Fátima Fernandes de Souza. *Op. cit.*, p. 133.

18 SCARTEZZINI, Ana Maria. A ação de declaração de constitucionalidade da lei e os princípios constitucionais. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade. SP: Saraiva, 1995, p. 7.

dência dos poderes, pois a ADC transforma o STF em órgão sancionador da atividade legislativa, criando o desequilíbrio entre os poderes estatais.<sup>19</sup>

Não é outro o entendimento de Marcelo FIGUEIREDO, para quem “a nova previsão desfigura a idéia e função do Poder Legislativo, órgão naturalmente vocacionado a apreciar previamente a constitucionalidade”. Nesse sentido, declarar a constitucionalidade, nos moldes previstos na ação, é, em última análise, legislar, instaurando-se a dependência entre Legislativo e Judiciário. Doravante, adverte, o Parlamentar “fará a lei sob condição: aguarda-se a chancela, o crivo do Judiciário”.<sup>20</sup>

Outro aspecto é destacado por Evaldo BRITO: como a existência de partes é um elemento constitutivo da ação, não pode haver ação sem partes. Existindo uma só pessoa, não há, obviamente, parte. Como na ADC não se especifica qual a parte contrária, não se trata de ação e, assim, “não legitima a atribuição que se pretende conferir ao Supremo, além dos demais efeitos de que é portadora”.<sup>21</sup>

## Em defesa da ação

Os principais argumentos em defesa da ação são levantados por Gilmar MENDES, que, ao contrário de Ives GANDRA, não identifica nela qualquer elemento tendente à inconstitucionalidade. Vejamos, em resumo, algumas de suas posições:

a) no controle abstrato e objetivo não há necessidade de réu. A não existência de um réu não constitui qualquer atecnia ou aberração. A ADC configura típico processo objetivo, destinado a elidir a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a legitimidade da lei. Os eventuais requerentes atuam no interesse da preservação da segurança jurídica e não na defesa de um interesse próprio;<sup>22</sup>

b) o efeito vinculante é constitucional. Nos modelos concentrados da Áustria, Alemanha, Espanha ou Portugal, não se espera que os órgãos de jurisdição ordinária decidam contra a orientação do Tribunal Constitu-

---

19 SCARTEZZINI, Ana Maria. *Op. cit.*, p. 12.

20 FIGUEIREDO, Marcelo, *Op. cit.*, p. 169.

21 BRITO, Evaldo. *Op. cit.*, p. 48.

22 MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 53.

cional. Nos Estados Unidos, o *stare decisis* vincula os órgãos inferiores à jurisprudência das Cortes superiores, notadamente da Suprema Corte;<sup>23</sup>

c) a tendência é pelo controle concentrado. No Brasil, o modelo de controle incidental ou difuso vem perdendo força desde a Emenda n. 16, de 1965, que introduziu o controle abstrato de constitucionalidade. A Constituição de 88, ao ampliar os legitimados da ADIn., atenuou ainda mais o significado do controle incidental;<sup>24</sup>

d) a Independência dos juízes deve ser entendida como liberdade em relação aos demais órgãos estatais que não os próprios Tribunais. Até porque não se questiona a vinculação dos juízes e Tribunais às decisões específicas das Cortes superiores, que podem cassar, reformar, suspender julgados das Cortes inferiores;<sup>25</sup>

e) insegurança jurídica como fator de admissibilidade. Para ser admissível a ação é necessário que haja a controvérsia ou dúvida relevante quanto à legitimidade da norma. A insegurança poderá resultar de pronunciamentos contraditórios da jurisdição ordinária sobre a constitucionalidade de determinada disposição. Assim, se a jurisdição ordinária, por meio de diferentes órgãos, passar a afirmar a inconstitucionalidade de determinada lei, poderão os órgãos legitimados, se estiverem convencidos de sua constitucionalidade, provocar o STF para que ponha termo à controvérsia instaurada. A simples controvérsia doutrinária não se afigura suficiente para objetivar o estado de incerteza apto a legitimar a propositura da ação, uma vez que, por si só, ela não obsta à plena aplicação da lei;<sup>26</sup>

f) existe a possibilidade de reapreciação pelo Tribunal, desde que haja mudança do conteúdo da Constituição, das “relações fáticas ou da concepção jurídica geral”, segundo Hans BROX.<sup>27</sup> Ademais, a cláusula *rebus sic stantibus* (teoria da imprevisão) possibilita que se argua perante o STF a inconstitucionalidade de norma já declarada constitucional, em ação direta de constitucionalidade.<sup>28</sup>

---

23 MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 56.

24 MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 58.

25 *Idem.*

26 MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 86.

27 BROX, Hans, citado por MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 96.

28 MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 98.

Para encerrar este item sobre esta questão, trazemos à colação a posição intermediária de José AFONSO DA SILVA<sup>29</sup> que não a descarta por completo nem diz que a ADC é inconstitucional per si: antes de ser ação, a ADC é meio de impugnação. Não se trata de um processo sem partes e só aparentemente é processo objetivo, pois no substrato estão relações materiais controvertidas.

Considera SILVA que a constitucionalidade vai ser verificada apenas quando do processamento da medida no STF, onde deve ser observado um mínimo de contraditório, conforme o voto (vencido) do Ministro Ilmar Galvão, na ADC 1-1—DF. Sem isso a ADC seria inconstitucional.

## Finalidade das ações

Na análise da Lei n. 9.868/99, uma primeira constatação que fica evidente é a diferença de finalidades que se busca alcançar, seja com a ADIn., seja com a ADC. Reza o inciso I do art. 3º que a petição propositora da ADIn. indicará “o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado”. Já o inciso I do art. 14 ressalta que petição inicial da ADC indicará “o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado”.

Ou seja, enquanto uma ação busca um posicionamento do STF sobre um ato que se pretende impugnar, por inconstitucional, retirando-o do ordenamento, a outra busca tão-somente obter da Corte superior uma declaração de que determinado ato, que está sendo questionado, tem validade constitucional.

O STF não é órgão de consulta, mas guardião da lei, segundo o art. 102 da CF. Logo, sua função é de dar solução para controvérsias. Na ADC 1-1—DF, o Ministro Neri da SILVEIRA ofereceu a orientação, adotada pelo STF, impondo a demonstração, na inicial, do dissídio em torno da constitucionalidade já instaurado em outras Cortes, Juízos e órgãos judiciários, à época do ajuizamento da ação.<sup>30</sup>

Nesse sentido é que explicita a lei a necessidade da clara controvérsia judicial.

---

29 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16.ed., SP: Malheiros, 1999, p. 58.

30 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. cit.*, p. 201.

## Petição inicial na Lei n. 9.868

Esta diferença de finalidade a alcançar também se reflete na formulação da petição inicial. Assim é que, conforme o art. 3º, I, na ADIn, a petição indicará o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações; enquanto que o art. 14, III, estabelece que na ADC a exigência de apresentação de documento comprova a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.

## Abrangência do ato

O que se pretende impugnar ou questionar nestas ações é a adequação de dispositivo da lei ou do ato normativo à Constituição, conforme prevê o acima citado inciso I do art. 3º, em se tratando de ADIn, ou do inciso I do art. 13, quando for o caso de ADC.

No entanto, o legislador não indica qual o alcance territorial da norma a ser declarada inconstitucional, se federal, estadual ou ambas. A CF/88, no seu art. 102, I, *a*, deixa claro que a ADIn, abrange tanto a lei federal quanto a estadual. Já o art. 13 da ADC explicita que se trata de lei ou ato normativo federal. A questão que merece ser levantada, sob este aspecto, está no § 2º do art. 20, quando indica que, no julgamento da ADC, o relator poderá solicitar informações aos Tribunais superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma questionada no âmbito de sua jurisdição. O STF questionará um Tribunal de Justiça estadual sobre uma norma federal contestada em sua jurisdição? Não seria o caso de se admitir a possibilidade da ADC para lei estadual, assim como ocorre na ADIn.?

Esta, aliás, era a proposta original apresentada por Ives GANDRA ao Deputado Roberto Campos, que não foi, entretanto, encampada pela base governista no Congresso Nacional em 1992.

## Dúvida sobre os prazos

A Lei n. 9.868 vem regular um aspecto processual importante, que é o dos prazos.



Na ADIn., o relator pede informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado. O parágrafo único do art. 6º prevê que tais informações deverão ser prestadas em trinta dias, contado do recebimento do pedido.

Na seqüência, decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias (art. 8º). Somente vencidos estes prazos, determina o art. 9º, é que será lançado o relatório, com cópia a todos os Ministros e pedido de dia para julgamento.

A questão dos prazos na ADC está redigida de maneira truncada, fruto da má técnica legislativa. Pelo art. 19 toma-se conhecimento que “Decorrido o prazo do artigo anterior, será aberta vista ao Procurador-Geral da República, que deverá pronunciar-se no prazo de quinze dias”.

O problema é que não há artigo anterior — no caso da ADC (do 13º ao 18º) — que mencione qualquer prazo, como ocorre na ADIn., conforme prevê o referido art. 8º. Ali era possível fazer referência a “vencidos estes prazos” pois o art. 6º estabelecia quais eram “estes prazos” — os 30 dias para que o relator ouvisse os órgãos ou autoridades. Já no caso da ADC não existe “prazo do artigo anterior”. Assim, o Procurador-Geral será ouvido depois de quanto tempo?

Na falta de um dado mais preciso, é possível delimitar-se este prazo como aquele contido no § 3º do art. 20, que estabelece que as informações, perícias e audiências serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

## Legitimados para propor a ação

A Lei n. 9.868 não inovou em relação aos legitimados para a propositura da ação, mantendo a mesma relação prevista pelo art. 102 da CF/88.

O art. 2º estabelece que podem propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Já o art. 13 limita os legitimados à proposição da Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ao Presidente da República, à Mesa da Câmara dos Deputados, à Mesa do Senado Federal e ao Procurador-Geral da República.

## Consultas ampliadas

Outra diferença prevista pela lei entre os dois institutos é em relação às fontes que deverão ser consultadas pelo Ministro relator na formação de seu juízo de valor sobre a constitucionalidade do ato ou lei que se pretende ver declarada.

Na ADIn, o relator pedirá informações:

- a) ao órgão do qual emanou a lei ou o ato normativo impugnado (art. 6º);
- b) às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado (art. 6º);
- c) outros órgãos ou entidades, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes (§ 2º do art. 7º);
- d) ao Advogado-Geral da União (art. 8º);
- e) ao Procurador-Geral da República (art. 8º).

Já na Ação Declaratória de Constitucionalidade serão consultados, conforme estabelecem os arts. 19 e 20:

- a) o Procurador-Geral da República;
- b) o Perito ou comissão de peritos;
- c) pessoas com experiência e autoridade na matéria;
- d) Tribunais superiores;
- e) Tribunais federais;
- f) Tribunais estaduais.

Ressalte-se que no caso do Procurador-Geral a abertura de prazo de 15 dias para seu parecer é obrigatória. Os demais agentes serão ouvidos, se for o caso, para prestar “informações adicionais”, a critério do Ministro relator, “em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos”, como frisa o § 1º do art. 20.

Este é um aspecto relevante relacionado com o princípio do devido processo legal, tão criticado por parcela dos doutrinadores, como já visto anteriormente.

Em 1993, segundo relata Arnaldo WALD, Gilmar MENDES já previra a possibilidade de que quando fosse fixada a disciplina processual do instituto, o legislador deveria definir os pressupostos de admissibilidade da ação, autorizando a audiência de determinados órgãos ou segmentos sociais, outorgando direito de manifestação a certos entes. A consulta ampliada é prevista pela Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã, que concede ampla possibilidade de manifestação aos órgãos do poder Legislativo, Executivo e Judiciário.<sup>31</sup>

## Concessão de liminar

No que concerne à Medida Cautelar, tanto no caso da ADIn. quanto da ADC, o STF está autorizado a concedê-la, observadas as condições impostas pela lei. No caso da ADIn., o art. 10 determina que a liminar só será concedida após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias; o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República serão ouvidos no prazo de três dias (§ 1º).

Somente em caso de excepcional urgência (§ 3º), o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência destes órgãos ou autoridades. A liminar concedida terá eficácia contra todos e efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa (art. 11, § 1º). Da mesma forma a concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário (§ 2º).

Em relação à ação principal, reza o art. 12 que havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

O procedimento para concessão de cautelar, no caso da ADC, é mais simplificado, como prevê o art. 21. Neste caso o STF determinará que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que

---

31 WALD, Arnaldo. Alguns aspectos da ação declaratória de constitucionalidade. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade. SP: Saraiva, 1995, p. 25.

envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

O parágrafo único determina que, concedida a medida cautelar, o STF publicará no Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias.

O Tribunal deverá proceder ao julgamento da ação no prazo de 180 dias, sob pena de perda de sua eficácia.

## Procedência e improcedência

Segundo o art. 24, proclamada a constitucionalidade, torna-se Improcedente a ADIn. e Procedente a ADC; admitida a inconstitucionalidade entende-se Procedente a ADIn. e Improcedente a ADC.

Quanto à possibilidade de recurso, determina o art. 26 que a decisão é irrecurável, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.

## Suspensão da declaração

Em relação à declaração de inconstitucionalidade e tendo em vista a segurança jurídica ou interesse social excepcional, o STF poderá tomar, por maioria de dois terços de seus membros, uma das três medidas admitidas pelo art. 27 da Lei n. 9.868: a) restringir os efeitos daquela declaração; b) decidir que ela só terá eficácia a partir de seu trânsito em julgado; c) decidir que ela só terá eficácia a partir de outro momento fixado pelo Judiciário.

Ao agir desta forma, o STF verdadeiramente não vai declarar a lei inconstitucional, invalidando-a. Antes disso, esta permissão mais se assemelha a uma *declaração de incompatibilidade*, nos moldes da doutrina alemã. A lei não determina qual será o “outro momento” que será fixado, mas o certo é que durante este período a lei atacada continuará em plena vigência.

No caso da segurança jurídica, o legislador brasileiro adota a fórmula originária da Áustria e consolidada na Alemanha, conforme ensina Paulo BONAVIDES<sup>32</sup>, recordando que Hans KELSEN, na formulação

---

32 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5. Ed., SP: Malheiros, 1994, p. 302.

da Constituição austríaca de 1920, lecionava que “se uma lei ou parte desta for invalidada como inconstitucional entram em vigor no dia da vigência da invalidação, caso o aresto não disponha de outra forma, as determinações legais que, segundo a lei declarada inconstitucional pela Corte Constitucional, haviam sido anuladas”.<sup>33</sup> Neste caso, o prazo máximo pela qual a sentença declaratória da inconstitucionalidade permaneceria “suspensa” antes de entrar em vigor não deveria ultrapassar a um ano.

O tribunal alemão, por seu turno, entendia que excepcionalmente, as disposições inconstitucionais deviam, em parte, ou totalmente, continuar tendo aplicação, se a peculiaridade da norma declarada inconstitucional se fizesse necessária por razões constitucionais, nomeadamente aquelas derivadas da segurança do direito.<sup>34</sup>

Pode-se identificar ainda alguma semelhança com o instituto do “Apelo Constitucional”, segundo o qual o Tribunal Constitucional Federal alemão antes de declarar uma lei inconstitucional dirige-se ao legislador e, oferecendo-lhe diretivas, exorta-o a adaptar a lei questionada ao texto constitucional para sanar-lhe de qualquer vício. A lei questionada não é retirada do ordenamento e o legislador tem a opção de revogá-la, modificá-la ou completá-la.<sup>35</sup>

## Efeito e eficácia da sentença

O parágrafo único do art. 28 determina que as declarações de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, *inclusive* a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, terão eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Pelo menos três pontos deste parágrafo merecem ser melhor examinados, com base nos estudos de Gilmar MENDES<sup>36</sup>, dada a importância que desempenham na questão do controle de constitucionalidade. Ta-

---

33 Citado por BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 305.

34 BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 308.

35 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. SP: Saraiva, 1996, p. 229.

36 MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 267.

is aspectos referem-se à “Interpretação conforme a Constituição”, “Declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto” e “Efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

a) Interpretação conforme a Constituição: O Tribunal parte do princípio de que o legislador busca positivar uma norma constitucional, conforme é o princípio da constitucionalidade da lei.<sup>37</sup>

Isto significa que a lei positivada não contraria o disposto na Constituição, antes, pelo contrário, está de acordo com os seus parâmetros. Se sua constitucionalidade for questionada, o Tribunal não deve negar sua legitimidade, visto que o legislador interpretou corretamente a Constituição no momento de elaborá-la. A interpretação conforme a Constituição resulta, por parte do órgão judiciário, numa declaração de constitucionalidade da lei.

Este tipo de interpretação só é possível quando o legislador manifestamente não comete nenhuma violência contra a expressão literal do texto, ou seja, quando não altera o significado do texto constitucional, ou, na expressão de Sepúlveda PERTENCE, não age “desconforme a Constituição”.<sup>38</sup>

b) Declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto: é o instrumento que o Tribunal dispõe quando pretende realçar que determinada aplicação da norma é contrária à Constituição, possibilitando maior clareza e segurança jurídica. Assim a lei “X” é inconstitucional se aplicável a tal hipótese.<sup>39</sup> O Tribunal deixa explícito que determinada hipótese de aplicação é inconstitucional, sendo nula somente esta parte. O restante do texto continua válido.

c) Efeito vinculante e eficácia *erga omnes*: Não só em relação aos órgãos do Poder Judiciário como também da Administração Pública federal, estadual e municipal, as decisões do STF terão efeito vinculante, obrigando todos estes entes a seguirem a orientação fixada pela Corte Suprema.

---

37 MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 268.

38 Citado por MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 272.

39 MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 275.

Esta eficácia *erga omnes* obsta, segundo Gilmar MENDES<sup>40</sup>, que a questão seja novamente submetida à apreciação do STF, sob a forma de ADIn. Entretanto, mudando as circunstâncias fáticas, não há como evitar que, sob outro contexto, a matéria seja apreciada. É o caso da decisão do STF que concedeu prazo em dobro para a Defensoria Pública enquanto o órgão não estivesse estruturado. Se no ano seguinte a Defensoria fosse estruturada, poderia o STF mudar sua posição, desconsiderando a possibilidade de conceder-lhe o prazo dilatado. BRYDE entende que “os conhecimentos sobre o processo de mutação constitucional exigem que se admita nova aferição da constitucionalidade da lei no caso de mudança da concepção constitucional”.<sup>41</sup>

O Poder Legislativo não é alcançado pelo efeito vinculante, pois, segundo Oswaldo PALU<sup>42</sup>, com a declaração de constitucionalidade, nada ocorre no mundo jurídico a não ser a certeza do direito, posto que os pressupostos de admissibilidade são a dúvida, a controvérsia e a incerteza. Mas a lei vige do mesmo modo pelo qual vigia antes da sentença e o Poder Legislativo não fica impedido de alterar ou revogar a norma, mesmo após declarada sua constitucionalidade pelo STF. Em sentido contrário, Clèmerson CLÈVE<sup>43</sup> entende que o efeito vinculante deveria, do mesmo modo, atingir também os atos do Poder Legislativo. “Não parece haver razão que justifique a discriminação”, assevera.

Outro ponto de divergência entre os doutrinadores é saber se a sentença vincula o próprio STF. José Afonso da SILVA<sup>44</sup> entende que sim, pois prevalece a teoria da coisa julgada material oponível a todos os órgãos judiciários, *inclusive* o que proferiu a decisão. Logo, o STF não poderá conhecer de processo em que se pretenda algo contrário à sua declaração e citando Nagib SLAIBI FILHO, o Supremo fica ungido à sua decisão, devendo seguir a mesma linha ainda quando se trate de julgamento de constitucionalidade incidental pelo Plenário.

---

40 MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 281.

41 Citado por MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 283.

42 PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade*. SP: RT, 1999, p. 228.

43 CLEVE, Clèmerson Merlin. *Op. cit.*, p. 209.

44 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 63.

Idêntica é a posição de José Rogério TUCCI<sup>45</sup>, para quem se o pedido deduzido na ADC for reputado improcedente, a respectiva decisão, transitada em julgado, gozará igualmente de eficácia *erga omnes*, não mais podendo ser argüida perante qualquer Tribunal, *inclusive* a Excelsa Corte, a inconstitucionalidade da lei antes examinada.

Esta, entretanto, não é a opinião de Gilmar MENDES<sup>46</sup>. Para ele, a expressão “demais órgãos do Poder Judiciário” indica que o STF não é alcançado pelo efeito vinculante. A autovinculação, na sua opinião, é inadmissível pois, se de um lado congela o direito constitucional, por outro obriga o Tribunal a sustentar tese errada ou já superada. Já a não observância do efeito vinculante pelos demais órgãos do Poder Judiciário caracteriza grave violação de dever funcional, típicos do dolo ou da fraude, previstos no inciso I do art. 133 do CPC.

## Regras comuns para ADIn. e ADC

### a) Agravo

ADIn. — Parágrafo único do art. 4º: Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.

ADC — Parágrafo único do art. 15: Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.

### b) Desistência

ADIn. — Art. 5º: Proposta a ação direta, não se admitirá desistência.

ADC — Art. 16: Proposta a ação declaratória, não se admitirá desistência.

### c) Intervenção de terceiros

ADIn. — Art. 7º — Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

ADC — Art. 18 — Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação declaratória de constitucionalidade.

### d) Sustentação oral

O § 2º do art. 10 prevê que no julgamento do pedido de medida cautelar será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do reque-

45 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Op. cit.*, p. 148.

46 MENDES, Gilmar Ferreira. A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993. *Op. cit.*, p. 104.



rente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

*e) Quorum*

— Maioria absoluta — Necessário para deferir pedido de medida cautelar (art.21).

— Oito ministros — Número mínimo presente na sessão que decidir sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo (art. 22).

— Seis ministros — Número de manifestações mínimas necessárias para que seja proclamada a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido, quer se trate de Ação Direta de Inconstitucionalidade ou de Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 22).

Do contrário o julgamento será suspenso, sendo aguardado o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão num ou noutro sentido (art. 23).

## **Alterações no Código de Processo Civil**

A Lei n. 9.868, em suas disposições gerais, promove algumas alterações no Código de Processo Civil.

Embora a intervenção de terceiros, como visto anteriormente, esteja proibida, a nova redação do § 1º do art. 482 do CPC permite que o Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal.

Já o § 2º prevê que os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos.

Na falta de detalhamento, infere-se que os titulares do direito de ação referidos no art. 103 sejam aqueles previstos nos incisos de I a IX, para a ADIn. e do § 4º, para a ADC. Desta maneira alargar-se-ia a possibilidade do exercício do contraditório, contemplando um dos aspectos do devido processo legal reclamado pelos juristas contrários à ADC.

Por fim a Lei n. 9.868 também procede a algumas alterações na Lei n. 8.185/99, que trata da organização judiciária do Distrito Federal, adequando-a ao novo texto.

## Considerações finais

1 — É fato que a sociedade moderna necessita de instrumentos mais ágeis para resolver os novos conflitos, difusos, coletivos, individuais homogêneos. Em tese, tanto a ADIn. quanto a ADC se colocam ao lado de instrumentos adequados a este tempo, como o Mandado de Injunção, a Lei da Ação Civil Pública, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor;

2 — A Constituição de 88, ao ampliar os legitimados para o exercício da ADIn., possibilitou a democratização do acesso à justiça e o exercício mais ativo da cidadania. Da mesma forma ao incorporar o texto da EC n. 3, dando vida jurídica a ADC, aprofundou o grau de controle sobre a constitucionalidade das leis;

3 — Com estas duas medidas, o controle sobre a produção das leis concentrou-se cada vez mais no órgão de cúpula da justiça brasileira, em detrimento do controle difuso exercido na base do Judiciário;

4 — Os efeitos da sentença — *erga omnes* e vinculante — representam uma tentativa de dar mais agilidade à justiça e pôr fim à morosidade, hoje apontada como um dos mais graves problemas do Poder Judiciário brasileiro;

5 — A preocupação de parcela dos juristas com a questão do devido processo legal é pertinente e deve ser observada a todo instante. Num regime onde a tripartição dos poderes é desequilibrada em favor do Executivo, qualquer desatenção dos operadores jurídicos resultará em danos para os direitos e as garantias individuais;

6 — Com a edição da Lei n. 9.868, o legislador brasileiro procurou regulamentar o processo e o julgamento tanto da ADIn. quanto da ADC perante o STF, levando em conta as manifestações doutrinárias e a orientação jurisprudencial do próprio STF;

7 — A questão é saber como reagirá o Judiciário ordinário de 1º e 2º graus diante do novo diploma legal. Da mesma forma, afastada de uma vez todos possíveis aspectos inconstitucionais da ADC, importa saber como será recepcionado o referido texto legislativo pelos constitucionalistas brasileiros.

**BIBLIOGRAFIA**

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Ação declaratória de constitucionalidade*. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. *Ação declaratória de constitucionalidade*. SP: Saraiva, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5.ed., SP: Malheiros, 1994.
- BRITO, Evaldo. *Aspectos inconstitucionais da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou de ato normativo federal*. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. *Ação declaratória de constitucionalidade*. SP: Saraiva, 1995.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. SP: Revista dos Tribunais, 1995.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *A ação declaratória de constitucionalidade — inovação infeliz e inconstitucional*. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. *Ação declaratória de constitucionalidade*. SP: Saraiva, 1995.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Ação declaratória de constitucionalidade*. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. *Ação declaratória de constitucionalidade*. SP: Saraiva, 1995.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva e GARCIA, Fátima Fernandes de Souza. *Ação declaratória de constitucionalidade*. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. *Ação declaratória de constitucionalidade*. SP: Saraiva, 1995.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993*. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. *Ação declaratória de constitucionalidade*. SP: Saraiva, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional*. SP: Saraiva, 1996.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade*. SP: RT, 1999.
- SCARTEZZINI, Ana Maria. *A ação de declaração de constitucionalidade da lei e os princípios constitucionais*. In MARTINS, Ives Gandra

da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade. SP: Saraiva, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16.ed., SP: Malheiros, 1999.

TUCCI, José Rogério Cruz. *Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade*. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade. SP: Saraiva, 1995.

WALD, Arnaldo. *Alguns aspectos da ação declaratória de constitucionalidade*. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade. SP: Saraiva, 1995.

# **JURISPRUDÊNCIA CÍVEL**



## MANDADOS DE SEGURANÇA

### MANDADO DE SEGURANÇA N. 98.018365-0, DA CAPITAL

**Relator: Des. Anselmo Cerello**

*Mandado de segurança — Cobrança de valores referentes ao vale-transporte — Carência de ação — Inteligência das Súmulas 269 e 271 do STF — Recurso não conhecido.*

*É por demais sabido que o mandado de segurança não pode ser manjado, como autêntica ação de cobrança, não podendo ademais ter natureza patrimonial, o que no caso se evidencia pela cobrança de prestações pretéritas à impetração, uma vez que as repercussões patrimoniais, decorrentes do remédio heróico, são sempre a partir de impetração, o que não se verifica no caso presente.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 98.018365-0, da comarca da Capital, em que são impetrantes Adenilde de Mello Limas e outras, sendo impetrados o Sr. Secretário de Saúde de Santa Catarina e a Sra. Diretora de Recursos Humanos da mesma Secretaria:*

ACORDAM, em Primeiro Grupo de Câmaras, à unanimidade, não conhecer do mandado de segurança.

Custas legais.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Adenilde de Mello Limas, Ana Paula Martins Vitor,

Ângela Domingos Machado, Crescência Alberton Werneck, Eliomar Bento Amorim, Maria Albertina Flores da Costa, Maria do Carmo Florêncio Medeiros, Rosemeri de Souza Barcelos, Valnélia Mendonça da Luz, contra ato do Sr. Secretário da Saúde de Santa Catarina e da Sra. Diretora de Recursos Humanos da Secretaria da Saúde deste Estado, que restaram por cercar-lhes a percepção dos vales-transporte, isto a partir de maio, junho e outubro de 1997, conforme caso específico.

Alegaram que tal decisão violou seu direito líquido e certo, haja vista ter afrontado a Lei Estadual n.

7.975/90 e o Decreto n. 5.532/90. Tal violação decorria do fato de que as normas em questão concediam o benefício do vale-transporte aos servidores que utilizassem transporte urbano, ou mesmo intermunicipal com características de urbanos, sendo que as linhas de viação rodoviária utilizadas pelos impetrantes se enquadrariam nesta última categoria. Assim, inquiram de ilegal a supressão do benefício, pugnando pela sua imediata concessão e pela reposição dos valores despendidos pelas impetrantes durante o período em que o tal benefício restou obstado.

A liminar pleiteada não foi concedida.

A autoridade coatora, em preliminar, sustentou impossibilidade jurídica do pedido e a sua ilegitimidade ad causam, e, no mérito, asseverou que as linhas de transporte rodoviário utilizadas pelos autores não se enquadram na categoria de transporte intermunicipal com características urbanas, consoante classificação atribuída ao Deter, pelo que lhes foi cassado o benefício em tela.

O representante da douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pela não concessão da ordem.

É o relatório.

Segundo se apanha, a presente impetração data de 23 de dezembro de 1998, pretendendo as impetrantes: “a imediata reposição dos valores já despendidos pelas impetrantes, dos meses de maio a junho e outubro de 1997 (...) omissis a novembro de 1998”, sic fls. 14.

Como se observa a impetração afronta o disposto nas Súmulas 269 e 271 do STF, que assim dispõe:

Súmula 269 — “O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança”.

Súmula 271 — “Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”.

Ora é por demais sabido que o mandado de segurança não pode ser manjado, como autêntica ação de cobrança, não podendo ademais ter natureza patrimonial, o que no caso evidencia-se pela cobrança de prestações pretéritas à impetração, uma vez que as repercussões patrimoniais, decorrentes do mandado de segurança, são sempre a partir de impetração, o que não se verifica no caso presente.

Em face de tal contexto, não conheço da impetração, uma vez que dela carece de ação as impetrantes, em virtude de flagrante impossibilidade jurídica do pedido que abriga.

É o voto.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Xavier Vieira, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Carlos Prudêncio, Gaspar Rubik, Orli Rodrigues, Trindade dos Santos, Newton Trisotto, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Medeiros.

Florianópolis, 13 de outubro de 1999.

*Anselmo Cerello,*  
*Presidente para o acórdão e Relator.*



## APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

### APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 99.011863-0, DE TIMBÓ

Relator: Des. Eder Graf

*Sindicato de servidores públicos civis (art. 37, VI, CF) — Contribuição sindical compulsória (art. 578, CLT) — Recepção do instituto pela Constituição Federal de 1988 (art. 8º, inc. IV, in fine) — Desconto obrigatório.*

*“A Constituição de 1988, à vista do art. 8º, IV, in fine, recebeu o instituto da contribuição sindical compulsória, exigível, nos termos dos arts. 578 e segs. da CLT, de todos os integrantes da categoria, independentemente de sua filiação ao sindicato (cf. ADIn. n. 1.076, medida cautelar, Pertence, 15/6/94).*

*“Facultada a formação de sindicatos de servidores públicos (CF, art. 37, VI), não cabe excluí-los do regime da contribuição legal compulsória exigível dos membros da categoria (ADIn. n. 962, 11/11/93, Galvão)” (STF).*

*Custas e emolumentos processuais — Isenção da autoridade impetrada.*

*Nos termos do art. 35, i, da LC n. 156 de 15/5/97 (Regimento de Custas e Emolumentos do Estado de Santa Catarina), com redação do art. 9º da LC n. 161 de 23/12/97, “são isentos de custas e emolumentos o processo em geral, no qual tenha sido vencida a Fazenda do Estado e dos Municípios, direta ou por administração autárquica, quanto a ato praticado por servidor remunerado pelos cofres públicos”.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 99.011863-0, da comarca de Timbó (2ª Vara/Fazenda Pública), remetidos pelo MM. Juiz de Direito, em que é impetrante o Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Timbó e Região — Sisete, sendo impetrado o Prefeito Municipal de Rio dos Cedros:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento em parte à remessa.

Custas na forma da lei.

O Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Timbó e Região — Sisete impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do Prefeito Municipal de Rio dos Cedros, alegando que a autoridade coatora efetuou o desconto obrigatório da contribuição sindical somente dos servidores públicos municipais sindicalizados, recusando-se a deduzi-la também dos servidores estatutários e comissionados não sindicalizados, em afronta ao disposto no art. 8º, IV, da CF/88 e art. 579 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Deferida a liminar, a autoridade coatora prestou informações afirmando que a contribuição sindical foi recepcionada pelo art. 8º, IV, in fine, da Constituição Federal e que está regulada pelos arts. 578 e seguintes da CLT, sendo aplicável, portanto, somente aos servidores públicos do regime jurídico celetista.

Ouvido o Ministério Público, concedeu-se a segurança.

Decorrido in albis o prazo para interposição de recurso voluntário,

vieram os autos a esta Superior Instância por força do reexame necessário, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinado pelo desprovemento da remessa.

É o relatório.

Trata-se de mandado de segurança em que se controverte, fundamentalmente, sobre dois pontos, a saber: a) da possibilidade de desconto da contribuição sindical compulsória dos servidores públicos municipais; e, em se admitindo a tese anterior, b) da existência do direito do impetrante à cobrança da contribuição sindical compulsória dos servidores pertencentes ou não ao quadro associativo do Sindicato.

Inicialmente, cumpre distinguir as diversas modalidades de contribuição sindical existentes hodiernamente no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo a lume o escólio do eminente Desembargador Francisco Borges:

“1) Contribuição Sindical, anteriormente denominada Imposto Sindical, prevista nos arts. 448, a, e 578 e segs. da CLT, de caráter eminentemente tributário, eis que compulsória a todos integrantes da categoria, independentemente de filiação a sindicato.

“2) Contribuição dos Associados, prevista nos respectivos estatutos das entidades sindicais, amparadas 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 con-

federativo da respectiva representação sindical, sendo aprovada pela assembleia do sindicato, inovação prevista no inciso IV do art. 8º da Constituição Federal de 1988” (Ap. Cív. n. 98.001005-5, de Porto União, j. 23/4/98).

A modalidade de que se cuida no presente processo é a chamada contribuição sindical (antigo imposto sindical), disciplinada pela Consolidação das Leis do Trabalho, a qual, conforme visto, não se confunde com a contribuição confederativa, instituída pela Constituição Federal de 1988 (primeira parte do inciso IV do art. 8º), mas corresponde sim àquela ressalvada na parte final do aludido inciso IV.

O Sindicato impetrante deixou patente, em todos os momentos em que se manifestou nos autos, de que se insurge contra ato omissivo da autoridade coatora em descontar dos servidores públicos municipais (sindicalizados ou não) a “Contribuição Sindical prevista em lei” (pág. 11), tendo até mesmo enfatizado que “não há como confundir contribuição sindical com mensalidade sindical. Aquela independe de autorização, é compulsória, esta depende de autorização, necessita de assinatura de ficha de filiação sindical” (pág. 21).

Não há dúvidas, portanto, de que no caso em apreço a contribuição almejada é a de natureza obrigatória, ou seja, é ex vi lege, decorrente do simples fato de se pertencer a uma categoria profissional ou econômica.

A respeito, é deveras profícuo o comentário de Orlando Gomes e Elson Gottschalk, verbis:

“A forma de contribuição sindical que nos interessa, aqui, é a que se apresenta como taxa ou imposto, outrora chamado imposto sindical, hoje contribuição sindical.

“O imposto sindical foi criado por decreto-lei como contribuição devida aos sindicatos, obrigatória para todos aqueles que participam de uma determinada categoria econômica ou profissional, em favor da associação profissional legalmente reconhecida como sindicato representativo da mesma categoria. Posteriormente, foi modificado por lei votada pelo Congresso Nacional, que alterou apenas os percentuais para os agentes trabalhadores autônomos, profissionais liberais e empregadores” (Curso de Direito do Trabalho, Forense, Edição Universitária, 1990, págs. 656/657).

E acrescenta:

“No que tange aos trabalhadores, o imposto acima referido corresponde à remuneração de um dia de trabalho, devido anualmente, descontado pelo empregador em folha de pagamento, no mês de março e recolhido ao Banco do Brasil no mês de abril de cada ano” (op. cit., pág. 659).

Arrematando:

“Seja o empregado sindicalizado, ou não, está obrigado a pagar o imposto” (grifou-se) (idem).

Por sua vez, Eugenio Haddock Lobo e Júlio César do Prado Leite enfatizam que a contribuição sindical “é uma obrigação compulsória em geral paga por todos aqueles que participam de uma determinada categoria econômica ou profissional em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão” (Comentários

à Constituição Federal, Edições Trabalhistas, 1989, vol. I, pág. 285).

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

“I — A contribuição sindical é obrigatória e não se enseja a autorização prévia dos empregados, porém, qualquer outra contribuição, assistencial, depende dessa autorização.

“II — Recurso conhecido e provido” (REsp. n. 36.880/RJ, Min. José de Jesus Filho, j. 21/11/94).

No mesmo sentido fixou este Tribunal:

“— Contribuição sindical. Obrigação que não se confunde com a contribuição confederativa de que trata a primeira parte do inciso IV do art. 8º da CF, mas que corresponde à contribuição ressalvada na parte final do aludido inciso.

“— É ela de natureza compulsória e na sua cobrança não se distinguem empregados sindicalizados, ou não.

“— Precedentes do STF no RMS n. 21.758, rel. o Min. Sepúlveda Pertence (RTJ 161/460) e desta Corte na Ap. Cív. n. 47.058, relator o deste acórdão e na Ap. Cív. n. 98.001005-5, rel. o Des. Francisco Borges.

“— Provimento parcial do apelo” (Ap. Cív. n. 97.006563-9, de Brusque, Des. João José Schaefer, j. 7/5/98).

É de bom alvitre lembrar que a Constituição da República de 1988 trouxe, frente ao texto de 1969, substanciais alterações relativamente à organização sindical brasileira.

Não há dúvida, tanto na doutrina como na jurisprudência, da recepção sob a ordem constitucional vigen-

te do instituto jurídico da contribuição sindical compulsória, à vista do art. 8º, IV, in fine, da CF/88, a qual é exigível, nos termos dos arts. 578 e seguintes da CLT, de todos os integrantes da categoria profissional ou econômica, independentemente de filiação ao sindicato.

Dispõe o art. 8º, IV, da Carta Política:

“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 sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei” (grifou-se).

A contribuição prevista em lei (expressão em destaque) refere-se à denominada “contribuição sindical compulsória” prevista no art. 548 e art. 579 da Consolidação das Leis do Trabalho, a qual corresponde à remuneração de um dia de trabalho, para os empregados a ser recolhida de uma só vez, anualmente (CLT, arts. 580, I, e 582).

Outrossim, a Constituição Federal expressamente garantiu aos servidores públicos civis o direito à livre associação sindical (art. 37, VI), sem fazer, contudo, qualquer anotação (restritiva ou ampliativa) quanto à semelhança em relação ao sistema de organização sindical dos empregados celetistas, razão por que se deve observar, à luz do princípio da razoabilidade, os princípios informadores do Direito Sindical.

Nesse sentido, Maria Sylvania Zanello Di Pietro é bastante precisa quando preleciona:

“O artigo 37, incisos VI e VII, da Constituição assegura ao servidor público o direito à livre associação sindical e o direito de greve que ‘será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar’. O primeiro é auto-aplicável; o segundo depende de lei complementar. E o art. 42, § 5º, proíbe a greve e a sindicalização para o servidor militar.

“No que diz respeito aos sindicatos, a Constituição não estabelece normas disciplinadoras, à semelhança do que fez, para o trabalhador, no artigo 8º, o que permite inferir que são as mesmas para os servidores públicos, mesmo porque perfeitamente compatíveis” (grifou-se) (Direito Administrativo, 6ª ed., Atlas, 1996, pág. 369).

Em igual norte, Adilson Abreu Dallari comenta:

“O importante é destacar que não mais existe a proibição de sindicalização para os servidores públicos, os quais poderão constituir entidades especificamente destinadas à defesa de seus interesses como trabalhadores, providas de instrumentos eficientes para isso, e entidades essas cujos dirigentes deverão contar com garantias necessárias ao pleno desenvolvimento de suas atribuições.

“Cada pessoa jurídica de capacidade política (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) vai legislar, para si, sobre esse tema, cabendo lembrar que o direito à sindicalização não pode ser suprimido ou amesquinhado, até porque é uma emanção do princípio participativo, previsto no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal” (Regime Constitucional

dos Servidores Públicos, 2ª ed., RT, 1992, pág. 149).

E finaliza:

“Importa, sim, realmente, que a associação sindical de servidores tenha representatividade, independência, autonomia financeira e segurança jurídica para postular melhores condições de trabalho, evolução funcional, remuneração adequada etc., de maneira eficaz, com a pertinente capacidade de pressão junto a quem efetivamente vai decidir, sem perder de vista a necessária e indispensável salvaguarda do interesse público” (grifou-se) (op. cit., pág. 150).

Por seu turno, Amauri Mascaro Nascimento anota:

“Passa por modificações em nosso país a sindicalização no setor público, com a maior flexibilidade resultante das inovações de ordem constitucional.

“(…)”

“No Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho (art. 566) proibiu a sindicalização dos servidores do Estado e das instituições paraestatais, autorizando-a apenas para os empregados de sociedades de economia mista e de fundações públicas.

“(…)”

“A Constituição Federal de 1988 (art. 37, VI), modificando o critério anterior, dispõe que é ‘garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical’. Com isso, a proibição se mantém apenas aos servidores públicos militares (CF, art. 42, § 5º). Os demais foram, para fins sindicais, equiparados aos trabalhadores do setor privado, tanto na administração direta como na indireta.

“Uma das conseqüências da redefinição legal será a transformação das associações em sindicatos. Não há mais justificativa para que se mantenham como associações quando podem transformar-se em sindicatos com a aquisição dos mesmos direitos a estes assegurados por lei.

“Como resultante da autonomia organizativa no setor público, os interessados têm o direito de criar não apenas entidades de Primeiro Grau, como os sindicatos, mas, também, de Segundo Grau, como federações e confederações. Terão, no entanto, que respeitar o princípio da unicidade sindical” (Direito Sindical, Saraiva, 1989, págs. 176/177).

Em acórdão da lavra do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, do Supremo Tribunal Federal, abordou-se exaustivamente a matéria:

“Sindicato de servidores públicos: direito à contribuição sindical compulsória (CLT, art. 578 e segs.), recebida pela Constituição (art. 8º, IV, in fine), condicionado, porém, à satisfação do requisito da unicidade.

“1. A Constituição de 1988, à vista do art. 8º, IV, in fine, recebeu o instituto da contribuição sindical compulsória, exigível, nos termos dos arts. 578 segs. da CLT, de todos os integrantes da categoria, independentemente de sua filiação ao sindicato (cf. ADIn. n. 1.076, medida cautelar, Pertence, 15/6/94).

“2. Facultada a formação de sindicatos de servidores públicos (CF, art. 37, VI), não cabe excluí-los do regime da contribuição legal compulsória exigível dos membros da categoria (ADIn. n. 962, 11/11/93, Galvão).

“3. A admissibilidade da contribuição sindical imposta por lei é inseparável, no entanto, do sistema de unicidade (CF, art. 8º, II), do qual resultou, de sua vez, o imperativo de um organismo central de registro das entidades sindicais, que, à falta de outra solução legal, continua sendo o Ministério do Trabalho (MI n. 144, 3/8/92, Pertence)” (RTJ 161/460).

O Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu:

“Sindicato — Contribuição sindical — Servidores de cartórios não oficializados — Admissibilidade — Artigo 8º, IV, da Constituição da República — Obrigatoriedade que se estende a todos os membros de uma categoria econômica ou profissional — Previsão legal nos artigos 578 e 579 da Consolidação das Leis do Trabalho — Sistema híbrido de organização pessoal dos serventuários que permite a aplicação da sindicalização, tal como prevista na Consolidação das Leis do Trabalho — Verba devida — Recurso provido.

“O ordenamento constitucional nacional autorizou amplamente a criação de Sindicatos (artigo 8º), para defesa dos direitos e interesses individuais da categoria (artigo 8º, III). E estendeu tal autorização aos servidores públicos civis (artigo 37, VI), permitindo, assim, a sindicalização dos servidores públicos. Sob o ponto de vista sindical e trabalhista, tais servidores participam de uma determinada categoria profissional, a que alude o artigo 579 da Consolidação das Leis do Trabalho” (Ap. Cív. n. 217.606-2, Des. Hermes Pinotti, j. 1º/3/94).

Como se vê, a Constituição da República de 1988 não apenas facul-

tou aos servidores públicos a formação de sindicatos, como também ficou, por óbvio, um sistema de receita para garantir a sustentação financeira da entidade, o qual corresponde ao previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, cuja aplicação deve ser estendida aos servidores públicos, na medida em que tornará efetivo os direitos constitucionalmente assegurados a eles.

A despeito da celeuma jurídica criada em torno da sua compulsoriedade e da sua natureza parafiscal, a contribuição sindical é certamente a principal receita dos sindicatos brasileiros, sendo, pois, indispensável para a manutenção da sua estrutura legal.

Sobre os fundamentos jurídicos do instituto da contribuição sindical, Segadas Vianna ensina:

“O desenvolvimento da educação, a melhoria das condições de vida, o bem-estar, a assistência médica correspondem, na atualidade, a direitos do cidadão, que ao Estado incumbe facilitar sejam fruídos. E, na realidade, o Estado, através de diversos modos, vem procurando fazer com que esses direitos não se resumam a meras e belas afirmações líricas ou demagógicas, inscritas na Constituição. Diretamente o faz, em muitos casos; em outros defere essas responsabilidades a autarquias e a entidades privadas, fornecendo-lhes os meios de obter os recursos indispensáveis. Entregando a terceiros a execução de finalidades que lhe competem, ora o Estado lhes concede subvenções e auxílios, ora estabelece sistemas que permitam às entidades sub-rogadas nos deveres estatais executá-los” (Arnaldo Süsseking, Délio Maranhão

e Segadas Vianna, Instituições de Direito do Trabalho, 11ª ed., LTr., vol. II, pág. 1.029).

Aditando:

“Ora, pela legislação sindical vigente, o sindicato tem uma série de objetivos que interessam ao Estado, muitos deles que são encargos do Estado, como o desenvolvimento moral e social da profissão e preenchimento de fins culturais. E mais ainda, nas regras de existência estão as de ‘colaborar com o Estado, como órgão técnico e consultivo no estudo e solução dos problemas que se relacionem com a atividade profissional e econômica’ e ‘manter serviços de assistência aos seus associados’.

“Na democracia moderna, quando o Estado não é um passivo distribuidor de justiça, nas competições entre indivíduos ou entre grupos, ocorre-lhe o dever de cuidar não apenas do ‘seguro social’, mas, no conceito amplo adotado nas Conferências Internacionais do Trabalho e de Seguro Social, da ‘segurança social’, que abrange o ‘seguro compulsório’ e a ‘assistência social’. Dever de recursos econômicos, a prestação dessa assistência e função estatal.

“(…)”

“A prerrogativa sindical de suscitar um dissídio coletivo para aumento de salário não é valorização do trabalho humano? E não tem esse objetivo o desenvolvimento moral e social das profissões?”

“Deveres do Estado — e deveres básicos para a segurança social — eles podem ser delegados a outros órgãos e entidades, como se faz em relação ao seguro compulsório, através



do Instituto Nacional de Previdência Social" (op. cit., pág. 1.030).

E conclui:

"Quanto ao seu fundamento social, não há dúvida de que se justifica a existência da contribuição sindical. Corresponde ela à contrapartida dos benefícios variados que as entidades sindicais prestam não apenas aos que gozam diretamente das vantagens da sindicalização, mas a todos os representantes de uma categoria econômica ou profissional, seja na obtenção de vantagens quando da verificação de um dissídio coletivo, seja na assistência ao Poder Público na elaboração de normas de interesse coletivo, seja, ainda, com sua participação na imensa gama de órgãos colegiados existentes na administração do País e dos Estados.

"Quando um sindicato obtém um acordo com empregadores não está beneficiando um grupo de trabalhadores, por ele representado, mas esse benefício se estende a toda coletividade, conseguindo melhores condições de vida para seus familiares e isso corresponde ao preceituado na Constituição" (op. cit., pág. 1.031).

Diante do exposto, resta evidente o suporte jurídico da pretensão

do Sindicato impetrante, tendo a ordem sido acertadamente concedida.

Todavia, não pode prosperar a condenação da autoridade impetrada no pagamento das custas e emolumentos processuais, ex vi do art. 35, I, LC n. 156/97, com redação do art. 9º da LC n. 161/97, verbis:

"Art. 35. São isentos de custas e emolumentos:

"(...)

"i) o processo em geral, no qual tenha sido vencida a fazenda do Estado e dos municípios, direta ou por administração autárquica, quanto a ato praticado por servidor remunerado pelos cofres públicos".

Dá-se, pois, provimento em parte à remessa.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Silveira Lenzi e Cláudio Barreto Dutra. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. José Francisco Hoepers.

Florianópolis, 13 de outubro de 1999.

*Eder Graf,*

*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 99.015519-6, DE IBIRAMA**

**Relator: Des. Solon d'Eça Neves**

*Apelação cível em mandado de segurança — Licenciamento de automóvel deferido nos anos de 1996 e 1997, sem qualquer restrição, mesmo com o não recolhimento do IPVA, referente ao exercício de 1995 — Exigência de prévio pagamento deste crédito tributário,*



*para seu licenciamento no ano de 1998 — Ilegalidade caracterizada — Remessa desprovida.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 99.015519-6, da comarca de Ibirama, em que é impetrante Ronnie Kütter e impetrado o chefe do Ciretran de Ibirama:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento à remessa.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Ibirama, Ronnie Kütter impetrou mandado de segurança contra o ato do chefe do Ciretran local, que condicionou o licenciamento de seu veículo GM/Opala Diplomata, placa LWZ 6062, referente ao exercício de 1998, ao prévio recolhimento do Imposto sobre a Propriedade de Veículo Automotor — IPVA, não quitado em 1995, cuja importância alcança R\$ 262,89 (duzentos e sessenta e dois reais e oitenta e nove centavos).

Alega que, ao adquirir o veículo em março de 1996, nunca houve qualquer empecilho para seu licenciamento, seja em 1996 ou 1997, não podendo a autoridade coatora, somente agora em 1998, condicionar o licenciamento ao prévio pagamento do IPVA atrasado, referente ao exercício de 1995, notadamente se não houve sua regular notificação, possibilitando-lhe eventual defesa administrativa.

Deferida a liminar pleiteada, a autoridade coatora prestou informações, alegando ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo da demanda, por não ter competência para

notificar, processar ou dar baixa de débitos referentes a IPVA. No mérito, expôs que a exigência do prévio pagamento do IPVA para o licenciamento de veículos automotores não é ilegal, já que está prevista no artigo 131, § 1º, do Código de Trânsito Brasileiro.

Após a manifestação do representante do Ministério Público da Comarca, o Juiz a quo proferiu sentença, concedendo a ordem.

Não havendo recurso voluntário das partes, os autos foram remetidos a esta Superior Instância, por força do disposto no artigo 475, II, do Código de Processo Civil, onde a Procuradoria-Geral de Justiça opinou, em parecer da lavra do Dr. Kurt Ernesto Hammerschmidt, pelo provimento da remessa.

É o relatório.

A sentença proferida pelo digno Magistrado de Primeiro Grau deve ser confirmada.

Na hipótese dos autos, não se trata de discussão acerca da regularidade na constituição do crédito tributário referente a IPVA por parte do Fisco estadual, mas, sim, da exigência de seu pagamento como condição para a renovação da licença do veículo de que se refere.

Não há dúvida que este condicionamento já se encontrava presente no artigo 59 do Código de Trânsito revogado, mantendo-se irretocada no artigo 131, § 2º, do Codex vigente, verbis:

“Art. 131. O Certificado de Licenciamento Anual será expedido ao

veículo licenciado, vinculado ao Certificado de Registro, no modelo e especificações estabelecidos pelo Contran.

"(...)

"§ 2º. O veículo somente será considerado licenciado estando quitados os débitos relativos a tributos, encargos e multas de trânsito e ambientais, vinculados ao veículo, independentemente da responsabilidade pelas infrações cometidas".

No entanto, este suposto débito refere-se ao IPVA de 1995, isto é, anterior à data em que o impetrante adquiriu o veículo GM/Opala Diplomata (março de 1996).

Este condicionamento ao licenciamento seria perfeitamente válido e legal, caso se referisse ao exercício de 1996, mesmo quando o veículo já era de propriedade do impetrante, ante as disposições contidas no Código Tributário Nacional, referentes à responsabilidade de terceiros.

Contudo, pela autoridade coatora foi deferido o licenciamento do

carro, já em favor do impetrante, por dois anos consecutivos (1996 e 1997), não podendo agora, somente no exercício de 1998, criar o óbice supra-referido.

Se o Fisco estadual pretende receber este suposto crédito tributário, deve agora se valer dos meios judiciais para tanto, onde haverá a oportunidade de discussão acerca de sua validade e exigência.

Por tais razões, nega-se provimento à remessa.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Dr. Kurt Ernesto Hammerschmidt.

Florianópolis, 3 de fevereiro de 2000.

*Alcides Aguiar,*  
*Presidente com voto;*  
*Solon d'Eça Neves,*  
*Relator.*

## APELAÇÕES CÍVEIS

### APELAÇÃO CÍVEL N. 97.003008-8, DE PORTO UNIÃO

**Relator: Des. Xavier Vieira**

*Ação de anulação de assento de nascimento promovida pelo Ministério Público. Busca e apreensão de menor. Casal que regis-*

*trou, como seu, filho de outrem. Adoção à brasileira.*

*Apelação cível. Prazo recursal. Lei n. 8.069/90. Extemporaneidade. Exegese do artigo 198, caput, e inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente.*

*Não conhecimento.*

*— Nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude foi adotado o sistema recursal do Código de Processo Civil, todavia, nos recursos, salvo o de agravo de instrumento e de embargos de declaração, o prazo para interpor e para responder será sempre decendial.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.003008-8, da comarca de Porto União, em que são apelantes G. A. K. e N. K., sendo apelado o Representante do Ministério Público:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, sem voto discrepante, não conhecer do recurso.

**Custas *ex lege*.**

Cuidam os autos de anulação de assento de nascimento de menor, c/c busca e apreensão promovida pelo Ministério Público, por seu Promotor de Justiça da Infância e da Juventude, representando o menor registrado como L. E. K., contra G. A. K. e sua mulher, alegando que os réus registraram falsamente o menor, como se filho deles fosse. Requereu a anulação do registro de nascimento do menor, postulando também a realização de um novo registro com dados verdadeiros, no tocante à maternidade e a busca e apreensão do menor, com a colocação deste, em um lar substituto, até que seja ultimada a adoção legal.

Os requeridos contestaram, alegando que realmente não são os pais biológicos do menor mas que ao registrarem como seu filho sabiam dos riscos que corriam, mas agiram de boa-fé, já que pretendiam adotá-lo. Discordam da busca e apreensão, ante a sua prejudicialidade.

Requereram, assim, a improcedência do pedido, para que lhes seja concedida a adoção definitiva da criança.

O Magistrado julgou procedente a presente ação, declarando nulo o registro efetuado e determinando a realização de um novo assento de nascimento. Por fim, deferiu a busca e a apreensão, suspendendo, todavia, temporariamente, a execução da referida medida, diante da dificuldade de encontrar um lar substituto para o menor.

Irresignados com a prestação jurisdicional entregue, os vencidos apelaram, alegando em síntese que o deferimento da busca seria prejudicial ao menor que já se encontra com eles há mais de onze meses. Insistem que em nenhum momento afirmaram ser os pais biológicos do menor e que o

ato praticado foi realmente humanitário. Requerem, pois, a reforma da decisão, com a posse definitiva e a adoção do menor.

O representante do Ministério Público, em contra-razões, alegou, resumidamente, que houve por parte dos apelantes vício e falsidade ideológica; que não há falar em reforma da sentença, pois os apelantes não questionaram a anulação do registro de nascimento; que é direito do menor ser registrado em nome de sua mãe verdadeira, assim como é seu direito ser corretamente encaminhado para um processo de adoção.

Mantida a decisão apelada pelos seus próprios fundamentos, os autos foram encaminhados à douta Procuradoria-Geral de Justiça que, em parecer do Dr. Odil José Cota, opinou pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

Conforme relatado, trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou procedente ação de anulação de registro de nascimento.

Todavia, compulsando-se os autos, constata-se a intempestividade recursal.

É que pelo art. 198, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente “o prazo para interpor e para responder recurso, salvo o de agravo de instrumento e de embargos de declaração, será sempre de 10 (dez) dias”.

O recurso, na verdade, veio a destempo.

Prolatada a sentença em 6/11/96, os requeridos dela tomaram ciência em 29/11/96 (certidão de fls. 62v.), e deduziram o inconformismo em 12/12/96, quando esgotado o prazo recursal em 11/12/96.

Colhe-se da jurisprudência deste Sodalício:

“Ação de modificação de guarda. Apelação cível. Prazo recursal. Lei n. 8.069/90 (ECA). Extemporaneidade. Exegese do artigo 198, caput, e inciso II.

“Não conhecimento.

“— Nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude foi adotado o sistema recursal do Código de Processo Civil, todavia, nos recursos, salvo o de agravo de instrumento e de embargos de declaração, o prazo para interpor e para responder será sempre decendial” (Apelação Cível n. 98.003769-7, de Laguna, rel. Des. Xavier Vieira).

Diante desse contexto, não é conhecido o apelo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Anselmo Cerello e Gaspar Rubik. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Odil José Cota.

Florianópolis, 21 de outubro de 1999.

*Xavier Vieira,*  
*Presidente e Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 98.004538-0, DE SANTO AMARO DA IMPERATRIZ****Relator: Des. Xavier Vieira***Pátrio poder.**Perda.**Deficiência mental dos pais.**Incapacidade comprovada por exames psicossocial e psiquiátrico.**Contraditório assegurado.**Constituição da República, art. 5º, LV; Código Civil, art. 395, II; ECA, arts. 24, 129, X, e 163.**Recurso desprovido.**— No exercício do pátrio poder sobreleva o interesse e a proteção do filho. Quando os pais, desprovidos de sanidade psíquica, mesmo em grau reduzido, deixam-no em estado de abandono, sem que se vislumbre a reversão da patologia, impõe-se a decretação da medida extrema.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.004538-0, da comarca de Santo Amaro da Imperatriz, em que são apelantes T. K. B e M. B, sendo apelado o representante do Ministério Público.*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, sem voto discrepante, negar provimento ao apelo.

**Custas ex lege.**

O representante do Ministério Público em Santo Amaro da Imperatriz promoveu ação de verificação de situação irregular, para averiguação das condições em que se encontravam as menores G. e G. B, filhas de M. B e T. K. B. que, segundo notícia a senhora Comissária de Menores, estariam carentes de assistência básica

indispensável à sua sobrevivência (saúde, segurança, alimentação e educação).

Requeru fossem encaminhadas as menores ao Posto de Saúde e, concomitantemente, à Creche local, bem como a realização de estudo social.

O Magistrado deferiu, liminarmente, o postulado pelo Parquet e os requeridos foram citados.

O prazo contestatório transcorreu in albis, razão pela qual o Dr. Juiz nomeou-lhes Curadora. Esta manifestou-se requerendo novo estudo social.

À audiência de conciliação não compareceram os genitores das crianças.

Com a reiteração do estudo social observou-se fato novo: o nascimento de mais uma criança, C. B.

Na audiência de instrução e julgamento foram ouvidas duas testemunhas, após o que o Ministério Público opinou pela suspensão do processo, pelo prazo de cinco (5) meses, para melhor análise dos fatos, advertido o casal da necessidade de matrícula das menores em creche e das consequências do descumprimento da determinação.

Findo o prazo, a Promotoria requereu a designação de audiência, adiantando haver constatado elevado número de faltas escolares das menores.

Em alegações finais, aquela autoridade manifestou-se pela procedência da ação, aplicada a medida prevista no artigo 129, inciso X, do Estatuto da Criança e do Adolescente, com a decretação da destituição do pátrio poder dos requeridos, inclusive com relação à menor C. B.

A doutora Curadora peticionou pela improcedência da ação. Sem êxito, contudo, posto que o Magistrado julgou-a procedente destituindo do pátrio poder os requeridos M. B. e T. K. B. Determinou, outrossim, a colocação das menores em creche, para futura colocação em família substituíta.

Inconformados, os requeridos, tempestivamente, interpuseram apelação, alegando ser a destituição do pátrio poder medida extremamente drástica, não aplicável ao caso. Saliendam que, após a retirada das crianças do lar, a mãe vêm sofrendo graves problemas emocionais.

Pedem, pois, a anulação da sentença ou a reforma da decisão, com aplicação de outra medida do artigo 129 da Lei n. 8.069/90.

A Curadoria não se manifestou nesta fase.

Após as contra-razões os autos ascenderam a este Sodalício, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento parcial do recurso, substituindo-se a medida prevista no inciso X, por aquelas previstas nos incisos III e V do citado artigo 129.

Conclusos os autos, o signatário determinou, de ofício, fossem os apelantes submetidos à avaliação pericial psiquiátrica, cujo laudo vem acostado a fls. 123.

Os autos retornaram, então, à douta Procuradoria-Geral de Justiça, que, diante da perícia, manifestou-se pelo desprovimento do apelo.

Nada obstante, a Câmara decidiu converter o julgamento em diligência, para realização de novo exame psicossocial.

É o relatório.

Depreende-se do conjunto probatório que os apelantes não dispõem de condições mínimas para o exercício do pátrio poder, o que pode ser aclarado tanto pelos depoimentos colhidos, quanto, e ainda mais exaustivamente, pela avaliação psicossocial.

Colhe-se dos depoimentos trazidos:

A. N. S., a fls. 51:

“que T. é uma pessoa diferente das outras; existe horas em que a mesma segue o conselho dos vizinhos que apenas querem o bem dos filhos menores da mesma, e outras horas T.

não aceita qualquer tipo de conselho (...) que a requerida aparenta altos e baixos de equilíbrio emocional; que a requerida fisicamente até que não maltrata os filhos, mas emocionalmente sim, com gritos e com precária alimentação; que por isso as crianças se apresentam desnutridas, sendo que T. é bem gorda, sendo que provavelmente se alimenta bem, enquanto as crianças não são bem alimentadas, se apresentando dias bem limpas na higiene e outros dias totalmente descuidadas”.

De I. M. da S., fls. 53:

“que a requerida T. é uma pessoa diferente das outras, apresentando sinal de desequilíbrio mental; que os filhos menores dessa se apresentam inclusive desnutridos (...) que a dep. passou a conhecer bem a pessoa da ré, quando esta teve sua terceira filha; nesse tempo a dep. e seu marido que já tinham conhecimento com o marido da ré acabaram ficando com pena da família da mesma, eis que as crianças se apresentavam magras, sujas; que a dep. resolveu amparar a requerida após o nascimento da terceira filha, cuidando praticamente da família toda por 40 dias (...) que a dep. propôs levar e trazer as crianças na creche municipal, mas a ré mostrando total desequilíbrio emocional, passou a agredir moralmente a dep. dizendo que ninguém deveria se meter na vida dela (...) que durante o período de convívio deu para ver que a ré pouco se importava com a alimentação dos filhos, não sabendo distinguir os horários das refeições”.

Também nas declarações transcritas na avaliação psicológica e no estudo social:

Sra. J. irmã do Sr. M. (fls. 196):

“...que o irmão era o único, dentre os 12 irmãos de seus pais, que apresentava ‘problemas de cabeça’ (...) Na opinião de Dona J., Dona T. tinha a ‘cabeça fraca’, ‘pouco juízo’ e também não sabia definir exatamente qual era o problema. Sabia apenas que seu irmão era infeliz pois tinha medo de Dona T (...) Contou-nos que era comum seu irmão e Dona T. ganharem cestas básicas de instituições assistenciais e que o irmão intercepta-as antes que a esposa visse, já que a mesma costumava jogar fora ou dar para outras pessoas, acreditando que os produtos continham veneno. Em seu entendimento as pessoas que forneciam as cestas eram falsas, invejosas e não gostavam da mesma. O Sr. M. deixava as compras na casa da irmã e aos poucos levava para a dele, como se houvesse comprado (...) Dona J. lamentou o ocorrido com as crianças, acreditando ter sido melhor, já que a cunhada não permitia que ninguém a ajudasse. Não tem dúvidas de que as crianças passavam fome e falta de cuidados básicos junto aos pais. Atribui a culpa à cunhada, pois seu irmão não tem voz ativa em casa (...) Falou-nos sobre um comentário feito por seu irmão, de que as filhas estavam bem na creche que se dependesse do mesmo, poderiam lá continuar”.

Da Sra. I. M. S. F., madrinha de C. (fls. 197/8):

“...Ao sair do hospital, Dona T., acompanhada do bebê e da filha do meio, que à época tinha apenas um ano de idade, foi encaminhada para a casa da Dona I., e ficou sob os cuidados desta durante quarenta dias (...) Segundo I. foram estes quarenta dias



que lhe deram total segurança para afirmar que as três crianças morreriam se estivessem com a mãe, Dona T. não tinha noção de horários de amamentação, troca de fraldas e todos os cuidados que envolvem um recém-nascido. Também não sabia como cuidar das outras filhas, não observando o tipo de alimento ou vestimenta, horário de banho ou a que horas deveria ser dado café ou almoço. Para Dona T., tanto fazia um horário quanto outro, se era adequado às crianças ou não, assim como também era comum usar roupas de inverno no verão ou vice-versa...”.

Da Sra. M. L. V. T., madrinha de G., a fls. 199:

“...M. L. disse-nos ter acompanhado, durante anos, a situação de Dona T. Pelo Fato de terem ajudado muito em suas necessidades é que foram insistentemente convidados a serem padrinhos de G. Cuidou de G. no período em que T. ficou na casa de I. recuperando-se do último parto e tudo fez para que a afilhada ganhasse peso e sãsse daquele quadro de desnutrição. Foi uma tarefa árdua, pois G. não conseguia comer e conseqüentemente, não ganhava peso. Levava-a ao médico, dava-lhe vitaminas, remédios e incentivava-a a comer. G. porém, habituada a não se alimentar, recusava quase tudo que lhe era oferecido...”.

V. A. D. Assistente Social, vinculada à Prefeitura de Santo Amaro da Imperatriz (fls. 203):

“...A medida que foi conhecida Dona T., passou a fazer contatos com outros recursos da comunidade, formando uma rede de apoio com intervenções de diversas áreas, sempre

visando o bem-estar das crianças e a prevenção de riscos maiores. Tais intervenções prejudicaram ainda mais as crianças, pois Dona T., ao invés de agradecer, ficava cada vez mais revoltada, interpretando a ajuda recebida como interferência na sua vida privada. Era comum não receber as pessoas, trancando-se em casa com as filhas ou mandando as pessoas embora com gritos ofensivos. Segundo V., Dona T. mistura deficiência mental com dissimulação e esperteza...”.

Dos profissionais da creche em que as crianças se encontram, a fls. 205:

“...Observam que as crianças sempre ficam revoltadas após a visita da mãe. Levam pelo menos dois dias para se acalmarem (...) Dona T. as visita quinzenalmente. O pai quase não comparece. A mãe não consegue lhes passar carinho, pegar no colo e dizer palavras alentadoras. Quando chega à creche, todos percebem. Coloca-as sentadas uma ao lado da outra e força-as a comer tudo que leva...”.

O Laudo Pericial Médico-Psiquiátrico apresentado a fls. 123 concluiu:

“A Senhora T. se manifestou espontaneamente, mostrou liderança do casal e interesse em recompor a família. A avaliação psiquiátrica, entretanto, nos sugere ser a referida senhora portadora de deficiência mental grave, com dificuldades de discernimento e de interação com a realidade.

“O Sr. M., pouco participante durante a entrevista, mostra-se cordato com a esposa e com suas intenções. Concluímos ser ele portador de deficiência mental moderada”.



O Estudo Social esclareceu a fls. 267:

“Os autos evidenciam uma situação cuja complexidade requisitou-nos total cautela para não ser ainda mais violado o direito considerado fundamental do ser humano: o direito à vida. Realizamos a presente avaliação com a certeza de que as intervenções deveriam nos levar a menor margem de erro possível, por se tratar de assunto relacionado a um grupo de irmãos, ou seja, três crianças com uma bagagem pesada de traumas físicos e psicológicos.

“As crianças foram retiradas de casa pela via judicial, numa ação relatada pela comunidade como violenta, e a decisão foi amparada em depoimentos e informações técnicas de profissionais que durante quatro anos trabalharam com o objetivo de sustentar os vínculos familiares. O Estudo Social elaborado pela Assistência Social da Prefeitura de Santo Amaro da Imperatriz, constante dos autos (fls. 17 a 21) revela a triste história das crianças em pauta e mostra, através de posicionamentos seguros, a incapacidade dos pais e os riscos sofridos pelas crianças.

“Nenhum dado ali colocado faltou com a verdade ou demonstrou exagero.

“Constatamos ao longo deste trabalho que a referida profissional empenhou-se sobremaneira numa ação preventiva para garantir às crianças o convívio com os pais. Foi o caminho que encontrou, à época, para dar à Justiça sua contribuição no sentido de salvaguardar às crianças o direito à vida. Era, afinal, uma questão de sobrevivência.

“Durante a nossa avaliação, observamos que o mesmo esforço conjunto empreendido pela comunidade para proporcionar e manter a união da família, num primeiro momento, foi utilizado, posteriormente, para desfazer e separar as crianças dos pais, como última tentativa de garantir a vida que estava ameaçada.

“A maioria das pessoas por nós entrevistadas relatou, com riqueza de detalhes, a experiência difícil das crianças junto aos pais, sempre apontando a mãe como uma pessoa desequilibrada, doente, instável e completamente despreparada para cuidar das filhas, e o pai como uma pessoa passiva, omissa e indiferente.

“A bibliografia, por nós pesquisada, afirma: ‘Quando os cuidados de pai e mãe não são adequados, podem ser acompanhados por deficiências no crescimento mental da criança’.

“Os dados levantados permitiram-nos uma observação: o consenso de opinião da maioria dos entrevistados. Com exceção de uma irmã de Dona T. e da família do seu procurador, as demais pessoas e representantes oficiais das instituições contatadas, posicionaram-se favoravelmente à manutenção da sentença do Juiz da Comarca, haja vista o entendimento de que as crianças não devem retornar ao convívio dos pais, sob pena de não resistirem.

“Ao iniciarmos esta avaliação tínhamos em mente o cumprimento da determinação da egrégia Câmara, ou seja, verificar as condições do casal em tela de terem novamente as filhas sob sua guarda.

“À medida que avançávamos no estudo, reduziam-se as possibilidades

des da manutenção dos vínculos com os pais; o estudo culminou com um posicionamento contrário ao desejo inicial, que era da retomada do exercício do pátrio poder.

“De acordo com nosso entendimento, as crianças não devem retornar à família, sob pena de não suportarem os maus-tratos em forma de negligência absoluta e de perceberem todas as chances de se desenvolverem física e psicologicamente.

“Numa tentativa de evitar o rompimento com a história da vida das crianças e mantê-las de alguma forma próxima aos pais, pensou-se em criar uma rede de apoio na comunidade, através das pessoas mais próximas e envolvidas com a situação: padrinhos, tios, vizinhos e patrões do casal. Esta possibilidade de adoção aberta numa rede familiar, que favoreceria tanto às crianças quanto aos seus pais, estimulou nossas intenções de resgate aos vínculos familiares preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

“Os padrinhos das três crianças foram unânimes ao afirmar que não assumiriam as afilhadas porque sabiam serem incapazes de suportar as visitas de Dona T., dado a sua dificuldade de se relacionar e, principalmente, de entender qualquer esclarecimento e/ou orientação.

“Outras famílias da comunidade, que inicialmente apresentaram propostas de guarda ou adoção aberta através de uma rede familiar, também desistiram, por não se sentirem em condições de suportar emocionalmente os ímpetos de agressividade de Dona T., sua falta de limites e inter-

ferência negativa na educação das crianças.

“A incapacidade mental dos pais para assumirem suas filhas, aliada à impossibilidade de criação de uma rede de apoio, ensejam outra providência: a de colocação das crianças em famílias substitutas, não implicando privação de liberdade (parágrafo único, art. 101 — ECA).

“A bibliografia pesquisada ainda mostra.

“O corpo da criança precisa ser conduzido, alimentado, cuidado e protegido. Seu intelecto precisa ser estimulado e alertado para os acontecimentos a seu redor. Ela precisa de ajuda para compreender e organizar suas sensações e percepções. Precisa de gente para amar, para receber afeto, e servir como alvo seguro da raiva e agressividades infantis. Precisa de assistência dos adultos para dominar e modificar seus impulsos primitivos (sexo e agressividade). Precisa de modelos para identificação, proporcionados pelos pais, para construir uma consciência moral. Tanto quanto qualquer outra coisa, precisa ser aceita, valorizada e querida como membro da família, constituída de adultos e também de outras crianças.

“A esta altura, parece-nos que a alternativa menos prejudicial é realmente a colocação em família substituta que, bem preparada, com certeza, poderá, a longo prazo, oportunizar às crianças dignidade e respeito, tão bem apresentado no Capítulo II do Estatuto da Criança e do Adolescente. Esta é, portanto, a nossa sugestão. Voltar ao convívio dos pais, significa, em nosso entendimento, violar totalmente os direitos essenciais à vida

que compreende não só o desenvolvimento físico, mas também a saúde psicológica das crianças”.

A Avaliação Psicológica de T. foi apresentada:

a) em Análise Interpretativa a fls. 212/3:

“Dentre os aspectos observados, através dos resultados obtidos nas entrevistas e testes psicológicos aplicados, destacaram-se: déficit intelectual, imaturidade, pobre contato com a realidade e agressividade exacerbada.

“Foram emitidas respostas que raramente aparecem entre pessoas normais.

“São próprias de pessoas explosivas, que reagem de maneira imprevisível.

“A análise de todos os dados parecia indicar um quadro psicótico associado à deficiência mental.

“O contato tardio com a língua nacional e com hábitos urbanos, somados ao analfabetismo, poderiam contudo, justificar o observado retardo no desenvolvimento.

“Objetivando esclarecer o questionamento quanto ao diagnóstico acima apontado, os dados coletados foram apresentados a técnicos da Fundação Catarinense de Educação Especial.

“Após a discussão de todo o material apresentado restou enfatizada a hipótese da existência de doença mental (esquizofrenia) e da conseqüente incapacidade para assumir, ao lado do marido, a educação das filhas”.

b) Conclusão:

“Dona T. não possui, do ponto de vista psicológico, as condições mínimas necessárias para o bom desempenho das funções maternas.

“Entre o desejo da mãe de ter as filhas junto de si e a sua real possibilidade de oportunizar a elas o que necessitam para crescerem em ambiente seguro e harmônico, há uma fenda imposta pelas limitações decorrentes da doença mental”.

A Avaliação Psicológica de M.:

a) em Análise Interpretativa a fls. 215:

“Os dados obtidos através da avaliação realizada indicam deficiente realização pessoal, sentimentos de impotência, dependência e inadequação, esforço decorrente da necessidade de reconhecimento, isolamento.

“Não foi constatado, através dos testes aplicados, déficit intelectual significativo, o que poderia levar a pensar que suas limitações estão apoiadas em intensa dificuldade de relacionamento interpessoal.

“Por outro lado, o conjunto de dados obtidos, principalmente a quantidade excessiva de tempo para realizar grande parte das tarefas propostas, a necessidade de verificar várias vezes o estímulo apresentado sem sentir-se seguro apesar disso acerca da reprodução correta no teste gessáltico visomotor, bem como a necessidade de traçar as figuras com o dedo antes de desenhá-las, levantam suspeitas acerca da existência de algum dano neurológico”.

b) Conclusão a fls. 216:

“O Sr. M. B. não dispõe das condições mínimas necessárias ao

bom desempenho das funções pater-  
nas.

“As suspeitas de dano neuroló-  
gico podem ser investigadas através  
de avaliação de especialista e trata-  
das, se for o caso.

“Necessita acompanhamento  
psicoterápico, no sentido de auxiliá-lo  
na elaboração das suas inúmeras difi-  
culdades e nas questões advindas da  
decisão deste processo”.

Concernente às avaliações psi-  
cológicas das infantes:

“G. possui sérias dificuldades  
emocionais.

“Precisa ter oportunidade de  
manter relações com adultos estáveis  
e encontrar numa nova família um am-  
biente afetivo satisfatório e ao mesmo  
tempo formativo” ( fls. 220).

“G. apresenta, como resultado  
da bateria de testes psicológicos apli-  
cados, vários indicadores de dificulda-  
des emocionais.

“Precisa ter a oportunidade de  
manter relações com adultos estáveis  
e encontrar numa família um ambiente  
afetivo satisfatório e ao mesmo tempo  
formativo” (fls. 224).

“C. necessita ter a oportunita-  
de de estabelecer vínculos afetivos  
sólidos e verdadeiros” (fls. 227).

O artigo 129 do Estatuto da Cri-  
ança e do Adolescente prescreve que  
são medidas aplicáveis aos pais e res-  
ponsáveis, no inciso X, a suspensão  
ou destituição do pátrio poder, “Desa-  
tender a qualquer das imposições  
constantes dos incisos I a VI implica  
incorrer nas medidas previstas nos in-  
cisos VII a X. Estas últimas, sim, são  
medidas aplicáveis pelo Juiz, como  
punição aos transgressores das nor-

mas de comportamento dispostas nos  
incisos anteriores” (in Comentários ao  
Estatuto da Criança e do Adolescente,  
José de Farias Tavares, 1999, 3ª ed.,  
Ed. Forense, pág. 127).

Observa-se, pois, que os ape-  
lantes não cumpriram determinação  
judicial de encaminhamento das crian-  
ças aos programas de desenvolvi-  
mento, como a frequência em creche,  
somando-se o fato de que impediram  
qualquer forma de auxílio. Acresce a  
constatação de possuírem os pais bio-  
lógicos deficiência mental nos graus  
moderado e grave.

Cumpra salientar que o repre-  
sentante do Ministério Público opinou  
pela destituição do pátrio poder fulcra-  
do no Estatuto da Criança e do Ado-  
lescente. Mas, a medida encontra  
também amparo na legislação civil  
que preceitua a hipótese em face do  
abandono (artigo 395, II, do CC).

Doutrina Carvalho Santos:

“O conceito de abandono nós o  
temos no Código de Menores, poden-  
do-se assim dizer que é deixado em  
abandono o filho que não é guardado  
convenientemente pelos pais, quer  
por negligência, quer por conveniên-  
cia, resultando dessa atitude grave  
perigo para o menor, já quanto à saú-  
de, já quanto à sua segurança, já  
quanto à sua moralidade, proporcio-  
nando-lhe mesmo probabilidade de se  
tornar vadio, mendigo ou libertino”.

Silvio Rodrigues, a seu turno,  
refere que “abandono não é apenas o  
ato de deixar o filho sem assistência  
material, fora do lar. Mas o descaso in-  
tencional por sua criação, educação e  
moralidade” (Direito Civil, Direito de  
Família, vol. IV, pág. 328).

Do conceito histórico de pátrio poder tem-se que:

“Podemos definir o pátrio poder como o ‘conjunto de obrigações que a lei impõe aos pais com relação aos filhos menores e a seus bens’.

“Tanto a mãe quanto o pai possuem o exercício do pátrio poder sobre o filho menor.

“Hoje, esse instituto se caracteriza por seu caráter protetivo ao menor, diferentemente das características que possuía em épocas passadas.

“Na antiga civilização mexicana, os filhos, mesmo casados, não ousavam desobedecer qualquer ordem dada por seu pai.

“O Peru seguiu pela mesma linha. O filho devia obediência ao pai até completar vinte e cinco anos, não podendo se casar sem o consentimento daquele, sob pena de nulidade do matrimônio e ilegitimidade da prole.

“O pátrio poder na China se mesclava à religiosidade do povo. O filho devia não só obediência aos pais como devia cultuá-los. Se as ordens dos pais fossem desobedecidas, o filho estaria cometendo uma infração a um preceito religioso, podendo ser punido com a morte.

“Para os japoneses, o pai também se confundia com um sacerdote e a obediência dos filhos em relação a ele era o primeiro dever a ser cumprido.

“Esse sentido religioso do pátrio poder também ficou evidente na civilização grega e indiana.

“Atualmente, em algumas províncias da Índia, a autoridade do che-

fe da família ainda é vinculada à religião, sendo que o pai, chamado de radjah, é o soberano absoluto da sociedade familiar.

“No entanto, na Grécia, encontramos passagens históricas da transferência da direção do grupo familiar do pai para o filho que estivesse mais apto. Exemplo disso é a posição de Ulisses para com Laertes na Odisséia.

“Para os romanos o pátrio poder era encarado de forma rude e cruel.

“A autoridade conferida aos pais era limitada a ponto de aqueles poderiam dispor do filho, transferindo-o ou vendendo-o, em caso de necessidade.

“O filho era considerado escravo, portanto no âmbito patrimonial, tudo que conseguiria pertenceria ao pai, com exceção das dívidas que porventura contraísse.

“Algumas modificações foram feitas ao tempo de Justiniano, entre elas a proibição do direito de expor o filho.

“Porém nenhuma das modificações ocorridas pôde transformar o caráter egoístico que esse instituto tinha para os romanos.

“Para os germanos o direito de expor e vender era tanto do pai com relação ao filho, como deste em relação ao pai velho ou enfermo.

“O poder paterno cessava quando o filho fosse capaz de prover suas necessidades.

“Foram os germanos que introduziram sensíveis modificações ao sistema romano do pátrio poder.

“A relação passou a ter uma característica de duplicidade, ou seja, os pais tinham direito de dirigir a pessoa

dos filhos e seus respectivos bens até que atingissem a maioridade ou a emancipação. Também cabia a ambos os pais o direito de respeitar e acatar a vontade dos filhos quando estes fossem constituir família.

“Essas idéias foram absorvidas pelos costumes franceses e de outros povos, no entanto, Portugal seguiu a concepção romana, onde o pai exercia o direito de dirigir a pessoa e os bens do filho, qualquer que fosse sua idade, até que o poder paterno fosse extinguido por alguns dos casos previstos em lei.

“A Resolução de 31 de outubro de 1831, fixando a idade de vinte e um anos para aquisição da capacidade civil, alterou profundamente o direito português.

“Mais tarde, em 1890, a mulher viúva passou a suceder o marido em relação à pessoa e aos bens dos filhos.

“De lá para cá, poucas modificações foram feitas no Código Civil.

“Estão, portanto, sob o pátrio poder os filhos enquanto forem menores” (in *Vademecum do Direito de Família*, Márcia Cristina Ananias Neves, Ed. Jurídica, 1997, págs. 1.061/1.063).

A doutrina apresenta:

“Embora o pátrio poder seja uma relação que deve subsistir enquanto perdurar a menoridade civil, os pais devem dele ser afastados com a suspensão ou com a destituição.

“Tanto uma como outra devem ser fundamentadas, observando-se com rigor os casos expressos na legislação.

“Sendo um direito dos pais em relação aos filhos, não lhes pode arre-

batá-lo sem que ocorra uma das hipóteses legais...

“...A destituição, ao contrário, é medida definitiva. As hipóteses constantes do art. 395 do Código Civil referem-se ao castigo imoderado em relação ao filho, em primeiro lugar. Embora, por força do pátrio poder, se admitia que os pais possam castigar os filhos, isso deve ser feito de forma moderada. A Lei não expressa a forma de castigar. Entendemos que dever-se-ia evitar quaisquer agressões físicas ou psíquicas restringindo-se o castigo apenas a proibições de certos privilégios, especialmente relacionados ao lazer. O objetivo do exercício do pátrio poder deve ser sempre de propiciar o pleno desenvolvimento da personalidade do menor e isso não se consegue com brutalidade. Além da sanção civil, os pais estarão sujeitos às sanções penais, no caso de castigos imoderados.

“A segunda hipótese é a de abandono, e, no caso, não se deve cogitar apenas da questão material, mas também da intelectual.

“A terceira hipótese refere-se à prática de atos contrários à moral e aos bons costumes. Tais atos devem ser perniciosos e maléficos para os filhos. Em um caso em que, como Procurador de Justiça, ofertamos parecer, um cineasta de filmes pornográficos colocou o próprio filho, de aproximadamente 10 anos, para trabalhar em cenas de sexo explícito, o que levou à perda do pátrio poder. Quer-se que as crianças e os adolescentes tenham uma formação moral adequada, para que possam, no futuro, ser cidadãos normais.

“Anteriormente, quando em vigor o Código de Menores (Lei n. 6.697, de 10/10/79), os pais poderiam perder o pátrio poder se não pudessem propiciar a assistência material dos filhos. O Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 23, corrigiu tal iniquidade, não se admitindo, agora, que a falta ou carência de recursos materiais possam privar os pais do pátrio poder.

“Para a perda é necessário que haja culpa. Assim, somente se a falta de recursos materiais ocorrer por negligência de quem, podendo, não quer trabalhar ou, tendo recursos, não propiciar o necessário aos filhos, é que se poderá concretizar.

“Walter Moraes entende que, mesmo no caso de destituição, os pais poderão recobrar o pátrio poder, se cessarem as causas que a determinarem e recuperada a sua idoneidade.

“Parece-nos que essa solução é adequada, porém não se poderá concretizar se constituída outra relação de pátrio poder, como no caso em que os filhos já foram adotados por outras pessoas” (in *Pátrio Poder*, Roberto João Elias, 1999, Ed. Saraiva, págs. 45/47).

Concernente ao abandono é farto o ensinamento doutrinário:

“Abandona o filho aquele que não exerce os poderes que a lei lhe atribui para criar, orientar, educar, enfim, formar o homem para a sociedade. Que não se ocupa do filho, que não educa de todo, que intimamente abdica e renuncia ao direito legalmente irrenunciável. A par de incidir nos crimes dos arts. 244, 245 e 246, do Código Penal, perde o direito do pátrio poder.

“Em casos como estes e outros similares, o poder público intervém. Antes que o filho menor se corrompa, se transforme em bandido ou criminoso, por ausência de cuidados por parte de quem lhos devia ministrar, o Estado se faz presente e retira o direito protetivo do que não pôde, não soube ou não quis exercê-lo de acordo com os altos interesses sociais. Neste caso, o menor é colocado sob o pátrio poder exclusivo de outro dos pais se existir, ou então sob tutela de pessoa idônea nomeada pelo Juiz.

“Como medida de ordem pública o Estado pode invadir o recesso das famílias para proteger os menores.

“Martinho Garcez Filho, em judiciosa afirmativa, declara, ‘devemos ter como norma de ação prevenir o mal para não ter de reprimir, tal é o segredo, sem o qual as severidades são inúteis e todos os rigores, embora cruéis, serão impotentes’.

“Tendo por meta o aperfeiçoamento físico, moral e intelectual do homem, o Estado cumpre sua missão salvadora arrancando o menor do meio incompatível ou da companhia imprópria à sua formação e bem-estar” (in *Direito de Família*, Rômulo Coelho, 1990, Ed. Universitária de Direito Ltda., págs. 237/238).

Na mesma direção:

“Verificada a efetiva existência de qualquer uma das três possibilidades arroladas no art. 395 do CC, obrigatoriamente haverá a destituição do responsável (ou responsáveis, se ambos os pais concordarem para a prática dos atos que a lei repudia) do pátrio poder.



"...Outro caso de destituição do pátrio poder se configura quando o filho é deixado em abandono.

"Quem abandona menor, com efeito, renega deveres basilares do pátrio poder, como os de criação, educação e guarda. Deixando-o ao desamparo, revela flagrante falta de aptidão para o exercício do pátrio poder e justifica-se plenamente que seja dele privado" (in *Do Pátrio Poder*, José Antônio de Paula Santos Neto, 1994, Ed. Revistas dos Tribunais, pág. 189).

Assim também o tem entendido a jurisprudência:

"Extinção do pátrio poder — Progenitora portadora de doença psíquica limítrofe entre graus leve e moderado — Atos praticados com a menor que não se conciliam com as exigências contidas no art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente — Lei n. 8.069/90 e art. 395 do Código Civil — Prova segura das agressões e maus-tratos perpetrados contra a menor de então 4 (quatro) meses de idade — Estudo social demonstrador da incompatibilidade de manutenção do pátrio poder com a personalidade e atos da mãe biológica — Aspecto econômico afastado — Parágrafo único do art. 23 do ECA — Decretação da extinção

do pátrio poder mantida — Recurso desprovido" (Apelação Cível n. 49.685, de Joinville, relator Des. Orli Rodrigues, j. 29/8/95).

Deparamos, na espécie, uma realidade preocupante: a existência de três crianças, necessitadas de acompanhamento psicológico, que apresentaram diagnóstico de desnutrição, possuindo pais portadores de deficiência mental, completamente incapacitados para o exercício do pátrio poder.

Observa-se, pois, que os fatos autorizadores para destituição estão inarredavelmente demonstrados. Assim, outra medida não poderia ser aplicada.

Essas são as razões que levam ao desprovimento do recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Anselmo Cerello e Gaspar Rubik. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Sérgio Antônio Rizelo.

Florianópolis, 16 de dezembro de 1999.

*Xavier Vieira,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 99.001837-7, DE SÃO JOSÉ**

**Relator: Des. Xavier Vieira**

*Modificação de guarda de menor que já vive sob responsabilidade do avô materno.*

*Processo extinto sem enfrentamento do mérito.*

*Interesse a ser preservado. Recurso provido.*



— *No concernente à infância, o que deve ser observado é a proteção dos interesses da criança, que deverão sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.*

— *A concessão da medida não exige procedimento contraditório quando acordos os genitores.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.001837-7, da comarca de São José (Vara da Fazenda, Família, Infância e Juventude), em que é Apelante J. B.:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, sem voto discrepante, dar provimento ao recurso, para que o processo prossiga como de direito.

Custas ex lege.

J. B. promoveu ação de modificação de guarda da menor G. B. M., nascida em 9 de junho de 1998, filha de J. J. M. e G. R. B. e neta do autor.

Alegou que os genitores da infante, respectivamente com idades de 17 e 15 anos, encontram-se residindo com o requerente, são estudantes e não possuem renda própria. Pretende a regularização da guarda que já possui de fato, para poder, dessa forma, proporcionar à criança todos os meios necessários ao seu desenvolvimento.

Por despacho, o Juiz concedeu o prazo de dez (10) dias, para que o postulante indicasse contra quem estava propondo a demanda, sob as penas da lei.

O autor peticionou, informando ser o processo de jurisdição voluntária, inexistindo lide a compor.

Em sentença, o Magistrado julgou extinto o feito, alicerçado no artigo 295, VI, c/c o artigo 267, I, do Código de Processo Civil, por ser o rito de

alteração de guarda contencioso, exigindo a indicação dos réus.

Inconformado, o autor interpôs, tempestivamente, recurso de apelação, reiterando os argumentos expendidos na prefacial, esclarecendo ter havido a concordância paterna.

O Ministério Público em Primeiro Grau opinou pelo provimento do apelo, no que foi secundado pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, após o que os autos ascenderam a este Sodalício.

É o relatório.

Em matéria de aplicação legislativa, no que concerne à infância e à adolescência, o que se deve observar é a proteção dos interesses da criança e do adolescente que deverão sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, levando em conta a destinação social da lei e o respeito à condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Observa-se, pois, que a menor encontra-se sob a guarda de fato do avô materno, diante da impossibilidade dos pais biológicos de propiciarem à infante condições normais de um desenvolvimento sadio. Note-se ainda que o apelante não pretende a destituição do pátrio poder, almejando tão somente a guarda da criança.

É da jurisprudência:

“Estando os menores sob a dependência econômica e guarda de fato dos avós, dada a deficiência dos pais para assumir o encargo, defere-se a sua guarda em favor dos progenitores, independente da suspensão ou perda do pátrio poder, ante a inexistência de vedação legal, estando a determinação inserida no arbítrio judicial em razão das inequívocas vantagens dos infantes, face o reconhecimento da situação jurídica existente” (RTJSP, vol. 55, pág. 128)” (Apelação Cível n. 44.130, rel. Des. Anselmo Cerello).

Também:

“Tratando-se, pois, de guarda, onde todos os interessados estão de acordo, impõe-se a concessão da medida, sem que isso implique em renúncia ao pátrio poder que deverá ser mantido” (Ap. Cív. n. 97.011652-7, de Tubarão, relator o signatário, j. 17/12/98).

Ainda, concernente à guarda, leciona Tânia da Silva Pereira:

“A concessão da medida não exige procedimento contraditório a não ser que haja discordância de qualquer dos genitores...” (in Direito da Criança e do Adolescente, Ed. Renovar, pág. 240).

O processo, pois, deve prosseguir.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Anselmo Cerello e Gaspar Rubik . Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. João Fernando Q. Borrelli.

Florianópolis, 9 de setembro de 1999.

*Xavier Vieira,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 99.008432-9, DE BLUMENAU**

**Relator: Des. Xavier Vieira**

*Ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos. Réu que se esquivava do exame do DNA em oportunidades diferentes da instrução. Pedido de sua realização na fase recursal. Inacolhimento, diante da presença de outros elementos probatórios suficientes para a formação de juízo seguro de convicção.*

*— Nada obstante respeitáveis entendimentos contrários que asseguram a realização do exame do DNA nesta fase recursal, no caso presente torna-se prescindível a sua realização quando a presunção da paternidade vem corroborada pelos demais elementos probatórios.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.008432-9, da comarca de Blumenau, em que é apelante L. P., sendo apelada B. C. do R., representada por sua genitora R. C. do R.:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, sem voto discrepante, desprover o apelo.

Custas ex lege.

Relatório, a este integrado, a fls. 130/1.

Cuida-se, como relatado, de ação de investigação de paternidade c/c alimentos julgada procedente, com a condenação do requerido ao pagamento da verba alimentar no importe de 1 salário mínimo.

Irresignado, o acionado apelou argumentando que não há prova suficiente de que seja pai da criança, devendo ser reduzidos, ademais, os alimentos arbitrados. Postulou, outrossim, a conversão do julgamento em diligência para a realização de exame do DNA.

Da leitura atenta dos autos observa-se, claramente, que o apelante se esquivou, o quanto pôde, do exame do DNA. Na fase recursal requereu a realização de tal prova, insistindo na sua necessidade.

É sabido que a procedência da ação de investigação, segundo a melhor doutrina e a jurisprudência de nossos tribunais, exige prova robusta, e não será com meras presunções, prova testemunhal duvidosa e contraditória, que se procederá judicialmente um reconhecimento de paternidade. Todavia, no caso presente, tem-se que os elementos probatórios ates-

tam, estreme de dúvida, a paternidade alegada, sem que haja necessidade de converter o julgamento em diligência, a fim de que o apelante seja submetido a tal exame.

Não bastasse isso, "há um momento de produzir prova no processo, para que o Juiz possa dela conhecer e analisar antes de prolatar a sentença. A fase recursal não é o momento propício à sua proposição e produção porque, encerrada a etapa da discussão sobre os pontos da controvérsia e sua admissibilidade, redundaria em supressão de um grau de jurisdição, visto que o Juiz monocrático não teria oportunidade de se pronunciar" (RJTJMG 132/133).

In casu, a apelada comprovou de modo razoável o fato constitutivo do seu direito, ou seja, o relacionamento sexual no período da concepção. Há coincidência entre a data da concepção com as relações sexuais, não havendo comprovação da exceptio plurium concumbetium.

A prova oral trazida aos autos cumpriu o seu papel, eis que não se pode exigir prova cabal nesse tipo de ação, sendo valiosos os indícios e presunções, tendo em vista que a defesa não conseguiu elidir a pretensão da apelada com qualquer outro tipo de prova que pudesse desconstituir o alegado na exordial.

Importante frisar que "nas ações de investigação de paternidade é conferido ao Magistrado, ao apreciar a prova, certo arbítrio, podendo socorrer-se de indícios e presunções que o levem a uma relativa certeza, resultante de um estado subjetivo de convicção" (JC 48/81).

No caso sub judice a prova é frágil, mas significativamente favorável à autora/apelada.

Quanto aos alimentos, tem-se que estes foram corretamente fixados.

Não há como questionar o critério de fixação utilizado na sentença, que considerou, para a prestação imediata, a fixação do valor de um salário mínimo, posto que o apelante somente afirmou, mas não provou, a impossibilidade de arcar com tal ônus. O dever de sustento dos filhos pelos pais decorre do pátrio poder.

Segundo Yussef Said Cahali, mesmo que o apelante estivesse na mais absoluta miséria, ainda assim subsistiria a obrigação:

“Esta obrigação não se altera diante da precariedade da condição econômica do genitor: ‘o pai, ainda que pobre, não se isenta, por esse motivo, da obrigação de prestar alimentos ao filho menor; do pouco que

ganhar, alguma coisa deverá dar ao filho’; ‘a alegada impossibilidade material não pode constituir motivo de isenção do dever do pai de contribuir para a manutenção do filho; eventualmente, a prestação ficaria descumprida, pois ao impossível ninguém está obrigado; a obrigação, no entanto, sempre subsistiria” (Dos Alimentos, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, pág. 364).

Por tais razões, nega-se provimento ao apelo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Anselmo Cerello e Gaspar Rubik. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira.

Florianópolis, 30 de setembro de 1999.

*Xavier Vieira,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 48.731 (88.081942-1), DE SANTA CECÍLIA**

**Relator: Des. João José Schaefer**

— *Acidente de trânsito. Avaliação da prova com evidência da culpa do preposto da ré.*

— *Prova emprestada. Admissão no direito brasileiro desde que colhida, como no caso, na presença da parte contra quem é oposta no processo. Doutrina e jurisprudência a respeito.*

— *O boletim de ocorrência tem presunção de veracidade que só pode ser elidida mediante prova robusta em contrário. No caso, o conjunto da prova reforça as conclusões desse documento, no sentido da culpabilidade do preposto da ré, salvo um dos depoimentos,*

*cuja credibilidade desaparece por falta de lógica e consistência.*

*— O direito processual brasileiro, em matéria de prova, adota o sistema de persuasão racional, que impõe ao Juiz, na lição de Moacyr Amaral Santos, apreciar e submeter as provas aos rigores do raciocínio esclarecido e desapassionado.*

*— Provisamento parcial ao recurso da ré quanto ao valor da pensão e desprovisamento ao apelo da litisdenunciada.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 48.731 (88.081942-1), da comarca de Santa Cecília, em que são apelantes Transportes e Representações Ivan Ltda. e outra, sendo apelada Juraci Aparecida de Souza Tomasi, por si e representando Harrieli e Hadrielli Tomasi:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso da ré e negar provimento ao apelo da litisdenunciada.

Custas de lei.

Sentença da lavra do saudoso Dr. Renato Antônio de Souza, então Juiz de Direito na comarca de Santa Cecília, julgou procedente, em parte, o pedido em ação ordinária de reparação de danos que Juraci Aparecida de Souza Tomasi e suas filhas Harrieli Tomasi e Hadrielli Tomasi promoveram contra Transportes e Representações Ivan Ltda., sediada em Caçador, condenando a ré, em consequência, a pagar às autoras 2,5 (dois e meio) salários mínimos a título de pensão alimentícia para a viúva do de cujus, a partir do falecimento deste (28/5/92) até 4/5/2030, quando ele completaria 65 anos, e para as filhas a partir de 28/5/92, “até a data em que elas com-

pletarem 21 (vinte e um) anos, caso nesta data sejam universitárias, até que as mesmas se formem em curso superior que estiverem cursando (3º grau)”.

Foi a ré condenada, ainda, a constituir um capital no valor de 420 (quatrocentos e vinte) salários mínimos vigentes, a serem depositados em caderneta de poupança ou gravado um imóvel nesse valor, perante o Registro Imobiliário, o qual se tornará inalienável e impenhorável enquanto persistir a obrigação das pensões.

A sentença também condenou a ré nas custas processuais e honorários de 15% (art. 11, § 1º, da Lei n. 1.060/50) sobre 445 salários mínimos, quantia correspondente às pensões vencidas e futuras.

Acolheu a sentença a denúnciação à lide da “Brasil Companhia de Seguros Gerais” (fls. 316 e 307), em face do contrato de seguro com a ré e, em consequência, declarou a responsabilidade da denunciada em ressarcir à denunciante a quantia que esta despender com a indenização às autoras, até o limite da apólice de fls. 59, conforme o art. 76 do CPC.

Assim decidiu, depois de relatar que o marido e pai das autoras, Vanderlei Tomasi, faleceu em colisão de veículos entre o caminhão “da Perdi-

gão" placa WC 4477, que dirigia, e o da ré, um caminhão "da Tresmaiese", placa DD 3480, dirigido por Dirceu Martins de Freitas, porque já definida no processo n. 130/92, entre partes Waldomiro F. Sartorelli, empregador do marido e pai das autoras, a culpabilidade do preposto da ré.

Transcreveu a sentença, então, os fundamentos da decisão proferida naquele feito, em que consigna que o veículo da Tresmaiese bateu no da Perdigão na contramão (fls. 309), afirmando que a prova produzida pela ré não elidiu o que consta do boletim de ocorrência.

Refere mesmo que as provas colhidas demonstram a culpabilidade da ré, que a reconhece ao referir que seu motorista, "com o propósito de evitar o abalroamento frontal, manobrou, incontinenti, e o mais rápido possível, seu dirigido para sua esquerda, para tomar a pista da sua contramão, já que esta encontrava-se livre, apesar de ser curso obrigatório do veículo do autor (fls. 55)".

Acrescenta que tal dedução tem como base o ponto de impacto e a localização dos veículos, e que as fotografias de fls. 11/12 demonstram com muita exatidão as suas posições, delas se vendo claramente que o veículo da ré — Tresmaiese — encontrava-se na pista contrária à de sua mão de direção.

Depois de reportar-se ao boletim de acidente, transcreve as declarações do policial que elaborou o boletim, menciona jurisprudência sobre a credibilidade do laudo policial até prova em contrário (Jurisprudência Catarinense, vol. 51, páginas 157/158 e 51/188), inacolhendo o depoimento

de José Sorgatto Filho, que não teria falado a verdade, pois disse que presenciou o acidente, mas não parou no local, já que notou que outro caminhão parou, bem como um guarda rodoviário, que fez um contorno e saiu logo, afirmando a sentença que o guarda chegou quase meia hora após, não tendo tal testemunha sido referida no laudo. Indagado na sentença, então, como a ré teria sabido que essa testemunha presenciou o acidente?

Considerou, então, que o depoimento dessa testemunha destoa do conjunto da prova. Referiu, por igual, o depoimento de Orlando Fronza, aceitando, por fim, o ponto de impacto indicado no boletim de acidente.

Passou, em seguida, à definição dos danos e respectivas indenizações.

A pensão em 25 salários mínimos foi fixada por ser o salário de contribuição do de cujus de 4 salários mínimos, 2/3 dos quais correspondem a 2,6 salários mínimos, sendo com tais ganhos compatível o pedido de pensão de 2,5 salários mínimos, invocando precedentes jurisprudenciais quanto à dedução de 1/3 (um terço) dos ganhos da vítima para suas despesas pessoais.

Inconformada, apelou a ré, dizendo que a sentença omitiu a recusa de fls. 262/3, quanto à tomada de depoimento do motorista de um ônibus da Reunidas, que se propunha a provar que somente chegaram ao local do acidente depois de ele ter acontecido, não registrando a sentença, por igual, que dessa decisão negatória tivesse resultado a interposição de agravo de instrumento.

Nula se mostra a sentença — prossegue a ré em seu recurso — porque seu fundamento estriba-se exclusivamente na prova existente nos autos n. 130/92 promovida por Waldomiro F. Sartorelli contra a apelante, ao arrepio do disposto nos arts. 131 e 458, II, do CPC, quando seu convencimento devia ter por base a prova produzida e existente nos presentes autos.

No mérito, diz a apelação que o Magistrado valeu-se do testemunho do policial Giovani (fls. 286 dos autos 130/92), mas desclassificou o de José Sorgatto Filho, sob o argumento de que não poderia ter visto a chegada do policial Giovani ao local, tendo em vista que ele somente se fez presente meia hora após o evento e que José Sorgatto, não parou no local, não assistindo, conseqüentemente, à chegada daquele policial, e ainda pelo fato de José Sorgatto não ter sido apontado como testemunha no laudo pericial.

Ocorre que o guarda rodoviário a que José Sorgatto se refere é Newton Machado, que depôs a fls. 126, dizendo que foi a segunda pessoa a chegar após o acidente; que no local estava um caminhoneiro de Caxias, que estava descendo do caminhão e o depoente pediu-lhe para puxar o caminhão para cima e sinalizar.

O não ter sido José Sorgatto Filho arrolado como testemunha é irrelevante porque quando o guarda voltou ao local ele já havia saído.

O depoimento de José Sorgatto, única testemunha presencial, que depôs sem sofrer contradita e sob forte fiscalização do Juiz, merece todo o crédito, tratando-se de depoimento

congruente, claro, sem titubeação, revelando-se altamente idôneo, prossegue a recorrente.

Refere a apelante, ainda, que a afirmação do patrolheiro Newton Machado é mentirosa, como mentiroso é o croqui elaborado por ele e o companheiro Giovani; que o choque aconteceu entre as cabines “e isto muito antes do local onde os veículos ficaram posicionados, tendo-se certeza de que o caminhão da ‘Tresmaiese’ foi arrastado segundo as informações de Newton Machado” (fls. 127).

E se o caminhão foi empurrado, indubitavelmente e por força da lógica, o impacto não ocorreu onde assinalaram o croqui e a letra c, estando errado o posicionamento do veículo logo depois do sinistro.

As fotografias mostram os caminhões em forma de V, posição diversa da indicada no croqui, estando errado, igualmente, o ponto de impacto.

O testemunho de Orlando Fronza foi desvalorizado por haver ele afirmado que as medições se realizaram depois de varrida a pista, o que contraria afirmação do patrolheiro, de que a medição foi feita antes da varrição. Mas a sentença concluiu que Orlando Fronza mentiu, embora Newton Machado, o outro patrolheiro, tenha feito a mesma afirmação.

Se verdadeiro o depoimento de Giovani e mentirosos os outros, também mentiroso é o de Newton Machado, que afirmou que a medição deu-se após a varrição.

São, pois, conflitantes os depoimentos dos guardas rodoviários.



Segundo a testemunha José Sorgatto Filho, foi ele ultrapassado pelo veículo “Perdigão” antes da curva, o qual nela adentrou na contramão, deparando-se com o caminhão da ré.

Para evitar o choque frontal o veículo da ré manobrou para a sua esquerda e na mesma oportunidade o caminhão “Perdigão” também manobrou para aquela pista quando os dois veículos se chocaram.

Transcreve, então, trechos de depoimentos do guarda rodoviário Newton Machado, de que o caminhão da Tresmaiese foi empurrado após o impacto, bem como declarações de Orlando Fronza e de José Sorgatto Filho e argumenta que não tendo os guardas assistido ao evento, não arrolado nem ouvido testemunhas, o laudo não é conclusivo, pois feito sem observação do local, sendo as medições feitas após a varredura da pista, ficando eliminada a constatação do ponto de impacto, por tudo o que merece análise o depoimento de Orlando Fronza e José Sorgatto Filho.

A sentença, assim, adveio de provas de outro processo e sem qualquer préstimo a este, concluindo-se que o evento ocorreu por culpa do marido da autora.

Nula, pois, a sentença porque não atendeu às provas do processo, para transcrever fundamentação de outro.

Ultra petita mostra-se a sentença, pois a autora reclama dois e meio salários mínimos, não podendo servir como prova comprovantes de pagamento de salários de um ano após o evento.

Os honorários foram fixados de maneira alheia ao disposto no art. 260 do CPC, quando deveriam ser fixados no limite de 12 prestações vincendas e das vencidas.

Extravagante, por fim, a fixação dos honorários sobre 445 salários.

Após observação sobre agravo de instrumento que teria interposto, pede a reforma da decisão.

Juntou certidão da interposição do agravo e declaração do motorista da Reunidas de que a testemunha Eugênia Terezinha Caetano não poderia ter assistido ao acidente.

A Brasil Companhia de Seguros Gerais também apelou, alegando pendente de julgamento agravo de instrumento, contra decisão que impediu a ré de produzir prova testemunhal. Por isso nula a sentença, que também não pode subsistir por ter-se fundado em provas colhidas noutro processo, nas quais se baseou o Julgador para decidir este feito.

Fundou-se a sentença, ademais, diz a seguradora, em testemunhas que faltaram com a verdade, como foi o caso de Eugênia Terezinha Caetano, desprezando o Julgador o testemunho de José Sorgatto Filho, firme, categórico, claro e sem contradições, enquanto cheios de contradições os testemunhos trazidos pelas apeladas.

O boletim é meramente informativo, desprovido de qualquer valor probatório, por isso deve a ação ser julgada improcedente.

Nas contra-razões, as apeladas dizem insuscetível de reparo a sentença, simulando as apelações falsa convicção, insistindo na imprestabilidade do boletim que é, entretanto, conclusi-



vo e não foi elidido por melhor prova, corroborado pelas fotografias.

Restou comprovada a culpa da ré na colisão, pois ela saiu de sua mão de direção e cortou a trajetória do veículo dirigido pelo pai e marido das autoras, que trafegava em sentido contrário.

A ré contra-arrazoou o recurso da denunciada à lide, subindo os autos a esta instância, opinando pela douda Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. Kurt Ernesto Hammerschmidt, preliminarmente pela competência do Tribunal, até porque incompatível a denunciação à lide com a competência das Turmas de Recursos, e, quanto ao mérito, pela confirmação da sentença, que invocou pertinentemente provas de outro processo, evitando, assim, o risco de decisões contraditórias.

Quanto à prova pretendida pela ré, que não foi admitida, dá ela muito relevo a questão irrelevante, eis que o depoimento de Eugênia Terezinha Caetano não foi considerado.

Correto foi o cálculo da pensão mensal, assim como o da verba honorária.

É o relatório.

A omissão da sentença quanto à interposição de agravo da decisão que recusou a ouvida de Francisco Assis Beto, motorista da Reunidas, que traria aos autos esclarecimentos que derruiriam o depoimento de Eugênia Terezinha Caetano, não foi alegada como causa de nulidade.

A apelante apenas registra o fato.

É de se assinalar, contudo, que esse agravo foi julgado pela 6ª Tur-

ma de Recursos Cíveis, com sede em Lages, que dele conheceu, mas o desproveu, ao argumento de que Francisco de Assis Beto referiu em declarações escritas que não presenciou o momento do acidente, e sua oitiva tinha a finalidade precípua de desconstituir o depoimento de Eugênia Terezinha Caetano, desconsiderado nos autos pelo Magistrado, pelo que sem objeto a irrisignação da parte.

A nulidade absoluta da sentença, porque se estriba em elementos contidos em outros autos, não procede.

Vê-se da sentença que seu douto prolator diz ter sido decidida a questão da culpabilidade pelo acidente no processo n. 130/92, que tramitou no Juízo de Santa Cecília, entre partes, como autor, Waldomiro F. Sartorelli, empregador do marido e pai das autoras, e como ré a Empresa de Transportes e Representações Ivan Ltda., e denunciada à lide Brasil Companhia de Seguros Gerais.

Transcreveu a sentença destes autos a prolatada naquele feito, na qual é transcrito o depoimento do policial que elaborou o boletim de ocorrência, afirmando a decisão que as provas trazidas pela ré não conseguiram desfazer e provar que o laudo policial não tivesse relatado a verdade.

Refuta as declarações de José Sorgatto Filho e de Orlando Fronza, analisando outros depoimentos para definir como culpado pelo acidente o motorista da ré.

Em suma, valeu-se o Julgador de prova emprestada de outro processo.

A validade dessa prova não é questionada na doutrina, quando pro-

duzida na presença da parte contrária.

Humberto Theodoro Júnior afirma que “entre os meios não previstos no Código, mas moralmente legítimos, podem ser arrolados os clássicos indícios e presunções, bem como a prova emprestada, que vem a ser aquela produzida em outro processo, mas que tem relevância para o atual” (Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 3ª ed., pág. 457).

José Frederico Marques tem a prova emprestada de admissibilidade indiscutível, advertindo, contudo: “se a prova foi colhida sem a participação da parte contra quem deva operar, mínimo ou quase nenhum tem de ser o seu valor. O Juiz, se possível, deve mandar repeti-la para que assim se obedeam aos postulados e garantias do contraditório” (Instituições de Direito Processual Civil, vol. III, 2ª edição, págs. 387/8).

Finalmente, Moacyr Amaral Santos, em suas notáveis “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, 2º volume, n. 506, pág. 272, escreve que “Mesmo que não especificados por lei, mas moralmente legítimos, isto é, idôneos, por outros meios poder-se-á provar a verdade dos fatos. Assim, por exemplo, as chamadas provas emprestadas, isto é, transportadas de outros processos, onde se produziram para a demonstração dos mesmos fatos...”.

Humberto Theodoro Júnior, a propósito, transcreve acórdão do STF publicado na RTJ 56/285, no sentido de que “É admissível a prova emprestada quando tenha sido colhida mediante garantia do contraditório, com a

participação da parte contra quem deva operar”.

Em seu Código de Processo Civil Anotado, 7ª edição, revista e atualizada, vol. 2, páginas 1.606 a 1.608, Alexandre de Paula reproduz inúmeros julgados que admitem a prova emprestada, desde que, como no respeitável aresto do STF, acima referido, observada a garantia do contraditório.

No caso, as provas emprestadas de que se valeu a sentença recorrida foram produzidas em processo sobre o mesmo fato e no qual eram partes, como ré, Transportes e Representações Ivan Ltda. e como denunciada à lide Brasil Companhia de Seguros Gerais, que também são, respectivamente, ré e denunciada à lide neste feito. Foi a prova emprestada, pois, produzida na presença da ré.

Afasta-se, pois, a pretendida nulidade.

A ficha de ocorrência do acidente em causa, elaborada pelos patrulheiros Newton 009349-4 e Giovani 008578-5, indica o ponto de impacto na mão de direção do veículo 1, que era dirigido pelo marido e pai das autoras, o caminhão com emblema da Perdigão, de propriedade de Waldomiro Sartorelli, afirmando-se na narrativa: “Por motivos ignorados, o veículo 2 ao contornar a curva para a direita, desgovernou-se indo colidir com o veículo 1 que trafegava em sentido contrário”.

As fotografias de fls. 57, de outro lado, indicam, nitidamente, que o veículo da Perdigão encontrava-se em sua mão de direção, o que já não ocorreu com o da Tresmaiense, que está com a parte que constituía sua

cabine e o motor totalmente na contramão.

Ante a descrição da inicial de que o veículo DD 3480, da ré, “ao fazer a curva, após a ela desgovernou-se, indo colidir com o veículo de propriedade de Waldomiro Francisco Sartorelli que trafegava no sentido em sua mão de direção”, apontando, portanto, claramente para a culpabilidade do motorista da ré, como o atestam o boletim de ocorrência e as fotografias, a ré alegou que seu motorista estava na sua mão de direção, mas percebendo que o da Perdigão estava na mão, tentou evitar o acidente, indo para sua contramão, o que não foi eficaz, porque o motorista da Perdigão saiu da sua contramão e acabou colidindo com o veículo da ré.

Essa versão encontraria ressonância em depoimento de José Sorgatto Filho, que afirmou ter presenciado a colisão.

Uma primeira e inafastável conclusão se impõe, e que, aliás, não passou despercebida do saudoso Dr. Juiz a quo, a de que tal versão implicava em reconhecimento de culpa por parte da ré, eis que confessa que o acidente ocorreu na mão de direção do veículo dirigido pelo marido e pai das autoras. Isso a dar-se crédito a essa versão, que se mostra pouco plausível.

De resto, o exame do conjunto da prova leva a que, também como o fez o Dr. Juiz a quo, não se considere o depoimento da testemunha José Sorgatto Filho.

O depoimento referido na sentença como sendo do patrolheiro Giovanni, um dos dois que esteve no local, refere que o acidente ocorreu na con-

tramão do caminhão da Tresmaiese; que o local de impacto é encontrado pelo vestígio deixado na pista (buraco, mancha de óleo), referindo o patrolheiro que o óleo dos caminhões se espalhou na pista, o mesmo ocorrendo com a carga; que não havia sinais de frenagem no local e que, quando o patrolheiro rodoviário encontra testemunhas no local, faz constar do laudo o nome delas.

No caso — assinale-se — não constou o nome de qualquer testemunha, muito menos de José Sorgatto Filho que, não obstante, acabou arrolado pela ré.

Esse patrolheiro Giovanni não foi, na verdade, o primeiro a chegar ao local.

Dos dois patrolheiros que atenderam à ocorrência, o primeiro que ali chegou foi Newton Machado, residente em Santa Cecília, que depôs nestes autos a fls. 126/7.

Diz essa testemunha, em síntese, que foi a segunda pessoa a chegar ao local, a outra foi um caminhoneiro de Caxias do Sul, que estava descendo do caminhão quando o depoente lhe pediu “para puxar o caminhão para cima e sinalizar”; que 80% da pista estava tomada pelos veículos acidentados; que a pista estava cheia de óleo; que perguntou ao caminhoneiro de Caxias se presenciara o acidente, respondendo ele que não; que voltou em seguida a Santa Cecília para chamar o Corpo de Bombeiros, pois a pista precisava ser lavada; que no momento em que chegou ao local a posição dos caminhões já era a retratada nas fotografias de fls. 57; que foi definido o ponto de impacto pelas marcas deixadas pelos caminhões; que é obrigação

dos patrulheiros indicar as pessoas que se encontravam no local do acidente; que não arrolou o caminhoneiro porque quando retornou de Santa Cecília este não mais se encontrava no local; que “pelas marcas das pistas o caminhão que foi empurrado após o impacto foi o caminhão da Tresmaiese; que não sabe se o caminhão da Tresmaiese girou após o impacto”.

Zenildo Visconde dos Santos, fotógrafo, relatou, em síntese, que: “chegou ao local uma hora e meia após; que a posição dos caminhões já era a retratada; que o corpo de bombeiros estava no local; que a polícia rodoviária também já estava no local; que no momento que tirava as fotos os policiais estavam descrevendo alguma coisa; que durante o período que permaneceu no local ninguém mexeu nos caminhões ou nas vítimas”.

As declarações de Orlando Fronza, prestadas nos autos 130/92, foram ditas pelo Dr. Juiz a quo como não merecendo créditos.

Nestes autos, este depôs e não registra nada relevante que contrarie o depoimento do guarda Newton ou as conclusões do boletim de ocorrência.

Os bombeiros que estiveram no local, Valmor Lima, a fls. 262, e Raulino Nascimento Filho, fls. 264, disseram: o primeiro, que foi chamado por Newton Machado; que os caminhões estavam abalroados do lado direito do sentido Santa Cecília—Curitiba; que a pista que vinha de Curitiba estava livre; que ninguém havia mexido nos caminhões; que procedeu à limpeza da pista.

Raulino Nascimento Filho, igualmente, referiu que os caminhões estavam na posição indicada na fotografia de fls. 57; que a pista de quem vinha de Curitiba estava livre; que levaram um bom tempo para lavar a pista; que não tomou conhecimento de que alguma testemunha tivesse presenciado o acidente; que entende que a batida deu-se na pista de quem segue de Santa Cecília para Curitiba, que, assinala-se, era a mão de direção do marido e pai das autoras.

Embora possa haver pequenas contradições entre um e outro depoimento, como se o levantamento foi feito antes da limpeza ou da lavagem da pista ou não, não há nenhuma referência à testemunha de vista do acidente.

José Sorgatto Filho, residente em Caçador, cidade em que aliás tem sede a ré, que não foi indicado no boletim e não foi visto no local por Newton Machado, pois este afirmou que foi a segunda pessoa a chegar ao local, a primeira tendo sido um caminhoneiro de Caxias do Sul, prestou depoimento a fls. 188, por precatória.

Diz que foi ultrapassado pelo caminhão da Perdigão, que continuou na contramão, vindo a colidir “quase ao centro da pista na mão de direção da Tresmaiese, ficando ambos em posição ‘V’, com o bico de ambos voltado para o acostamento da mão de direção do veículo da Perdigão”.

Essa testemunha, contudo, não obstante afirmar que foi ultrapassada pelo caminhão da Perdigão; que o viu entrar na curva na contramão e que presenciou o choque, vindo, ao estacionar e saltar de seu carro, que ali chegavam também um guarda rodo-

viário e um caminhão, diz que “o guarda rodoviário parou, olhou o acidente e rumou na direção de Santa Cecília; que a vista disso, o depoente retornou para seu carro e continuou viagem”.

Ora, é esse um comportamento absolutamente anômalo, o de a testemunha tendo, como afirma, presenciado um grave acidente, ter deixado imediatamente o local só porque o guarda rodoviário o fez. Embora o guarda tivesse, realmente, ido em seguida para Santa Cecília, à procura dos bombeiros, antes pediu ao caminhoneiro de Caxias do Sul que recuas-se um pouco o seu caminhão e sinalizasse e certamente só depois de verificar o estado dos dois veículos, engatados na parte da frente e certamente com os respectivos motoristas sem sinal de vida, é que — sem condições de resolver tudo sozinho — foi à procura dos bombeiros.

É isso o que ordinariamente ocorre, não sendo crível que o guarda, absolutamente indiferente, tivesse parado, olhado e seguido viagem.

Só por muita insensibilidade ou por alguma fobia é que diante de um acidente das proporções do que ocorrera e à sua vista, segundo ele afirma — essa testemunha José Sorgatto Filho não tivesse se aproximado dos veículos acidentados até para saber se poderia ser útil em algum tipo de socorro e, ao contrário, tivesse seguido viagem imediatamente para Caçador.

Isso apesar de ser motorista há muitos anos e não obstante o extremo senso de observação que teria, ao informar como trafegava o veículo da Perdigão, sua respectiva velocidade e como entrou na curva, como

eram as condições topográficas da estrada; que a carga se espalhou, sendo que a maior quantidade estava na mão de direção do veículo da Tresmaiese; que com o choque a pista ficou cheia de óleo etc., tudo o que fora anteriormente relatado por testemunhas que depuseram em outras datas.

José Sorgatto Filho, contudo, afirma que vendo que o guarda parou, olhou e seguiu viagem, também saiu imediatamente do local, sem sequer ver se algum motorista precisava socorro, sem falar com o guarda, dizendo que este “não falou com ele”, o que, segundo se conclui do depoimento do guarda Newton Machado, seria de todo impossível, se ele não viu que estivesse no local outra pessoa além do caminhoneiro de Caxias do Sul.

Assim, não obstante a apelação pretender que o depoimento de Sorgatto mostre-se congruente, claro, sem titubeação, seu relato não encontra qualquer ressonância nas demais provas dos autos e evidencia, de resto, um comportamento estranho, contraditório, falta de solidariedade humana por parte da testemunha, o que compromete a credibilidade do que afirma para o esclarecimento da verdade.

Falta-lhe consistência e lógica.

Moacyr Amaral Santos, o grande estudioso da prova no direito processual brasileiro, autor da incomparável “Prova Judiciária no Cível e no Comercial”, assinala em suas “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, vol. 2º, 11ª ed., Saraiva, 1987, que no Brasil se adota o sistema da persuasão racional no exame das provas.

Conforme esse sistema, diz, “...o juiz, não obstante apreciar as pro-

vas livremente, não segue as suas impressões pessoais, mas tira a sua convicção das provas produzidas, ponderando sobre a qualidade e a vis probandi destas; a convicção está na consciência formada pelas provas, não arbitrária e sem peias, e sim condicionada a regras jurídicas, a regras de lógica jurídica, a regras de experiência, tanto que o juiz deve mencionar na sentença os motivos que a formaram”.

E adiante:

“A liberdade que se concede ao juiz na apreciação da prova não é um mero arbítrio, senão um critério de atuação ajustado aos deveres profissionais. Há liberdade no sentido de que o juiz aprecia as provas livremente, uma vez que na apreciação não se afaste dos fatos estabelecidos, das provas colhidas, das regras científicas — regras jurídicas, regras de lógica, regras da experiência”.

Adiante reafirma:

“...o Juiz brasileiro é livre na apreciação dos elementos de prova, no sentido de que deve pesar as provas colhidas, apreciá-las e submetê-las aos rigores do seu raciocínio esclarecido e desapaixonado, e formar convicção, quanto à verdade daí surgida, ao abrigo de qualquer constrangimento moral”.

E explica:

“É livre porque, como investigador da verdade, não está sujeito de forma absoluta a seguir regras que atribuam valor qualitativo aos meios da prova mas, ao contrário, tem a faculdade de atribuir-lhes a eficácia que resultar da influência que exercem em sua consciência”.

Por isso, tal como o fez o pranteado Dr. Juiz a quo, Renato Antônio de Souza, prematuramente falecido, não há como aceitar, contra a lógica dos fatos, o depoimento de Sorgatto Filho, contrário a tudo o que consta dos autos.

O fato de, segundo a testemunha Newton Machado, o caminhão da Tresmaiese haver sido empurrado após a colisão significa apenas que ele era mais leve, sofrendo por isso pequeno recuo, sem que isso anule a indicação do ponto de impacto, indicado por essa mesma testemunha como tendo ocorrido na mão de direção do veículo que era conduzido pelo marido e pai das autoras.

Indiscutível a culpa do motorista da ré e civilmente responsável esta pelos danos causados.

No que tange à pensão mensal, contudo, assiste razão em parte à apelante.

As autoras alegaram que a vítima percebia 2,5 salários mínimos por mês. Não fizeram prova de tais ganhos.

Com os documentos de fls. 259 e 267, entretanto, verifica-se que a viúva percebeu, em setembro de 1993, a pensão de CR\$ 18.893,20 e, em outubro do mesmo ano, CR\$ 23.648,61.

Considerando que o salário mínimo era de CR\$ 9.606,00 em setembro de 1993 e de CR\$ 12.024,00 em outubro, a pensão da viúva, dependente do segurado no INSS (de 100% do salário de contribuição, ex vi do art. 75, alínea b, da Lei n. 8.213/91), correspondia a 1,96 salários mínimos.

A pensão devida à viúva e filhas, de 2/3 do que auferia a vítima,

deve ser, portanto, de 1,266 salários mínimos, a partir da data indicada na sentença e pelo tempo ali também indicado, fazendo-se o pagamento também como ali referido.

O capital a que estaria obrigada a constituir a ré, nos termos do art. 602 do CPC, será o que possibilitará renda que assegure o cabal cumprimento da obrigação, respeitado o limite de 420 salários mínimos, eis que, fixado dito capital nesse valor na sentença, não houve recurso das autoras, não podendo este julgado, pena de reformatio in pejus, elevar o valor dessa condenação.

Os honorários são os de 15%, calculados na forma do § 5º do art. 20 do CPC, respeitado, também, o limite de 15% sobre 445 salários mínimos, definido na sentença, sem recurso das autoras.

A apelação da seguradora é desprovida.

Primeiro porque o agravo a que se refere já foi desprovido pela 6ª Tur-

ma de Recursos, não havendo por que cogitar, pois, que seu eventual provimento pudesse alterar o julgado de Primeiro Grau.

Quanto à prova emprestada, a matéria foi analisada quando do exame do recurso da ré.

Finalmente, suas razões de mérito são, em síntese, as mesmas da ré, que já foram analisadas e inacolhidas acima.

Nega-se, pois, provimento a seu recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Desembargadores Alcides Aguiar e Pedro Manoel Abreu. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Kurt Ernesto Hammerschmidt.

Florianópolis, 7 de outubro de 1999.

*João José Schaefer,  
Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 96.002601-0, DE JOINVILLE**

**Relator: Des. João José Schaefer**

— *Ação civil pública.*

— *Na forma do parágrafo único do art. 81 do CDC a defesa coletiva será exercida, entre outras hipóteses, quando se tratar (inciso III) de “interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”, sendo, para tal efeito, legitimado o Ministério Público, concorrentemente com outros órgãos ou entidades, como referido no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor.*



— *Ocorre que nos termos do art. 129 da CF são funções institucionais do Ministério Público, entre outras (inciso III), “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.*

— *No caso, contudo, não se vislumbra a incidência de interesse social a justificar a legitimação do Ministério Público, se se cuida de assegurar a gratuidade de participação de aposentados e pensionistas em eventos esportivos, o que não se mostra relevante para a sociedade como um todo, eis que não contribui tal direito para maior harmonia social ou para o bem-estar da população em geral, mas interessa sim aos aposentados e pensionistas individualmente.*

— *Pode-se concluir com Teori Albino Zavascki em artigo na RF 333, pág. 123 e seguintes, que “ao Ministério Público não cabe, evidentemente, bater-se em defesa de direitos ou interesses individuais, ainda que, por terem origem comum, possam ser classificados como homogêneos”, desde que, como do contexto da tese exposta por Teori Zavascki, não evidenciando no caso o interesse social.*

— *Recurso improvido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.002601-0, da comarca de Joinville (1ª Vara), em que é apelante o Ministério Público de Santa Catarina, sendo apelado Joinville Esporte Clube:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

Sentença da lavra do Dr. Rodrigo Antônio Cunha, Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Joinville, na forma do art. 267, VI, do CPC, julgou extinta Ação Civil Pública movida pelo representante do Ministério Público contra o Joinville Esporte Clube, revogando a liminar anteriormente

concedida, ao argumento de que o autor não é parte legítima para ajuizar a referida ação. O objeto da ação era assegurar aos aposentados e pensionistas do Município as vantagens concedidas pela Lei n. 1.161/93, de ingresso gratuito nos eventos desportivos realizados pelo requerido, o que, conforme a inicial, não estaria sendo cumprido pelo clube.

Fundou-se a decisão em que a pretensão da inicial tem como destinatário final, não a coletividade, mas uma parcela mínima dela.

Após invocar precedentes do STJ (REsp. n. 46.130-8—PR), bem como o publicado na RSTJ 54/306 e ainda julgado no AI n. 7.294, da lavra do Des. Carlos Prudêncio, afirmando que o Ministério Público, no caso, não visou à defesa de interesses difusos ou



coletivos, mas sim o interesse de um pequeno grupo de aposentados e pensionistas, a associação de classe a que pertencem os aposentados é que teria legitimidade para representá-los.

Inconformado, apelou o autor, dizendo ter legitimidade para ajuizar a demanda, na forma dos incisos III, IV e V, § 1º, do art.129 da CF, quando em causa a defesa de interesses coletivos e difusos, vinculados a todos os aposentados e pensionistas de Joinville, sendo seus interesses comuns a toda uma categoria de pessoas, não se podendo determinar com precisão quais os indivíduos que se encontram concretamente por eles unidos.

Afirma que a sua legitimidade advém da Lei n. 7.347/95 e do disposto no art. 129 da Constituição Federal, sustentando que “apesar da ação, a princípio, proteger titulares de direitos subjetivos que são facilmente identificáveis, não ocorre no caso a descaracterização da qualidade da existência à proteção de interesses difusos. E isto porque a ação proposta busca a tutela precípua do interesse de um número indefinido de pessoas” (fls. 150).

Invoca em seu prol julgados do TJSP, do STJ (REsp. n. 50.059), bem como doutrina de Kasuo Watanabe, concluindo que nos autos “acha-se caracterizado o interesse difuso que enseja a ação, eis que o não cumprimento da lei está a atingir um número indeterminado de aposentados e pensionistas de Joinville” (fls. 153).

O réu contra-arrazoou o recurso aplaudindo a sentença apelada, afirmando que a ação diz respeito a interesse de um grupo de particulares, não tendo o Ministério Público legitimidade para a ação, vindo a Associa-

ção dos Clubes sustentando que a Lei n. 1.161/93 é inconstitucional.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Raul Schaefer Filho, opinou pelo conhecimento e provimento do apelo, porque legitimado o Ministério Público para agir em questões como a da hipótese versada nos autos, conforme os arts. 127 e 129, III, da CF, invocando decisões nesse sentido da lavra do Des. Francisco Oliveira Filho (Jurisprudência Catarinense 71/285) e do TJRS, no sentido de que o Ministério Público está legitimado para o exercício de ação a um conjunto de interessados, determinável por uma relação básica.

É o relatório.

Nos termos do art. 129 da CF, são funções institucionais do Ministério Público, entre outras, “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

O art. 81 do CDC, de outro lado, faculta ao Ministério Público a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas, dispondo o parágrafo único do mesmo artigo que tal defesa coletiva, a par das hipóteses dos incisos I (interesses ou direitos difusos) e II (interesses ou direitos coletivos), será exercida quando se tratar (inciso III) de “interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

Os direitos individuais homogêneos, bem esclarece Nelson Nery Júnior, “são os direitos individuais cujo titular é perfeitamente identificável e cujo objeto é divisível e cindível” (Código de Processo Civil Comentado,

nota 13 ao art. 81 do Código de Defesa do Consumidor).

No caso, a origem do direito reclamado é a Lei n. 1.161, de 30/11/93, que assegurou gratuidade de ingresso popular nos eventos esportivos de qualquer natureza às pessoas aposentadas e pensionistas regularmente filiadas a uma entidade representativa de ambas as categorias.

Trata-se, ademais, de direitos cujos titulares são identificáveis (os aposentados e pensionistas) e o objeto divisível e cindível, o ingresso no evento esportivo.

Em princípio, pois, está configurada a legitimação do Ministério Público.

Ocorre, entretanto, que a legitimação do Ministério Público na ação civil pública, nos termos do art. 129 da Constituição Federal, está vinculada à proteção do patrimônio público e social do meio ambiente e de outros interesses coletivos difusos.

Teori Albino Zavascki, Juiz do TRF da 4ª Região e Professor de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em acatado artigo na Revista Forense n. 333, páginas 123 e seguintes, refere que “a existência de interesses sociais a justificar a atuação do Ministério Público há de ser, portanto, investigada caso a caso, podendo certamente sofrer o crivo da parte adversa e, como toda a matéria referente à adequada legitimação da parte, ser objeto de apreciação pelo Juiz” (pág. 136). Adiante diz que os “interesses sociais, portanto, não são, simplesmente, interesses de entidades públicas e nem por certo interesses individuais ou de grupos isolados”.

Em seguida, anota que “há certos interesses individuais — de pessoas privadas e de pessoas públicas — que, quando visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, têm a força de transcender a esfera de interesses puramente individuais e passar a representar, mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da comunidade como um todo” (pág. 136).

No caso, entretanto, o direito a gratuidade de ingresso nas competições esportivas não tem relevância para a sociedade em geral, não contribuindo para maior harmonia social, para o bem-estar da população em geral, interessando, sim, aos aposentados e pensionistas individualmente.

Por isso, pode-se concluir com Teori Albino Zavascki que “...ao Ministério Público não cabe, evidentemente, bater-se em defesa de direitos ou interesses individuais, ainda que, por terem origem comum, possam ser classificados como homogêneos”.

É que os “Interesses individuais homogêneos não são, necessariamente, interesses sociais. Entretanto, quando tais interesses individuais homogêneos, mais que a soma de situações particulares, possam ser qualificados como de interesse comunitário, nos termos acima enunciados, não há dúvida de que o Ministério Público estará legitimado a atuar”.

A caracterização da relevância social, do interesse cuja proteção se pede na ação civil pública, foi destacada pelo Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira no REsp. n. 89.646—PR (DJU de 24/2/97, pág. 3.340), em que em causa o valor de mensalidades escolares, o que é de marcado interesse

público uma vez que o ensino é objeto de expressa preocupação constitucional. Também o Ministro Edson Vidigal no REsp. n. 95.347—SE (DJ de 1º/2/99, pág. 221) teve como legitimado o Ministério Público em causa envolvendo a proteção do direito ao salário mínimo dos servidores municipais, “tendo em vista sua relevância social, o número de pessoas que envolvem a economia processual”.

Não comprovado, no caso, contudo, o interesse social, foi bem proclamada a ilegitimidade ativa do

Ministério Público, pelo que se nega provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Alcides Aguiar e Francisco Borges, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 24 de junho de 1999.

*João José Schaefer,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.008852-6, DE CRICIÚMA**

**Relator: Des. João José Schaefer**

— *Processual civil. Prazo para oferecimento dos embargos.*

— *O entendimento doutrinário e jurisprudencial de que os embargos do devedor devem ser oferecidos no prazo legal da intimação da primeira penhora é de indiscutível procedência em caso de ampliação da penhora, seja por insuficiência dos bens ou por desconstituição, por embargos de terceiro, de parte, mesmo significativa, da penhora. Se esta, contudo, é tornada sem efeito, por absolutamente nula, recaindo em bens comprovadamente de terceiro e fora das hipóteses do art. 592 do CPC, não houve penhora de direito e em tal caso não se iniciou validamente o prazo para oferecimento dos embargos.*

— *Provimento do apelo, não obstante as bem-fundadas razões da sentença apelada, para afastar a intempestividade dos embargos do devedor oferecidos ante a penhora de bens comprovadamente da devedora, prosseguindo-se como de direito.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.008852-6, da comarca de Criciúma (Vara da Fazenda), em que é apelante Fiba — Indústria, Comércio e*

*Representações Ltda., sendo apelado o Estado de Santa Catarina:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas de lei.

Sentença da lavra do Dr. Hélio do Valle Pereira, Juiz de Direito da Vara da Fazenda da comarca de Criciúma, julgou extintos, sem apreciação do mérito, os embargos opostos por Fiba — Indústria, Comércio e Representações Ltda. à execução fiscal que lhe move o Estado de Santa Catarina, por falta de pressuposto processual — a tempestiva apresentação dos embargos — condenando a embargante no pagamento dos honorários advocatícios, fixados em 20% sobre o valor da execução e nas custas.

Assim decidiu fundada no art. 16, III, da LEF, c/c os arts. 588 e 267, IV, do CPC, em lições de Araken de Assis e Arnaldo Marmitt e em precedente desta Corte na Apelação Cível n. 35.225, rel. o Des. Amaral e Silva, por entender que intempestivos os embargos, uma vez que o prazo para seu ajuizamento teve início com a juntada do mandado de intimação de uma primeira penhora, que ocorreu em 1991, e não da segunda, já em 1997. Contra a primeira constrição foram interpostos embargos de terceiro, que vieram a ser julgados procedentes. Houve, então, nova penhora e da data dessa segunda penhora é que foram interpostos os embargos à execução.

Inconformada, apelou a embargante, alegando que não poderia ter sido extinto o processo, pois o prazo para interposição dos embargos não corre sem que a execução esteja garantida, conforme disposto no § 1º do art. 16 da Lei n. 6.830/80 e art. 737 do

CPC. No caso, a penhora, em 23/4/91, recaiu sobre bens de valor insuficiente para garantir a dívida objeto da execução fiscal, no montante de CR\$ 719.666,22, muito superior ao valor dos bens penhorados.

Quanto aos honorários, sua condenação em 20% sobre o valor da causa é excessiva, devendo ser reduzida para o percentual de 10%.

Nas contra-razões, o Estado diz que intempestivos os embargos, conforme iterativa jurisprudência desta Corte eis que o prazo para interposição dos embargos à execução fiscal começa com a regular intimação da penhora. No que tange aos honorários, foram eles bem dosados pela sentença apelada que condenou a executada no “percentual mínimo previsto no art. 20 do CPC, ou seja, 10% referente à ação de execução e 10% referente aos presentes embargos” (fls. 51).

É o relatório.

A primeira penhora efetivou-se em 23 de abril de 1991, sendo intimada a devedora para interposição dos embargos (fls. 18 e 19 da execução). Sobrevieram embargos de terceiro (24/9/92), julgados procedentes por sentença em 21/11/95, reconhecendo “que a propriedade do bem pertence indiscutivelmente ao autor da ação” (fls. 35 dos embargos de terceiro, apensos, opostos pela Companhia Carbonífera Catarinense). Em consequência, o bem foi liberado da constrição.

Tal decisão, em outras palavras, anulou a penhora, tanto que em 10/1/96 o Estado requereu a expedição de novo mandado, indicando para serem penhorados veículos e linha telefônica da devedora, recaindo a

construção, todavia, sobre 2.700 toneladas de carvão.

Intimada, a executada ingressou com os presentes embargos em 9 de fevereiro de 1998.

Doutrina e jurisprudência têm entendido que o prazo para oferecimento de embargos flui da intimação da primeira penhora que se realizou nos autos.

Assim deve ser, sem dúvida, desde que válida a primeira penhora, ainda que de bens insuficientes, devendo os embargos do devedor ser opostos desde logo. Novos embargos, após a ampliação da penhora, não de estar limitados à validade da penhora em si, não mais discutindo o mérito do débito.

No caso, entretanto, a penhora recaiu sobre bem que não pertencia à devedora, pois cinco anos antes havia sido alienado à Companhia Carbonífera Catarinense S/A, que, por isso, ajuizou os embargos de terceiro.

A douta sentença apelada, da lavra sempre segura do talentoso Magistrado Dr. Hélio do Valle Pereira, invoca magistério do preciso Araken de Assis, processualista de renome e que ilustra cátedra do colendo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no sentido de que “os incidentes que desfazem, alteram ou adequam a penhora não devolvem o prazo de embargos já transcorridos”.

Temos como de indiscutível acerto tal conclusão se os embargos de terceiro não tivessem fulminado toda a primeira penhora, deixando resquício válido que obrigaria, de qualquer forma, o oferecimento dos embargos.

No caso, entretanto, todo o imóvel penhorado pertencia a terceiro que não o devedor, não havendo, assim, como exigir do devedor a apresentação de embargos naquela oportunidade.

É que a penhora era efetivamente nula, em hipótese análoga à apreciada pelo TJMS (A. de Paula, vol. XV, n. 33.280-D) no sentido de que “É nula a penhora efetivada por oficial de justiça em bem comprovadamente de terceiros... A nulidade da penhora alcança os atos posteriores praticados no processo”.

Acórdão do 1º TARJ (RT 552/221) decidiu: “Antes de seguro o juízo, com a penhora de bem do devedor ou pelo depósito da coisa objeto da execução, é inadmissível qualquer defesa do executado, ainda que poderosa para elidir a execução, ab initio, como seja a alegação de prescrição”.

Ao dispor o art. 737 que “não são admissíveis embargos do devedor antes de seguro o juízo...” não há como perder de vista, assim, o disposto no art. 591 do CPC no sentido de que “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”.

O art. 592 especifica os bens sujeitos à execução, estendendo-a àqueles que, embora não estando na sua posse efetiva, acham-se ainda vinculados ao débito, situação que não se verifica nos presentes autos.

No caso, não houve penhora de direito e, em tal caso, não se iniciou, validamente, o prazo para oferecimento dos embargos.

Ante o exposto, dá-se provimento ao apelo para, reformando a

sentença de Primeiro Grau, ter como tempestivos os embargos de fls. 2 a 18, julgando-se como de direito.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Alcides Aguiar e César Abreu.

Florianópolis, 10 de agosto de 1999.

*João José Schaefer,  
Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.008156-4, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Eder Graf**

*Agravo retido — Não conhecimento.*

*“Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal” (art. 523, § 1º, do CPC).*

*Processo civil — Julgamento antecipado da lide — Cerceamento de defesa — Inocorrência.*

*Não há cerceamento de defesa com o julgamento antecipado da lide, se a controvérsia gira em torno de matéria essencialmente de direito, estando os fatos documentalmente comprovados.*

*Crédito industrial — Transação — Forma de correção do débito expressamente aceita pelo devedor — Rediscussão — Impossibilidade.*

*“A transação produz entre as partes o efeito de coisa julgada, e só se rescinde por dolo, violência, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa” (Código Civil, art. 1.030).*

*Assim, firmado acordo entre as partes, mediante a outorga de concessões mútuas, declarando a devedora que reconhece a plena regularidade e integral legitimidade do critério de atualização monetária, operada estará a transação, a qual produzirá os efeitos de coisa julgada entre as partes, não podendo ser alterada exceto por um dos vícios arrolados no art. 1.030 do Código Civil.*

*Comissão de permanência — Pactuação — Possibilidade.*

*Não é vedada a pactuação da comissão de permanência como fator de atualização do débito, desde que ela incida em momento distinto da correção monetária.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.008156-4, da comarca Capital (UJI), em que é apelante Cerâmica Pagé Ltda. — Cepasa, sendo apelado Banco de Desenvolvimento do Estado de Santa Catarina S/A — Badesc:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, não conhecer do agravo retido e negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Cepasa — Cerâmica Pagé Ltda. ajuizou ação declaratória c/c repetição de indébito contra o Banco de Desenvolvimento do Estado de Santa Catarina S/A — Badesc, alegando ter emitido duas cédulas de crédito industrial em favor do réu (ns. 896003-8 e 900036-4), as quais trazem embutidas em seu bojo diversas cláusulas abusivas. Acrescentou que as liberações do numerário pertinente aos dois títulos de crédito ocorreram em datas diferentes daquelas em que firmados os pactos, resultando num saldo credor em seu favor durante período de carência, o que não foi respeitado pela ré, sendo que a diferença do IPC (84,32%) que deveria ser calculada proporcionalmente ao tempo do uso do dinheiro, num dos contratos, foi cobrado integralmente.

Ressaltou ser vedada a atualização do débito no período em que a economia do país encontrava-se desindexada, bem como a utilização da TR para o cálculo da correção monetária. Salientou, ainda, ser ilegal a cobrança da comissão de permanência cumulada com a correção monetária, a teor da Súmula 30 do STJ.

Em sua contestação, o Badesc sustentou, em preliminar, a carência da ação e postulou a citação do Bndes — Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e da Finame — Agência Especial de Financiamento Industrial, na qualidade de litisconsortes passivos necessários. No mérito sustentou que os juros pactuados estão de acordo com o limite de 12% ao ano, sendo que a correção monetária foi devidamente pactuada e aprovada pela autoridade competente.

Asseverou que todas as parcelas do crédito referentes às duas cédulas de crédito foram liberadas conforme o contratado e monetariamente atualizadas pelo IPC, inclusive no percentual de 84,32% relativo a março de 1990, sendo que apenas a partir da extinção deste índice é que se passou a adotar a TR para o cálculo da correção monetária, ex vi dos arts. 6º, I e II, e 25 da Lei n. 8.177/91 do art. 2º da Circular n. 1.894 do Bacen e da Circular n. 919/91 do Bndes.

Afirmou que o art. 11, § 2º, do Decreto-Lei n. 413/69 expressamente autoriza a cobrança de juros compostos, sendo inaplicável à espécie a Lei de Usura, conforme a Súmula 596 do STF. Enfatizou que os encargos de inadimplência pactuados nas cédulas são devidos em razão dos arts. 955, 956 e 1.056 do Código Civil. Disse que em momento algum foi prevista a incidência da comissão de permanência sobre a correção monetária, argumentando ser possível a cobrança cumulada dos dois encargos, o que constitui mera remuneração do capital emprestado à autora. Ao final, invocou o princípio *pacta sunt servanda*, e pleiteou a condenação da demandante por litigância de má-fé.



Decorrido in albis o prazo para a autora se manifestar sobre a contestação, julgou-se improcedente o pedido inicial.

Inconformada, a vencida apelou alegando, em preliminar, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa em face do julgamento antecipado da lide, ao argumento de que se fazia necessária a produção de prova pericial para solucionar adequadamente a lide, e, ainda, por não ter sido apreciada a questão da correção monetária pro rata tempore. Quanto ao mérito, ratificou os argumentos ventilados na inicial.

Contra-arrazoado o recurso vieram os autos.

É o relatório.

Primeiramente, cumpre ressaltar que o agravo retido de fls. 542/543 merece conhecimento, porquanto o apelante não requereu expressamente, nas razões recursais, sua apreciação neste Grau de Jurisdição.

Ora, o art. 523, § 1º, do CPC, é de clareza solar quando prescreve: "Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal".

A propósito, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery lecionam:

"O agravo retido é matéria preliminar de apelação. Para que o agravo retido possa ser conhecido e julgado pelo seu mérito, devem estar presentes dois requisitos: a) a apelação deve ser conhecida; b) o agravante deve ter reiterado sua vontade de ver o agravo conhecido nas razões ou contra-razões de apelação" (Código de Processo Civil Comentado e legislação pro-

cessual civil extravagante em vigor, 3ª ed., RT, 1997, pág. 763).

É da jurisprudência desta Corte:

"Não se conhece do agravo retido se o recorrente, na apelação, não pleitear a sua apreciação pelo Tribunal, motivo pelo qual reputar-se-á renunciado" (Ap. Cív. n. 36.333, de Lares, Des. Cid Pedroso, j. 29/10/91).

Ou mais:

"— É condição sine qua non ao conhecimento de agravo retido, consoante expresso no art. 523 do CPC, o pedido, nas razões apelatórias, acerca desse conhecimento. Ausente esse pleito, a inferência é que o apelante desistiu de ver revista a decisão motivadora do recurso em retenção" (Ap. Cív. n. 97.003220-0, de Jaraguá do Sul, Des. Trindade dos Santos, j. 14/10/97).

Não há falar em cerceamento de defesa em face do julgamento antecipado da lide e conseqüente inviabilização da prova técnica, consistente na perícia contábil, porquanto a apreciação de todos os questionamentos deduzidos na ação declaratória dispensava a produção de outras provas, afora as já existentes nos autos.

Assim, em face da natureza da matéria litigiosa é que a Dra. Juíza optou, acertadamente, pelo julgamento antecipado, cumprindo, aliás, a regra do art. 330, I, do CPC.

No Superior Tribunal de Justiça já se fixou:

"O art. 330 do CPC impõe ao juiz o dever de conhecer diretamente do pedido, proferindo sentença, se presentes as condições que propiciem o



juízo antecipado da causa, des-cogitando-se de cerceamento de defesa" (REsp. n. 112.427/AM, Min. José Arnaldo, DJU n. 98, 26/5/97, pág. 22.557).

Em igual norte o entendimento desta Corte:

"Julgamento antecipado — Dilação probatória desnecessária — Cerceamento de defesa incorrente.

"Não há falar em cerceamento de defesa com o julgamento antecipado da lide, se a controvérsia gira em torno de matéria essencialmente de direito e os fatos estão comprovados documentalmente" (Ap. Cív. n. 97.006067-0, de Rio do Sul, j. 23/9/97).

Por sua vez a prefacial de nulidade da sentença, por não ter havido manifestação quanto à aplicação da OTN pro rata tempore para correção do débito, não pode prosperar, porquanto a Togada ao decidir a lide analisou questão prejudicial e prevalente sob a argumentação deduzida pela apelante, qual seja, as repactuações (rectius: transações) celebradas supervenientemente.

Ora, é sabido que ao julgar o feito o juiz aprecia questões prevalentes que, se acolhidas, tornam despiciendas a análise de todas as matérias secundárias ou subsumidas.

Com efeito, a sentença resulta de um silogismo lógico à luz dos fatos e do direito.

A respeito, Chioenda comenta:

"O raciocínio sobre os fatos é obra da inteligência do juiz, necessária como meio de preparar a formulação da vontade da lei" (Instituições de

Direito Processual Civil, 3ª ed., Saraiva, 1969, vol. I, pág. 371).

E ressalta:

"Antes de decidir a demanda, realiza o juiz uma série de atividades intelectuais com o objetivo de se aparelhar para julgar se a demanda é fundada ou infundada, e, pois, para declarar existente ou não existente a vontade concreta da lei, de que se cogita.

"Essas atividades intelectuais, instrumento de atuação da vontade da lei mediante verificação, constituem a cognição do juiz. E, naturalmente, uma vez que a cognição é tão necessária para receber como para rejeitar a demanda, a análise dessas atividades pertence à doutrina da relação processual" (op. cit., pág. 174).

O ilustre jurista Moacyr Amaral Santos adita:

"A fim de decidir a lide, o juiz deve conhecê-la. E o processo é precisamente o instrumento destinado ao conhecimento e decisão da lide.

"O autor formulou o pedido, indicando os fatos e o direito em que se funda. Deu-se ao réu oportunidade para defender-se. Nessa oportunidade, este deduziu a defesa que tinha, contrariando os fatos ou o direito alegados pelo autor. Às afirmações dos fatos, do autor e do réu, segue-se a sua prova.

"Terá o juiz que considerar as afirmações dos fatos e a respectiva prova, a fim de convencer-se da verdade dos mesmos, isto é, da certeza dos fatos. A verdade é uma só: ou os fatos alegados pelo autor são verdadeiros, ou não o são" (Primeiras

Linhas de Direito Processual Civil, 17ª ed., Saraiva, 1995, vol. III, pág. 9).

E continua:

“Na primeira hipótese, impõe-se outro raciocínio: se dos fatos resultam conseqüências jurídicas, isto é, se os fatos criam uma situação contemplada pela lei e por ela regulada. Terá o juiz, pois, de considerar o fundamento jurídico do pedido.

“Na formação da sentença, terá assim o juiz de estabelecer duas premissas: uma referente aos fatos, outra referente ao direito. São as premissas do silogismo.

“Diz-se, assim, que a sentença, na sua formação, se apresenta como um silogismo, do qual a premissa maior é a regra de direito e a menor a situação de fato, permitindo extrair, como conclusão, a aplicação da regra legal à situação de fato.

“De um modo geral assim o é. Dado que o direito regule a situação de fato acertada, a decisão terá aplicação da lei à espécie. Assim, por exemplo, no pedido de indenização resultante de ato ilícito: Premissa maior: ‘Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano’ (Código Civil, art. 159). Premissa menor: O réu agiu com imprudência, causando prejuízo ao autor. Conclusão: o réu deverá satisfazer o prejuízo causado ao autor” (op. cit., pág. 10).

Fulminando:

“É verdade, entretanto, que rarissimamente a sentença se contém num único silogismo. De ordinário o juiz terá de desenvolver um trabalho

lógico complexo, formulando silogismos vários, das conclusões de um se servindo para formar outros, de modo a chegar à conclusão final. E não só de silogismos se valerá o juiz para chegar à decisão, mas dos mais variados processos lógicos terá de utilizar-se. Assim, por exemplo, da analogia terá de valer-se, muitas vezes, na aplicação do direito, quando a lei for omissa quanto à situação de fato posta em Juízo. Daí dizer-se que a sentença é produto de um trabalho lógico do juiz, ou, conforme ensinamento de Couture, que é um ato lógico, resultante da crítica que o juiz faz dos fatos e do direito, para chegar a uma conclusão” (op. cit., pág. 10).

Assim, validadas as repactuações havidas, nas quais, mediante concessões mútuas, as partes chegaram a um consenso, dando-lhes efeito de transação, evidentemente não havia como abordar-se a temática de OTN pro rata tempore, porque se tratava de questão vencida entre as partes.

Rejeitadas as preliminares passa-se ao exame do mérito.

O apelante insiste na questão da correção pro rata tempore e, mais uma vez, não se pode passar ao largo das transações celebradas entre as partes.

Apenas para aclarar adequadamente a quaestio, deve-se enfrentar a situação concreta.

Realmente a apelante celebrou com o apelado dois contratos de financiamento com recursos oriundos do Bndes e Finame, dos quais resultaram as cédulas de crédito industrial número 896003-8, emitida em 12/10/89 (fls. 15/27) e número 900036-4, emitida

em 22/2/90 (fls. 30/37), época dos famosos planos econômicos.

Possibilitou o credor (Bndes) que seu agente financeiro (Badesc) prorrogasse os prazos de pagamento repactuando os contratos primitivos com os devedores.

A apelante valeu-se dessa oportunidade e, em 26/7/91, repactuou a cédula n. 896003-8, assumindo o débito de NCz\$ 1.211.908,82, para pagamento em 75 prestações mensais, com término em 9/10/97.

Em tal aditivo cedular consta, ainda, a seguinte cláusula:

“A mutuária declara que reconhece a plena regularidade e integral legitimidade do critério adotado pelo Bndes até o advento da Lei n. 8.177, de 1º/3/1991, para a atualização monetária do saldo devedor, decorrente da Cédula ora aditada, pelo índice de Preços ao Consumidor — IPC, nada mais tendo a reclamar ao Bndes e ao Badesc, presente ou futuramente, em razão da adoção do aludido critério e do pactuado nesta cédula” (fls. 28).

Relativamente à Cédula n. 900036-4, a repactuação ocorreu em 31/7/91, tendo a apelante assumido o débito de NCz\$ 35.449.625,00, para pagamento em 84 parcelas mensais, com término em 9/8/98.

Novamente foi reproduzida cláusula idêntica à anterior (fls. 39/40).

Tem-se, então, a fixação dos valores dos débitos, com a aceitação expressa da apelante acerca da atualização monetária, a prorrogação dos vencimentos primitivos e aumento do número de prestações, ou seja, novas condições foram estabelecidas entre as partes, visando a facilitar o adim-

plemento das obrigações assumidas nos contratos originários.

Isso, realmente, tem todos os contornos de uma transação, porquanto houve concessões mútuas e troca de obrigações recíprocas para evitar o litígio.

Já nos idos de 1928, Affonso Fraga, em doutrina erudita, conceituava o instituto da transação, veja-se:

“O Código Civil, que seguiu essa corrente, aliás, a de doutrina mais pura, dispondo no art. 1.025 — ser lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões recíprocas, tem de facto fornecido todos os elementos para uma perfeita definição do instituto da transacção, pois esta em synthese não é outra coisa senão — o contracto pelo qual, mediante concessões recíprocas, se previne ou termina uma lide.

“Essa noção, com ser clara e concisa, parece rigorosamente exacta.

“A locução conceitual — previne ou termina uma lide, refere-se tanto á lide actual ou já suscitada como á futura e provável e, como ambas sup põe a existência de uma relação jurídica incerta ou duvidosa, segue-se que por ella o objecto do contrato fica perfeitamente determinado pela exclusão dos direitos certos e líquidos (...).

“Também a inclusão de cláusula — mediante concessões recíprocas, correspondente a exigida pela Lei 38 Cod. L. 2, Tit. 4, aliquo dato, vel retento seu promisso, é indispensável á perfeição do conceito deste instituto, porque, como bem fazem sentir os juristas, é a reciprocidade de sacrifícios feitos pelas partes para chegarem á

composição o que caracteriza a transacção e a distingue de outros institutos jurídicos similares (30)" (Da Transacção ante o Código Civil Brasileiro, Livraria Academica Saraiva & C., págs. 19/20).

A propósito dos caracteres da transacção, Carlos Alberto Dabus Maluf preleciona:

"Considerada como um contrato, a transacção apresenta os seguintes caracteres:

"1º) É um contrato bilateral, sinalagmático. Todos os contratos bilaterais têm o seu fundamento na troca de obrigações recíprocas, uma e outra essenciais à formação do negócio jurídico, e a transacção, supondo igual troca, é evidente que não pode deixar de revestir o mesmo carácter.

"2º) É um contrato consensual, pois se completa pela simples manifestação da vontade das partes, sem depender, para sua eficácia, da tradição das coisas que cada uma delas se tenha obrigado a entregar. Portanto, a transacção se classifica entre os contratos consensuais, porque, ao contrário dos que se aperfeiçoam pela tradição da coisa, como o mútuo, o depósito etc., ela se forma pelo consenso das partes.

"3º) É um contrato a título oneroso, atento a que cada uma das partes obriga-se a fazer concessões recíprocas, isto é, realizar uma em favor da outra uma prestação de dar, fazer ou não fazer" (A Transacção no Direito Civil e Processo Civil, 2ª ed., Saraiva, 1999, págs. 47/48).

Assim, uma vez configurada a transacção vale o comando do art. 1.030 do Código Civil, o qual preceitua:

"A transacção produz entre as partes o efeito de coisa julgada, e só se rescinde por dolo, violência, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa".

Nas palavras do mestre Washington de Barros Monteiro "a transacção oferece realmente pontos de contato com a sentença, mas com esta não se confunde. Em verdade, pela primeira, as partes decidem, por si e entre si, a demanda que as separa. Uma vez efetivada, equipara-se a sentença irrevogável, adquirindo todos os efeitos da coisa julgada e, como tal, oposta pode ser à outra parte" (Curso de Direito Civil, 28ª ed., Saraiva, 1995, 4º vol., pág. 314).

Neste Órgão Fracionário já se fixou:

"Nos termos do art. 1.025 do Código Civil, é facultado aos interessados prevenir ou encerrar litígios mediante concessões mútuas. É o que se denomina transacção, a qual tem, entre as partes, eficácia de coisa julgada (CC, art. 1.030)" (Ap. Cív. n. 98.011579-5, de Blumenau, Des. Trindade dos Santos, j. 9/2/99).

Não tivessem havido as reapertuações das cédulas, ou houvesse a recorrente comprovado qualquer dos vícios apontados no art. 1.030 do Código Civil, então sim seria possível pretender a aplicação da correção monetária pro rata tempore, como admitido em inúmeros precedentes.

A decisão apelada, quando julgou improcedente a ação declaratória, o fez com inegável acerto.

No pertinente à utilização da TR como índice de reajustamento, a matéria é impertinente, porquanto as cédulas elegeram o IPC.

Quanto à comissão de permanência, impende-se gizar que é perfeitamente possível a sua pactuação, havendo vedação apenas a sua exigência cumulativa com a correção monetária, valendo a Súmula 30 do STJ.

Todavia, essas matérias serão apreciadas a tempo e modo, desca-bendo maiores digressões teóricas na presente ação declaratória.

Não se conhece, pois, do agravo retido e nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Silveira Lenzi e Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 13 de outubro de 1999.

*Eder Graf,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 99.008424-8, DE BLUMENAU**

**Relator: Des. Eder Graf**

*Estatuto da Criança e do Adolescente — Ação de destituição do pátrio poder — Ministério Público — Legitimidade ativa e interesse processual — Carência afastada.*

*A teor dos artigos 155 e 201, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Ministério Público é parte legítima para propor ação de destituição de pátrio poder, sendo indiscutível o seu interesse na propositura das ações dessa natureza.*

*Estatuto da Criança e do Adolescente — Ação de destituição do pátrio poder — Incúria da mãe quanto aos deveres maternos caracterizada.*

*É perfeitamente justificável a perda do pátrio poder quando restar evidenciada a incúria de mãe solteira quanto aos deveres de assistência material e afetiva ao seu filho, mormente quando tratar-se de criança em tenra idade que, em decorrência do completo abandono em que fora encontrada, apresentava um quadro clínico de desnutrição e outras doenças clinicamente comprovadas.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.008424-8, da comarca de Blumenau (Vara da Família, Infância e Juventude*

*e Registros Públicos), em que é apelante E. E. A., sendo apelado o órgão do Ministério Público:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

O órgão do Ministério Público da comarca de Blumenau ajuizou ação de destituição (perda) do pátrio poder contra E. E. A., assistida por sua mãe, R. A., afirmando que a filha da requerida, T. P. A., foi vítima da incurria da genitora, a qual não dispensava à criança os mais elementares deveres inerentes ao pátrio poder, em razão do que a menor contraiu várias doenças, tendo inclusive problema no seu desenvolvimento psicomotor, o que viola o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ressaltou que a demandada tinha notória vida dissoluta e que era omissa quanto à assistência material e psicológica da filha, razão por que esta foi colocada sob a guarda provisória de um casal que pleiteia atualmente a adoção da criança.

O Togado a quo deferiu a liminar de suspensão do pátrio poder, até o julgamento definitivo da causa, com supedâneo no art. 98, II, do ECA.

Em contestação, a requerida argüiu, em preliminar, a inépcia da inicial e a inexistência de legítimo interesse processual. No mérito, limitou-se a sustentar que os fatos narrados na inicial não mais se coadunam com o atual comportamento da genitora, e que, além disso, não constituiriam, por si só, motivo suficiente para a decretação da medida extrema de perda do pátrio poder.

Impugnada a contestação, o Magistrado proferiu despacho sanea-

dor, no qual afastou as duas preliminares argüidas na resposta.

Contra essa decisão, a requerida interpôs agravo de instrumento, ao qual se negou provimento.

Instruído o feito, as partes apresentaram suas alegações finas, por meio de memoriais, tendo a demandada pugnado pela realização de estudo social, o que foi determinado às fls. 170.

Após a apresentação do referido estudo e posterior manifestação das partes sobre este, julgou-se procedente o pedido inicial.

Irrresignada, a requerida apelou repisando a preliminar de ausência de legítimo interesse processual e, no mérito, reiterou a argumentação espousada em sua contestação, sobretudo quanto à inexistência de elementos fáticos atuais a ensejar a destituição do pátrio poder da genitora.

Contra-arrazoado o recurso, vieram os autos, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinado pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

Insiste a apelante na tese de que o órgão do Ministério Público é carecedor da presente ação de destituição do pátrio poder, por falta de interesse processual.

Contudo, não lhe assiste razão.

A redação do art. 155 do Estatuto da Criança e do Adolescente é de clareza solar:

“Art. 155. O procedimento para a perda ou a suspensão do pátrio poder terá início por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse”.

A respeito, José de Farias Tavares afirma:

“O procedimento será provocado pelo Promotor da Infância e da Juventude, com competência redundantemente expressa no inciso III do art. 201, como dever, aliás, de ofício” (Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, 3ª ed., Forense, 1999, págs. 150/151).

Em igual norte o escólio de Nívio Geraldo Gonçalves:

“O início do procedimento para a perda ou suspensão do pátrio poder incumbe ao Ministério Público, porque dentre as suas funções institucionais reside a de promover a ação civil pública para que se assegure a proteção da criança e do adolescente, nos termos da Constituição Federal (art. 129, III).

“Em tal caso, poderá provocar diretamente a jurisdição, sempre que tiver ciência dos fatos que traduzam quaisquer das hipóteses previstas no art. 395 do Código Civil” (Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, Forense, 1991, pág. 143).

O mesmo Estatuto Legal dispõe expressamente em seu art. 201, quanto à legitimação para agir:

“Art. 201. Compete ao Ministério Público:

“(…)

“III — promover e acompanhar as ações de alimentos e os procedimentos de suspensão e destituição do pátrio poder, nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães, bem como oficiar em todos os demais procedimentos de competência da Justiça da Infância e da Juventude;

“(…)

“VIII — zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis”.

Ora, resta evidente que a intenção do legislador, nesse dispositivo, não é outra senão garantir a presença do Ministério Público em todo e qualquer procedimento da competência da Justiça da Infância e da Juventude, quer propondo as ações, quer intervindo obrigatoriamente nas demais como custos legis.

Hugo Nigro Mazzilli comenta:

“Por último, não podemos, aqui, deixar de enfatizar quão estreita é a ligação do Ministério Público com as normas de proteção à criança e ao adolescente, haja vista tratar-se de interesses sociais ou individuais indisponíveis.

“Analisando os principais direitos e interesses ligados à proteção da infância e da juventude, como foram elencados pelo art. 227, caput, da CF, vemos, com efeito, que a indisponibilidade é a nota predominante em todos eles. Com efeito, diz a Constituição ser ‘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’.

“Desta forma, não se pode excluir a iniciativa ou a intervenção ministerial em qualquer feito judicial em que discutam interesses sociais ou in-



dividuais indisponíveis ligados à proteção da criança e do adolescente; o mesmo se diga quando se trate de interesses coletivos ou difusos ligados à mesma defesa" (Estatuto da Criança e do Adolescente comentado, Malheiros, 1992, pág. 605).

E adita:

"A análise do Estatuto da Criança e do Adolescente, como um todo, reforça esta conclusão, seja quando cuida dos seus direitos fundamentais (arts. 7º e ss.: direito à vida e à saúde, à liberdade, ao respeito e à dignidade; à convivência familiar e comunitária, à educação, ao esporte e ao lazer; à profissionalização e à proteção do trabalho), seja quando cuida dos seus direitos individuais (arts. 106 e ss.)" (op. cit., pág. 618).

Portanto, o interesse processual do Ministério Público, nos processos que visem à perda ou à suspensão do pátrio poder, é ex vi legis, não se podendo falar em carência da ação.

No mérito, melhor sorte não tem a apelante.

É cediço que o instituto do pátrio poder sofreu substancial alteração no decorrer do tempo, restringindo os poderes quase absolutos outorgados antigamente ao chefe de família.

Assim, hodiernamente, segundo Washington de Barros Monteiro, "o pátrio poder é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos genitores. Melhor se denominaria de pátrio dever. Eis a paternidade responsável (Constituição de 1988, art. 226, § 7º)" (Curso de Direito Civil, 34ª ed., Saraiva, 1997, vol. 2, pág. 283).

E o mesmo autor complementa:

"Outrora, o pátrio poder representava uma tirania, a tirania do pai sobre o filho; hoje, é uma servidão do pai para tutelar o filho.

"Além dessa profunda transformação, cumpre ressaltar ainda a fiscalização complementar exercida pelo poder público. Sem perder de vista que a missão confiada ao pai se reveste de importância social, o poder público vigia, corrige, completa e algumas vezes supre a atuação daquele que exercita o pátrio poder.

"Sintetizando, podemos asseverar que, na hora presente, o pátrio poder é encarado como complexo de deveres, ou melhor, como direito concedido aos pais para cumprirem um dever. Deixou de ser assim direito estabelecido em favor dos genitores e no interesse de quem o exerce, para transformar-se num simples dever de proteção e direção, um meio que tem o pai para satisfazer seus deveres" (idem).

Em igual diapasão, J. M. de Carvalho Santos comenta:

"No Direito moderno, o pátrio poder já não tem o caráter com que se apresentava no Direito antigo, a ponto de ser equiparado ao mais absoluto e ao mais irresponsável de todos os Direitos, verdadeiro instrumento de prepotência, servido antes, como diria Lafaiete, em utilidade e vantagem do pai do que em benefício do filho.

"Tal como se concebe o pátrio poder, na atualidade, não é ele estabelecido no interesse exclusivo do pai ou da mãe, mas, antes de tudo e principalmente, no proveito dos filhos, como disse Testout, constituindo um meio que se lhes proporciona para que se



desobriguem do dever de educação que lhes é imposto pela natureza e pela lei.

“Donde a precisão do conceito de Laurent: o pátrio poder é antes de tudo um dever (Principes, vol. 4, n. 292), conceito que também é sustentado por Barasi, nestes termos bem significativos: ‘O pátrio poder presentemente pode ser concebido como um dever (um officium) do que como um direito: o nome potestá não é senão uma sobrevivência que perdeu sua antiga razão, mas que ainda hoje denota a relação de subordinação em que o filho, que dele é objeto, se acha em face do genitor” (Istituzioni di Diritto Civile, § 127)” (Código Civil brasileiro interpretado, 6ª ed., Freitas Bastos, 1956, vol. VI, págs. 40/41).

Arrematando:

“E a idéia de dever afasta a possibilidade de ser tido o pátrio poder com outro caráter que não o de favorecer os filhos, no interesse da sociedade e da nação, que conta neles com a sua reserva para o futuro, porque os direitos do pai, sendo deveres, são direitos enquanto não prejudicam e afetam os interesses e os direitos dos menores e da sociedade, sempre preponderantes e colocados pela lei acima de tudo.

“Ora, se o pátrio poder é instituído antes em proveito do filho e da sociedade, como se viu, resulta claro que não pode ser havido como um direito absoluto, mas, antes, como um direito que deve ser fiscalizado pelo Estado, representante do poder social, para evitar abusos” (op. cit., pág. 42).

In casu, restou incontroverso nos autos a incúria da requerente quanto aos deveres maternos, a qual

não dispensava à filha os cuidados mais elementares que lhe competia como genitora, tendo, inclusive, abandonado a criança, então com dois anos de idade, na creche, tanto que esta teve de pernoitar na residência de uma servidora, ensejando a ação do Conselho Tutelar, que recolheu a menor à Casa da Criança e deu conhecimento ao juiz competente (fls. 30).

Naquelas circunstâncias, a criança foi confiada à guarda provisória de um casal, que atualmente pleiteia a sua adoção, permanecendo esta situação retratada até a presente data, segundo consta dos autos.

É de se ressaltar que, na época, a infante (fruto do abandono material e moral da mãe) foi levada ao médico pela coordenadora da creche, apresentando um quadro clínico de desnutrição e infecções generalizadas, como também diarréia, vômito, sarna, catapora e verminose, consoante comprova o atestado médico de fls. 16.

Portanto, a grave situação de abandono material da criança, com seqüelas até sob o aspecto psicológico, motivou a ação do Ministério Público.

Outrossim, a liminar de fls. 32, suspendendo o pátrio poder da apelante, pautou-se no previsto no art. 157 do ECA.

É verdade que o pedido de adoção antecedeu a presente ação, mas também é verdade que está ela sobrestada e em apenso, como se observa ictu oculi, razão pela qual toda a argumentação em torno dessa temática é despicenda.

De outra parte, como demonstram as provas coligidas durante a instrução, a apelante, à época, levava uma vida dissoluta, embriagando-se e prostituindo-se copiosamente, o que viola os deveres inerentes ao exercício do pátrio poder (art. 395, II e III, do Código Civil e art. 22 c/c 24 do ECA).

Com relação à alteração superveniente de conduta da recorrente, que vive maritalmente com outro homem, isso em nada altera o que ocorrera no passado e motivara a ação da Justiça da Infância e da Juventude, colocando a criança em família substituta, mediante guarda.

O estudo social de fls. 26/28, elaborado em 10/11/95, é eloqüente em evidenciar fortes laços entre o casal e a criança nos dois anos de convívio tranqüilo e sadio (desde 29/11/93).

Agora são passados mais de seis anos e a criança está com oito anos de idade. Reverter ao statu quo ante seria uma iniquidade pelos profundos reflexos na sua formação, que deve ser hígida sob o aspecto da saúde física e psicológica.

Aliás, no parecer do Ministério Público ad quem, explicitou-se muito bem, in verbis:

"No que se refere à questão de estar baseada a referida ação em fatos pretéritos, aproxima-se da perplexidade a estranheza que tal alegação acarreta. Faz-se perfeitamente lógico que ao demandar alguém, o autor impute a ele fatos passados, haja vista a incoerência de ofertar demanda por fatos futuros que ao menos sejam conhecidos.

"A situação fática que levou o Órgão Ministerial a requerer tutela jurisdicional foi a conduta adotada pela

recorrente enquanto em poder de sua filha.

"A priori, há que se alinhar o atendimento prestado à recorrente, pelo Conselho Tutelar, a pedido de sua mãe (fls. 30). A recorrente, de há muito já causava problemas na família, negligenciava a pequena infante que passava a maior parte do tempo aos cuidados da avó materna. Em não bastando, segundo alegações da mãe da recorrente, esta saía de casa sem dizer onde estava, freqüentava bares e praticava a prostituição. E ainda, que em decorrência das atitudes da apelante com a filha, vinha esta apresentando problemas de saúde.

"Urge salientar, contudo, que as atitudes acima assentadas não foram o motivo desencadeador do pedido de destituição de pátrio poder.

"De conformidade com o que se infere dos autos, no dia 9 de novembro de 1993, a menor T. P. A. foi deixada no Cebem — Santa Terezinha, localizado no bairro Água Verde, sendo que lá foi esquecida tendo que pernoitar na casa de uma funcionária da citada creche.

"No dia seguinte, o Conselho Tutelar foi acionado, e a criança abandonada foi levada para o Abrigo Casa da Criança.

"Naquela entidade constatou-se que o estado em que se encontrava a criança era grave, sendo esta portadora de várias doenças tais como sarna, giárdia lãnbliã, catapora, desnutrição e outras atestadas pelo médico pediatra que a atendeu, às fls. 14 e 16.

"Com o estudo social realizado, após determinação judicial, comprovou-se o que já era notório: uma crian-

ça em estado de saúde lastimável devido as negligências da mãe, que afirmou não só tê-la medicado com remédio de outra criança sem levá-la ao médico, como também que já deu vinho para a filha (fls. 17 usque 25).

“Os depoimentos coligidos não dissentem dos fatos narrados, entretanto, atente-se, principalmente para o depoimento da testemunha Gláucia Silva Wirth, às fls. 145:

‘Que a depoente atendeu a criança objeto da presente ação como Conselheira Tutelar; que foi a depoente que pegou a criança na creche e levou-a para o abrigo; que a depoente confirma todos os seus termos, os dizeres do ofício pela depoente remetidos a esse Juízo em 16/11/93, em apenso; que quando encaminhada para o abrigo a criança encontrava-se em estado lastimável e quase não reagia; que estava em estado lastimável tanto de saúde quanto psicologicamente, apresentando forte diarreia e não reagindo aos estímulos, permanecendo bastante apática; que a requerida também tinha um relacionamento bastante difícil com a Coordenadora e as professoras da Creche; que apenas deixava a criança na creche para que os outros cuidassem, não se importando com sua saúde; que logo após o recolhimento da criança ao Abrigo a depoente procurou contatar com a requerida, deslocando-se até uma residência no bairro da Velha onde ela estava morando provisoriamente, mas não lembra se naquela ocasião encontrou ou não a requerida em casa, lembrando apenas que a dona da casa comentou que estava pressionada pelo marido, para que a requerida saísse da casa, pois não podiam mais

ficar com ela lá; que não lembra se após levar a criança para o Abrigo e antes de procurar pela requerida na casa em que morava no bairro da Velha, se foi procurada por algum outro familiar da mesma” (fls. 262/264).

E ainda mais:

“No que tange à afirmação acerca do seu bom comportamento atual, se não fossem tomadas as medidas cabíveis à época dos fatos, será que as mesmas teriam ocorrido? Teria a pequena criança resistido a tamanha negligência e irresponsabilidade? Se nos remetermos ao laudo médico que atestava a inumerável quantidade de doenças que a menina T. era portadora quando foi levada ao Abrigo, teremos por certo a resposta negativa.

“Não procede, também, a alegação da recorrente onde alega que não lhe foi proporcionado auxílio pelo Conselho Tutelar, diante de sua própria afirmação de ‘que logo após ao recolhimento da criança, procurou a Dra. Gláucia do Conselho Tutelar e juntamente com ela foi na casa de uma colega da depoente, onde a depoente poderia morar com sua filha, mas lá chegando, as crianças de sua colega Maria Aparecida Salvador estavam com catapora, o que inviabilizou naquele momento que a depoente fosse morar com sua filha’.

“Quanto ao afastamento da criança T. do lar substituto, entendemos ser medida incabível em face do fato de estar perfeitamente integrada com a nova família, recebendo todos os cuidados materiais e emocionais que se fazem necessários, conforme os estudos psicossociais realizados. E, ainda, exsurge dos autos que as visitas, tanto da mãe quanto da avó, resumi-

ram-se a duas no período de cinco anos em que a criança convive com a família substituta. Percebe-se, dessa forma, o descaso para com a menor T., chegando-se mais uma vez à conclusão de que o melhor lugar para ela é onde está, ou seja, com o casal L. e C. V." (fls. 265/266).

Assim, em que pese o hercúleo esforço do erudito patrono da apelação, nas razões da apelação que se espraíam por vinte e oito laudas, não pode prosperar a irresignação, haja vista que a sentença apelada encontrou a melhor solução para acautelar os direitos e interesses da infante, que preponderaram sobre quaisquer outros, por

mais relevantes que sejam, ante a visão do art. 6º da Lei n. 8.069/90.

Nega-se, pois, provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Silveira Lenzi e Cláudio Barreto Dutra. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros.

Florianópolis, 30 de novembro de 1999.

*Eder Graf,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 50.967 (88.088124-1), DE LAGES**

**Relator: Des. Alcides Aguiar**

*Apelação cível — Responsabilidade civil — Acidente de trabalho — Morte por eletrocussão — Ausência de condições de segurança — Culpa da empregadora solidária com a empresa fornecedora de energia elétrica — Obrigação de indenizar — Honorários advocatícios — Percentual fixado sobre a soma das parcelas vencidas mais uma anuidade das vincendas — Pretendida incidência também sobre o capital necessário a assegurar o cumprimento da obrigação — Inacolhimento — Ilícito relativo (culpa contratual) e não absoluto — Inaplicabilidade do § 5º do art. 20 do CPC — Apelos desprovidos.*

*Ao empregador incumbe fornecer ao empregado os instrumentos de trabalho indispensáveis não só a sua fiel mas sobretudo segura execução. Em faltando com tal dever incumbe-lhe arcar com os danos causados ao preposto. A culpa concorrente deste só deve ser reconhecida se comprovada satisfatoriamente.*

*“O § 5º do artigo 20 do Código de Processo Civil, sendo texto de natureza excepcional e devendo, portanto, ser interpretado estri-*

*tamente, só se aplica aos casos de ilícito absoluto (a denominada responsabilidade extracontratual), não abarcando as hipóteses de inadimplemento contratual (a chamada responsabilidade contratual), para as quais persiste a jurisprudência do STF, no sentido de que a base de cálculo sobre a qual incidem os honorários de advogado é o resultado da soma do valor das prestações vencidas e de doze das vincendas” (RE n. 92.259, STF, Min. Moreira Alves).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 50.967 (88.088124-1), da comarca de Lages (2ª Vara), em que são apelantes Vidraçaria Almirante Soares — ME e outros, sendo apelados Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A — Celesc e outros:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento a ambos os recursos.

Custas na forma da lei.

Lenir Santos Oliveira por si e representando seus filhos menores impúberes, Daniel Oliveira Siqueira e Daniele Oliveira Siqueira, com 7 e 4 anos de idade respectivamente, ajuizaram ação de reparação de danos c/c indenização contra Vidraçaria Almirante Soares — ME e Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A em virtude do falecimento de Peraci Santos Oliveira Siqueira, esposo da autora e pai dos menores.

Consignam que Peraci trabalhava na firma Vidraçaria Almirante Soares — ME, na função de vidraceiro. No dia 19 de fevereiro de 1988, por volta das 13h30min, quando trabalhava na colocação de vidros em janelas do edifício em construção de propriedade do Sindicato dos Empregados do Comércio de Lages, juntamente

com dois colegas, ao manobrar um deles uma escada de ferro encostou-a nos fios da rede elétrica de alta tensão que passa rente ao citado prédio, recebendo uma forte descarga elétrica. O resultado do infortúnio foi a morte de Peraci Santos Siqueira minutos depois e ferimentos graves sofridos por Luiz Soares e João Soares, este último vindo também a falecer em 25/2/1988.

Atribuíram a responsabilidade pelo evento à Vidraçaria Almirante Soares — ME, por ser o falecido seu empregado e ainda porque não oferecia seguro que cobrisse sinistros; e, às Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A — Celesc por não manter a segurança necessária a fim de evitar o risco.

Requereram pensão mensal correspondente ao valor que auferia o de cujus na empresa requerida, da data do acidente até que a vítima completasse 65 anos, corrigida pelo salário mínimo e acrescida de juros de 1% ao mês. Quanto às vincendas deverá ser constituído um capital, na forma do art. 602 do CPC, garantidor do valor da pensão, inclusive acrescida do 13º salário; indenização por danos morais sofridos pelos autores fixada em 516 (quinhentos e dezesseis) salários mínimos, sendo que a parte dos menores deverá ser depositada em

caderneta de poupança; honorários advocatícios na base de 20% sobre o total da condenação; a produção de todos os meios de provas permitidas; e, por fim, os benefícios da assistência judiciária gratuita.

Juntaram documentos (fls. 12/41).

Em contestação, preliminarmente, a empresa empregadora denunciou à lide o Sindicato dos Empregados no Comércio de Lages. No mérito, sustentou que as vítimas não agiram com culpa, atribuindo-a exclusivamente à empresa Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A — Celesc por ter retirado o isolamento da rede de alta tensão antes do término da obra.

Aduziu que estava com toda a documentação trabalhista do de cujus em dia, sendo que os dependentes deste receberam os benefícios devidos pelo órgão previdenciário; e que em nenhum momento a empresa ré obrou com culpa.

Requereu a improcedência da ação e a consequente condenação dos autores nas custas processuais e honorários advocatícios.

Juntou documentos (fls. 50/55).

Em resposta, as Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A — Celesc denunciou à lide o Sindicato dos Empregados no Comércio de Lages, e, no mérito, sustentou que não foi omissa em suas obrigações, responsabilizando a empresa Almirante Soares, o Sindicato e a própria vítima pelo acidente.

Aduziu que as instalações elétricas do local respeitam as exigências das normas técnicas, destacando que

não houve qualquer solicitação à concessionária elétrica referente ao isolamento do local para a colocação de vidros.

Alegou ser indevida a indenização por danos morais por falta de fundamentação e comprovação; e, em relação à pensão mensal, insurgiu-se quanto ao marco final (65 anos).

Devidamente citado (fls. 64), veio integrar à lide o Sindicato dos Empregados no Comércio de Lages.

Suscita este, preliminarmente, a ilegitimidade passiva, alegando não possuir nenhum vínculo contratual com a vítima ou com a Celesc.

No mérito, alegou que o órgão previdenciário prestou a assistência devida aos beneficiários, e, nos termos da Súmula 229 do STF a indenização previdenciária exclui a do direito comum.

Atribuiu a culpa pelo sinistro unicamente à vítima que cometeu erro primário, destacando que não houve culpa por parte do empregador.

Assentou ser inadmissível reparação por danos morais em nosso direito positivo, observando que, caso haja procedência, deverá ser descontado 1/3 (um terço) da pensão requerida pelos autores.

Por fim requereu a improcedência da ação juntando documentos (fls. 75/108).

Os autores impugnaram as contestações (fls. 107/113), alegando, em síntese, a falta de autenticação dos documentos de fls. 52/55, aduzindo que os responsáveis pelo evento danoso, direta e indiretamente, se restringem à firma empregadora e à concessionária de energia elétrica, não

devendo ser acolhida a denúncia. Destacou, ainda, que de acordo com o art. 30 do Decreto-Lei n. 7.036/44 a concessão dos benefícios previdenciários não exclui a indenização do direito comum.

Impugnando a contestação da litisdenunciada, as demandadas manifestaram-se pela permanência do Sindicato na lide. A Celesc isentou-se da culpa pelo evento responsabilizando a primeira demandada por manter relação contratual com a vítima e o litisdenunciado — Sindicato — que contratou os serviços da ré.

Saneado o feito foi realizada audiência de instrução e julgamento. A proposta de conciliação restou inexitosa e, ato contínuo, foram ouvidas testemunhas arroladas pelas partes (fls. 144/147v. e 159).

Foram apresentadas alegações finais por memoriais onde a autora (fls. 165/167) destacou que de acordo com as provas juntadas aos autos ficou cristalinamente demonstrada a responsabilidade das demandadas pelo evento. Já o Sindicato dos Empregados no Comércio de Lages manifestou-se (fls. 168/169) pela improcedência da litisdenúnciação por não manter nenhum vínculo trabalhista com a vítima, e, ainda, que não está obrigado a ressarcir os denunciante.

O representante do Ministério Público manifestou-se pela procedência da ação (fls.171/175).

Em atendimento ao despacho (fls. 177/178) a empresa Vidraçaria Almirante Soares apresentou suas alegações finais pela improcedência ou a procedência somente com relação à Celesc (fls. 180/183).

Em nova manifestação (fls. 186) o órgão ministerial ratificou seu parecer.

Sobreveio sentença julgando procedente em parte o pedido, excluído da responsabilidade o Sindicato.

Irresignados com a prestação jurisdicional apelaram a Vidraçaria Almirante Soares e os autores.

A primeira apelante alega que há culpa concorrente da vítima, que, sem que se tenha iniciado ainda o expediente normal, de forma isolada, tentou puxar a escada para o teto do edifício, quando outro ajudante o auxiliaria nesse mister, provocando o evento trágico, pois, por sua culpa exclusiva, também ceifou a vida do filho do proprietário da empresa-apelante e seqüelas no outro filho, e da Celesc, que negligenciou a solicitação de isolamento da rede de alta tensão.

Os segundos insurgiram-se quanto à fixação da verba honorária, alegando que esta deve ser fixada sobre o valor da condenação, ou seja, a soma das prestações vencidas com o valor do capital necessário às prestações vincendas.

Oferecidas as contra-razões, pelos autores-apelados e pela Celesc, o órgão ministerial manifestou-se pela improcedência do recurso apresentado pela empresa-empregadora e procedência quanto à irresignação dos autores.

Já neste Grau de Jurisdição ofertou seu parecer o douto Procurador de Justiça no sentido de negar provimento ao recurso interposto pela Vidraçaria Almirante Soares — ME e dar-se provimento ao apelo dos autores.



É o relatório.

Trata-se de ação de reparação de danos c/c indenização por morte em acidente de trabalho julgada parcialmente procedente.

Não merece reparo a r. sentença.

Depreende-se dos autos, pelas provas colacionadas, que houve culpa concorrente entre a empresa empregadora e a concessionária elétrica, tendo esta deixado correr in albis o prazo recursal, o que vale dizer, diante do seu silêncio que aceitou os termos da decisão monocrática.

Da análise dos autos denota-se a responsabilidade da empresa empregadora, quando deixou de fornecer aos seus empregados instrumento de trabalho, especialmente escada de madeira e não de ferro ou metálica, e, ainda assim, emprestada pelo Sindicato, proprietário do edifício, diante do trabalho perigoso a empreender — colocação de vidros em prédio com reduzido distanciamento deste da rede elétrica de alta tensão ou a 2,40m apenas desta — conforme laudo técnico de fls. 31.

De acordo com o laudo pericial:

“A perícia nos exames estabeleceu que as vítimas não usavam e não possuíam no seu material de trabalho qualquer equipamento de segurança para serviço em lugares altos e que oferecem perigo” (fls. 32).

Como ainda acentua o nobre parecerista de Segundo Grau: “...obrou por omissão a recorrente-empregadora, de vez que não solicitou qualquer providência na Celesc para desligar os fios de alta tensão que margeavam o prédio, a uma dis-

tância de 2,40m (...)”. Se o empregado estava a seu serviço, cumpria-lhe dar e/ou providenciar a segurança indispensável ao exercício do trabalho, assaz perigoso. Afasta-se, a propósito, a pretendida concorrência de culpa da vítima. Ainda que esta tivesse iniciado o trabalho antes do expediente, nem por isso se lhe pode irrogar a responsabilidade no infortúnio, desde que a empregadora é que se houve com omissão, como já assinalado, hábil de per si a causar o dano. De notar, como bem ressaltado nas contra-razões, que a vítima trabalhava na ocasião na companhia de mais dois empregados, e não isoladamente, sendo que estes justamente eram filhos do proprietário da empresa apelante, ambos também vitimados, um deles fatalmente.

A recorrente, pois, descumpriu as regras ordinárias de prevenção e proteção cometidas ao empregador, art. 157, CLT, e mesmo que leve — que não é o caso — tivesse sido a sua culpa tal lhe acarreta a obrigação de indenizar.

Esta colenda Câmara assim já decidiu:

“Acidente do trabalho — Pedreiro — Eletrocussão — Culpa do empregador — Indenização de direito comum — Pensão e danos morais.

“É admissível a postulação indenizatória tanto na esfera do direito acidentário, quanto na do direito comum, independentemente de caracterização de culpa grave do empregador. De qualquer sorte, ocorrendo culpa da empresa, demonstrada pelo descumprimento das regras do art. 157 da CLT, que tratam da segurança e medicina do trabalho, há o dever de indenizar os danos ocasionados ao



obreiro, no exercício de suas atividades.

“O perecimento do esposo e do pai acarreta profunda dor e tristeza aos membros da família, ocasionando sentimento de perda irreparável, eis que privados, para sempre, do seu convívio, assistência e proteção, sendo devida a indenização por danos morais, pois ‘Não se cuida, assim, de ressarcir os danos materiais, apenas, como despesas com o tratamento da vítima, e seu funeral, mas sim propiciar aos seus familiares ainda uma compensação pecuniária reparatória do dano moral, que lhes possibilite, para satisfação pessoal e conforto espiritual, tributar à memória do falecido o preito de saudade e reverência póstuma’ (Yussef Said Cahali, in Dano e Indenização, RT, 1980, pág. 42)” (Apelação Cível n. 97.000225-4, de Criciúma, rel. Des. Francisco Borges).

No mesmo sentido:

“Apelação cível — Responsabilidade civil — Acidente de trabalho — Ausência de condições de segurança — Culpa da empregadora — Apelo provido — Sentença reformada.

“A empresa empregadora responde por sua omissão quando não providencia segurança no ambiente de trabalho, onde o risco de acidente é previsível por sua própria natureza, ainda mais se, por consequência, o empregado lesiona-se” (Apelação Cível n. 98.011259-1, de Xanxerê, rel. Des. Carlos Prudêncio).

E ainda:

“Apelação cível — Acidente de trabalho — Indenização — Culpa do empregador in eligendo — Aplicação da norma constitucional a fato pretérito — Consagração constitucional vi-

sando impedir disposição contrária de lei ordinária — Inexistência de direito novo — Recurso improvido — Sentença condenatória mantida — Apelo desprovido — Voto vencido.

“É responsável civilmente o empregador pela má escolha do preposto que, no exercício vinculado de funções, ao desprezar norma de conduta, causa ato ou fato danoso prejudicando outrem.

“A comprovação do grau de culpa foi suprimida pelo art. 7º, inc. XXVII, da CF/88, que erigiu o entendimento de que mesmo a culpa levíssima é suscetível de indenização por parte do empregador (grifei).

“O novo preceito constitucional alcançará fato pretérito, sem, contudo, violar a norma ordinária — art. 1.521, inc. III — já que não dispôs de modo diverso, expungindo, apenas, a necessidade de comprovação da culpa grave” (Apelação Cível n. 97.010184-8, de Criciúma, relator o subscritor).

Merece agasalho, por seu turno, o apelo dos autores no que tange à fixação dos honorários advocatícios.

Também não merece agasalho o apelo dos autores quando pretendem que o percentual da verba honorária incida mais sobre o capital necessário a garantir as prestações vincendas, como preconiza o § 5º do art. 20 do CPC, verbis:

“§ 5º — Nas ações de indenização por ato ilícito contra pessoa, o valor da condenação será a soma das prestações vencidas com o capital necessário a produzir a renda correspondente às prestações vincendas (art. 602), podendo estas ser pagas, também mensalmente, na forma do § 2º do

referido art. 602, inclusive em consignação na folha de pagamentos do devedor”.

Ocorre que não se está na espécie diante de um ilícito absoluto (responsabilidade extracontratual) que implicaria na aplicação da regra supra, mas de um ilícito relativo advindo de culpa contratual contínua da inobservância pelo empregador da norma de segurança em relação à execução do trabalho pelo empregado.

Com efeito:

“A responsabilidade do empregador não decorre, automaticamente, do risco da atividade por ele criada, mas do descumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho, que são inerentes ao contrato de trabalho ou relação de emprego” (2ª TACívSP, 5ª C., rel. Laerte Sampaio, j. 25/3/97, RT 745/285).

A propósito, a jurisprudência:

“Honorários de advogado. Incidência imediata de lei relativa a honorários advocatícios. Interpretação do § 5º do artigo 20 do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei n. 6.745, de 5 de dezembro de 1979.

— Em se tratando de sucumbência — inclusive no que diz respeito a honorários de advogado — os novos critérios legais de sua fixação se aplicam aos processos em curso, inclusive em grau de recurso extraordinário, quando este, por ter sido conhecido, dá margem a que se julgue a causa, e, portanto, se aplique a lei que esteja em vigor na época desse julgamento.

— Distinção entre ato ilícito (ilícito absoluto) e inadimplemento

contratual decorrente de culpa (ilícito relativo).

— Ato ilícito contra pessoa somente ocorre quando há ilícito absoluto, e não quando existe inadimplemento contratual, hipótese em que apenas se verifica ato contra o conteúdo do contrato.

— O § 5º do artigo 20 do Código de Processo civil, sendo texto de natureza excepcional e devendo, portanto, ser interpretado estritamente, só se aplica aos casos de ilícito absoluto (a denominada responsabilidade extracontratual), não abrangendo as hipóteses de inadimplemento contratual (a chamada responsabilidade contratual), para as quais persiste a jurisprudência do STF no sentido de que a base de cálculo sobre a qual incidem os honorários de advogado é o resultado da soma do valor das prestações vencidas e de doze das vincendas.

“Recurso extraordinário conhecido e provido” (Recurso Extraordinário n. 92.259, RJ, STF, 2ª T., rel. Min. Moreira Alves, in RTJ 98/394).

De igual sorte vem decidindo o colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Os honorários de advogado em ação indenizatória devem ser calculados, segundo a taxa estabelecida, sobre a soma do vencimento e de doze das prestações vincendas” (3ª T., REsp. n. 12482—SP, rel. Min. Dias Trindade, j. 3/9/91, DJU 9/3/92, pág. 2.575).

Ainda da 4ª Câmara do Direito Privado do TJSP:

“Os honorários advocatícios foram corretamente fixados em percentual incidente sobre a soma das

prestações vencidas e mais 12 meses das vincendas, não se aplicando o art. 20, § 5º, do CPC, à ação de indenização por acidente do trabalho, com base no direito comum (Apelação n. 237.786-1, 12/12/95)" (in Honorários Advocáticos, de Yussef Said Cahali, 3ª ed., Ed. RT, pág. 1.019).

Neste egrégio Tribunal de Justiça prevalece igual posicionamento:

"Apelação cível — Acidente do trabalho — Direito comum — Indenização por danos material e moral — Acidente in itinere — Culpa caracterizada da empregadora — Dever de indenizar.

"Constituição de capital. Art. 602 do CPC.

"(...)

"Verba honorária arbitrada em 20% do valor total de condenação. Impossibilidade. Exegese dos arts. 20, § 3º, e 260 do CPC.

"Ao tratar-se de ilícito relativo, o percentual da verba honorária deve incidir sobre a soma das parcelas vencidas mais doze das vincendas, e não sobre o valor total da condenação (...)" (Ap. Cív. n. 97.001836-3, rel.

Des. Silveira Lenzi, 3ª CC, j. de 7/4/98, unânime). Idem: Ap. Cív. n. 98.006798-7, rel. Des. Carlos Prudêncio, 1ª CC., j. de 25/8/98, unânime.

Enfim, inaplicável é o disposto no art. 20, § 5º, do CPC, às hipóteses de responsabilidade objetiva e de culpa contratual, como sucede na espécie.

Pelas razões expostas, nega-se provimento a ambos os recursos.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar, e dele participaram, também com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Borges e Nilton Macedo Machado. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 26 de agosto de 1999.

*João José Schaefer,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Alcides Aguiar,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 50.977 (88.088074-0), DE ANCHIETA**

**Relator: Des. Alcides Aguiar**

*Apelação cível — Ação demarcatória — Perícia — Quesitos parcialmente não respondidos — Ausência de recurso — Cerceamento de defesa incorrente — Preclusão — Direito — Ação julgada procedente — Presentes requisitos autorizadores da ação — Recurso desprovido — Sentença mantida.*

*Extingue-se, pela preclusão, o direito de praticar o ato se a parte não se insurge contra o despacho judicial a tempo e modo.*

*O fito da demarcatória é reavivar os rumos existentes ou fixar os que deveriam existir. Presente uma dessas situações impõe-se a procedência da ação.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 50.977 (88.088074-0), da comarca da Anchieta, em que são apelantes Sérgio Dewites e Magdalena de Deus Dewites, sendo apelados Anor Antônio Azolini e Deodete Ana Azolini:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Anor Antônio Azolini e sua esposa Deodete Ana Azolini ajuizaram ação demarcatória c/c restituição de terreno com seus rendimentos em face de Sérgio Dewites e sua esposa Magdalena de Deus Dewites.

Alegam ser senhores e possuidores de parte do Lote Rural n. 172, com área de 86.722,88m<sup>2</sup>, situado na linha São Pedro, na comarca de Anchieta, confrontando: ao noroeste com parte do lote rural n. 192, de propriedade de Jandir Azzolini, por linha seca; ao nordeste, com parte do lote n. 191, de Hilário Prior, Antônio da Silva e Ervandina Flores da Silva, por linha seca; ao sudoeste, com parte do lote n. 193, de Faustino Fossato, por linha seca; ao sudeste, com parte do lote n. 192, de José Amador Amaral Câmara, hoje dos requeridos, por linha seca. O cadastro do Incra leva o número 815.039.000.981, conforme R-02-116, do Cartório do Registro de Imóveis da Comarca.

Informam que naquela área encontram-se como arrendatários Valdir

Luiz Gavineski e sua esposa, conservando dessa forma a posse em nome dos autores. No ano de 1994 resolveram efetuar uma medição do terreno, contratando, para tanto, um agrimensor que tratou de executar seu trabalho não tendo maiores problemas em fazê-lo nos limites do terreno, à exceção da linha divisória ao sudeste, onde são proprietários os réus da presente actio. O agrimensor começou a medir a partir do meio de uma estrada lá existente, sendo que os réus não concordaram com a medição, ameaçando todos de morte, armando-se com facas e paus, colocando, inclusive, uma carga elétrica para impedir a continuidade da medição.

Aduzem que a medição estava respeitando as demarcações daquela área, tanto que as divisas sempre foram respeitadas por todos os proprietários anteriores; que quando os réus perceberam que estavam ocupando parte da área dos autores não concordaram com a medição e, tampouco, devolveram-na, ao contrário, foram até a lavoura dos autores armados com uma faca e um "porrete" e agrediram o arrendatário dos autores.

Enfatizam que a demarcação deve obedecer o título comprobatório e que a invasão ainda não completara um ano e um dia, de modo que requebrem a reintegração na posse da área esbulhada.

Contestando, os réus alegam que os autores não possuem nenhum título de domínio do lote n. 172, sendo que, na verdade, possuem dentro do

lote n. 192, uma área de 86.722,88m<sup>2</sup>, dividindo o terreno com mais três proprietários: Jandir A. Azzolini, proprietário de 72.600m<sup>2</sup>, Sérgio e esposa, com 34.277,12m<sup>2</sup> e Edson Fossato, com 65.400m<sup>2</sup>, que, somados, totalizam o lote rural n. 192, com área de 259.000m<sup>2</sup>.

Afirmam que nenhum desses proprietários possui título de domínio do lote n. 192, porque nunca foi feita uma medição do que realmente eles possuem, de modo que as medidas divisórias vêm sendo assim respeitadas há muito tempo.

Salientam que a medição que os autores tentaram fazer era totalmente arbitrária e clandestina, sem um acordo ou ciência dos possuidores do lote n. 192 e por pessoa não habilitada para tanto, de modo que impediram-no de realizá-la porque adentrava em suas posses, cujas divisas há muito são respeitadas; que a medição estava sendo feita de maneira equivocada porque deveria, a princípio, medir as quatro linhas do lote, para, então, fazer a sua divisão entre os proprietários, na proporção que cada um possui e compartilhando a sobra se existir.

Inexitosa a tentativa de conciliação, seguiu-se a nomeação de perito e a realização de perícia por engenheiro devidamente habilitado (fls. 44), e foram tomados os depoimentos testemunhais (fls. 61/66v.). Após a apresentação das alegações finais (fls. 67/71), o digno Magistrado proferiu sua decisão, julgando procedente o feito (fls. 73).

Irresignados, os réus interpuseram o presente recurso de apelação, argüindo, preliminarmente, cercea-

mento de defesa, pois pretendiam que os peritos efetuassem a medição das quatro extremidades onde existem marcos do lote rural em litígio, para, então, se verificar se realmente possui a área de 259,00m<sup>2</sup>, ou, caso não fosse esta a medida, para que se pudessem repartir a sobra ou a falta de terra proporcionalmente entre os apelantes, os apelados, Jandir A. Azzolini e Edson S. Fossato. Diante desta pretensão, elaboraram os quesitos de fls. 39 que não foram respondidos pelos peritos judiciais, mesmo após pedido expresso ao juiz da causa, favorecendo, desta feita, os apelados. Pugnam pela anulação do processo a partir das fls. 50, para que a perícia se manifeste sobre o alegado.

Nesse mérito, aduziram que não invadiram nenhuma área dos apelados e que não há qualquer planta da área feita por engenheiros, de modo que não se pode confirmar se realmente cada um dos confrontantes está na posse da área descrita no título de domínio, porque também não existe nenhum marco que indique tais divisões, a não ser os das quatro extremidades; que para se ter ciência exata da medida do terreno é necessário que se faça a medição de todo o terreno, porque o que foi medido pelos apelados foi somente o lote n. 192.

Salientam que ante a inexistência de marcos, a ação demarcatória perde sua utilidade visto que seu objetivo é renovar os marcos apagados ou destruídos, enquanto que mesmo não respondendo aos quesitos dos contestantes, o laudo é claro de que os apelantes não invadiram áreas dos recorridos; que, assim, os apelados é quem, se aproveitando da curva da estrada, ocupam terras alheias.

Apresentadas as contra-razões, contados e preparados alçaram os autos a este egrégio Tribunal.

É o relatório.

Cumpre-se analisar, inicialmente, a preliminar de cerceamento de defesa levantada pelos apelantes. Sua irresignação reside no fato dos peritos judiciais não terem respondido os quesitos por eles apresentados, quando da prolação do laudo (fls. 44/47). Para tanto, às fls. 56/57 juntaram aos autos suas razões, pleiteando que o perito oficial apresentasse resposta aos quesitos elaborados. O Magistrado não se manifestou acerca deste pedido, marcando a audiência de instrução e julgamento (fls. 58).

Nesse momento, deveriam os apelantes ter ajuizado algum recurso, tal como o agravo de instrumento ou o retido, conforme prevê o artigo 522 da Lei Adjetiva Civil, para que o emérito julgador apreciasse aquele pedido. Como assim não procederam, tiveram seu direito precluso (art. 183, CPC), pois aquele era o momento para demonstrar esta irresignação ou quando muito no limiar da audiência, e não agora em sede de apelação cível.

Alternativamente, poderiam também os apelantes terem requerido ao douto Magistrado a intimação do perito para que este prestasse esclarecimentos acerca de seu laudo na audiência que seria realizada. Ocorre que tal pedido deveria ter sido feito no máximo cinco dias antes da citada audiência, sob pena de preclusão (arts. 183 e 435 do CPC).

“Agravo de instrumento — Prova técnica — Repetição despicienda — Reclamo improvido.

“Desnecessária é a realização de nova perícia quando a parte está insatisfeita com as respostas dos quesitos, em virtude da possibilidade de obtenção de esclarecimentos através da comparência do experto à audiência (CPC, art. 535).

“Peritus peritorum, o Magistrado não está vinculado às conclusões da prova técnica, podendo formar a sua convicção com documentos ou fatos demonstrados no processo” (AI n. 8.651, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. 16/8/94).

Humberto Theodoro Júnior também se manifesta sobre o assunto:

“Depois de juntado o laudo aos autos, a parte que desejar algum esclarecimento do perito e do assistente técnico, deverá requerer ao Juiz que mande intimá-lo a comparecer à audiência. Mas, para que seu pedido seja atendido, terá de ser acompanhado das perguntas de esclarecimento formuladas sob forma de quesitos (art. 435); e a petição deverá ser apresentada com antecedência suficiente para que os técnicos sejam intimados, pelo menos cinco dias antes da audiência. Ultrapassado esse prazo, não estarão mais obrigados a prestar os esclarecimentos (art. 435, parágrafo único)” (in Curso de Direito Processual Civil, RJ, Forense, 22ª ed., 1997, vol. I, pág. 482).

Não se vislumbrando, pois, o cerceamento de defesa alegado afastase a preliminar de nulidade do processo.

Relativamente ao mérito alegam que, diante da inexistência de marcos, a ação demarcatória perde sua utilidade pois seu objetivo é renovar os marcos apagados ou destruí-

dos, e que não houve invasão do terreno dos apelados porque não se sabe ao certo onde se localizam os marcos e os respectivos limites das áreas dos confrontantes.

O laudo pericial, conquanto apresente duas alternativas, juntamente com os documentos acostados aos autos, permite solucionar a espécie.

A certidão do Registro de Imóveis apresentada pelos apelados às fls. 8/9 dos autos confirma o que o perito apresentou em seu laudo pericial. Nesse documento expõe duas situações acerca dos limites da área litiganda; a primeira, favorável aos réus e a segunda aos autores:

“a) Se a divisa limítrofe da área das partes conflitantes fosse, parte pela Estrada Municipal e parte por linha seca e reta, a distância do Marco M02 ao Ponto P05, conforme mapa 1, linha divisória dos lotes rurais ns. 192 e 191 será de 507,50 metros e a distância do Ponto P05 ao Ponto P01 na Estrada Municipal será de 215,88 metros, que, juntamente com a Estrada citada, seria a linha divisória questionada por uma das partes.

“b) Se a divisa limítrofe da área das partes conflitantes fosse por uma linha seca e reta, a distância do Marco M02 ao Ponto P06, conforme consta no mapa 2, linha divisória dos lotes rurais ns. 192 e 191, será de 525,22 metros, e a distância do Ponto P06 ao Ponto P04 será de 314,88 metros, que seria a linha divisória questionada por uma das partes” (fls. 45).

E, naquele registro imobiliário, a descrição da área em questão demonstra claramente que sua confron-

tação — no limite questionado a sudeste — é por linha seca:

“Imóvel: — parte do lote rural n. 192 (cento e noventa e dois), com a área de 86.722,88m<sup>2</sup> (oitenta e seis mil, setecentos e vinte dois metros e oitenta e oito centímetros quadrados), sem benfeitorias, situado na Linha São Pedro, neste Município, confrontando: ao noroeste, com parte do mesmo lote rural n. 192, de Jandyr Alexandre Azzolini, por linha seca; ao nordeste, com parte do lote rural n. 191, de Hilário Miguel Prior, Antônio da Silva e Ervandina Flores da Silva, por linha seca; ao sudoeste, com parte do lote rural n. 193, de Faustino Fossato, por linha seca; ao sudeste, com parte do mesmo lote rural n. 192, de José Amador Amaral Câmara, por linha seca...” (fls. 8), porção última esta agora de propriedade dos autores (sem grifo no original).

Dessa feita, deve-se acolher a segunda descrição do perito judicial (letra b), que corresponde efetivamente à realidade. Acompanhando-se o mapa por ele elaborado às fls. 49, percebe-se muito bem a divisa entre os litigantes, pela linha seca reta, como ressonância do documento dominial que é a prova mais robusta apresentada nestes autos.

Também não deve prosperar a alegação dos apelantes de que inexistiam marcos no local. Como se depreende do laudo pericial, existiam dois marcos, em duas extremidades, sendo que o expert procedeu ao levantamento, seguindo os traçados delimitados pelo título do imóvel e os elementos colhidos no local, para delimitar com certeza os dois outros marcos que estavam sendo contestados,



justamente na divisa entre os litigantes. O perito não inventou estes marcos, apenas os delimitou, orientado pelo próprio registro do imóvel e pela análise que realizou no local, chegando, inclusive, a duas conclusões, porque não existem marcos certos e determinados no curso da linha divisória entre os litigantes. Perfeitamente cabível, então, a ação demarcatória que é própria para dirimir estas dúvidas.

Vejamos o que a doutrina registra sobre esta actio.

Humberto Theodoro Júnior ensina que a ação demarcatória “cabe ao proprietário ‘para obrigar o seu confinante a estrear os respectivos prédios, fixando-se novos limites entre eles ou avivando-se os já apagados’ (Cód. Proc. Civil, art. 946, I).

“O fito da ação demarcatória, portanto, é ‘simplesmente reavivar os rumos existentes, ou fixar os que deveriam existir’, na lição de Pontes de Miranda” (op. cit., pág. 225).

Antonio Carlos Marcato também se manifesta sobre a demarcatória:

“Dispõe o artigo 569 do CC que o proprietário pode obrigar o seu confinante a proceder com ele à demarcação entre os dois prédios, a aviventar rumos apagados e a renovar marcos destruídos ou arruinados.

“Em linguagem mais sintética, o Código de Processo Civil esclarece, no n. I de seu artigo 946, caber referida ação ao proprietário para obrigar o seu confinante a estrear os respectivos prédios, fixando-se novos limites entre eles, ou aviventando os já apagados.

“A ação demarcatória tem por objeto, por conseguinte, a ‘sinalização de limites incontroversos, como acontece quando a linha divisória passa a ser assinalada com marcos. No caso de controvérsia ou confusão, torna-se necessário determinar os limites, o que se faz de conformidade com a posse. Visa, pois, a ação de demarcação a fixar ou restabelecer os marcos da linha divisória de dois prédios confinantes. Seu objeto é a fixação de rumos novos ou aviventação dos existentes” (in Procedimentos Especiais, 8ª ed., SP, Malheiros, 1998, pág. 144).

E, Ovídio A. Baptista da Silva:

“É necessário, então, que se estabeleçam os casos em que a ação de demarcação poderá ter lugar. O primeiro deles, certamente o mais importante e complexo, é aquele em que entre os prédios confinantes não há e nunca houve a fixação da linha demarcatória; outra hipótese de cabimento da demarcatória ocorre quando, tendo havido acordo das partes, devidamente formalizado em documento hábil, sobre o traçado da linha demarcatória, haja um dos confrontantes removido ou illicitamente alterado o rumo dos marcos existentes; pode ainda ocorrer que a ação demarcatória se torne necessária porque os marcos foram destruídos em virtude da ação do tempo; ou hajam desaparecido ou se tenham tornado confusos e impossível a sua identificação...” (in Procedimentos Especiais, 1ª ed., SP, Aide, 1989, pág. 398).

A jurisprudência corrobora este entendimento:

“Demarcatória. Linhas de separação existentes. Improcedência da



ação. A ação demarcatória não se presta para dirimir dúvidas sobre divisas visivelmente existentes nos terrenos em confronto, ainda que fixadas erroneamente. Destina-se, isto sim, à fixação de rumos inexistentes ou à aviventação dos existentes. Se a linha divisória existe, e é conhecida dos confrontantes, descabe a actio finium regundorum. Recursos conhecidos e desprovidos" (Ap. Cív. n. 43.222, rel. Des. Vanderlei Romer, j. 25/10/95).

Mais:

"Ação demarcatória c/c reintegração de posse. Sentença que extinguiu o feito sem julgamento do mérito. Necessidade de demarcação reconhecida pela parte adversa. Negativa de esbulho. Depoimento pessoal. Autora que tem como certo limite dos prédios. Interesse. Inexistência de elementos concretos divisórios. Prova pericial. Dúvida existente. Sentença anulada.

"O objetivo da ação demarcatória é a fixação dos limites entre os prédios confinantes, quando houverem divergências entre os vizinhos, ou aviventar os já apagados, principalmente quando o pedido formulado pela autora tem sua necessidade reconhecida pelos requeridos.

"Havendo dúvidas quanto aos limites das propriedades, justo que se processe a ação até final julgamento, demarcando a extensão das dimensões dos imóveis cuja separação é incerta, tornando possível a constatação ou não da suposta invasão", (Ap. Cív. n. 50.041, rel. Des. Orli Rodrigues, j. 27/2/96).

Ainda:

"apelação cível. Ação demarcatória. Existência de cerca. Posse em

desacordo com os títulos dominiais. Não ocorrência da prescrição aquisitiva em favor do réu. Recurso provido.

"Não havendo a ocorrência de prescrição aquisitiva em favor do réu, sobre a área por ele deliberadamente cercada, não há impedimento para a pretensão demarcatória do autor.

"Linha demarcada em apenas uma extremidade. Demarcatória. Necessidade.

"Estando a linha demarcada em apenas uma extremidade, há necessidade de demarcar a outra, já que há controvérsia sobre os limites" (Ap. Cív. n. 39.399, rel. Des. Dionízio Jenczak, j. 8/3/94).

E:

"Ação demarcatória — Existência de marcos entre os imóveis estreantes — É pressuposto da ação demarcatória que o imóvel esteja carente de limites ou os que nele figurem sejam confusos e duvidosos — Carência da ação — Extinção — Recurso conhecido e provido — Prejudicados o agravo retido e a preliminar de nulidade" (Ap. Cív. n. 18.808, rel. Des. João Martins, j. 14/10/86).

Diante desses fatos, a pretensão dos autores da ação demarcatória c/c restituição merecia acolhimento, em razão do que é mantida a bem-lançada decisão de mérito, devendo delimitar-se a área litiganda conforme a descrição do perito judicial feita às fls. 45, letra b, seguida do mapa de fls. 49.

Antes as razões expostas, nega-se provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento, o Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar, e dele participaram, com votos vencedores, os

Exmos. Srs. Des. Francisco Borges e Cesar Abreu.

Florianópolis, 10 de agosto de 1999.

*João José Schaefer,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Alcides Aguiar,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 51.031 (88.088205-1), DE PONTE SERRADA**

**Relator: Des. Alcides Aguiar**

*Ação indenizatória — Ação do município contra ex-prefeito — Eleição deste no curso do processo como novo prefeito — Confusão das partes — Conflito de interesses — Ação julgada a final im procedente — Anulação, porém, do processo.*

*“O processo é uma relação jurídica entre três pessoas: autor—juiz—réu. Se as duas partes se confundem... numa só pessoa, deixa de existir um dos sujeitos da relação processual. Logo desaparece a própria relação processual.*

*“Além do mais, o processo pressupõe litígio (conflito de interesses entre as partes) a solucionar. Se não existem mais duas partes (mas apenas um interessado), desapareceu a própria lide, sem a qual não se justifica a relação processual” (in Curso de Direito Processual Civil, Humberto Theodoro Júnior, 20ª ed., RJ, Forense, 1997, vol. I, pág. 316).*

*A eleição do réu, como novo alcaide no curso da ação que lhe move o município, impõe que, em face do conflito de interesses (confusão entre autor e réu), no pólo ativo a partir desse momento, atue como representante do peticionário seu substituto legal, ou o atual prefeito, em se tratando já de outro mandatário. Sem tal providência não se há de falar de lide ou de relação processual por ausência de uma das partes.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 51.031 (88.088205-1), da comarca de Ponte Serrada, em que é autor o município de Ponte Serrada, sendo réu Antoninho Rossi:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento à remessa para anular o processo.

Custas na forma da lei.

O município de Ponte Serrada, representado por seu Prefeito Muni-

pal — Sr. Anacleto Listoni —, propôs ação ordinária de indenização em face de Antoninho Rossi, prefeito daquela cidade no período de 1982 a 1988.

Aduz que, ao assumir a Prefeitura, o autor/representante do município nomeou, por meio do Decreto n. 39/89, de 22 de maio de 1989, uma comissão especial para proceder a uma auditoria, tendo em vista as inúmeras irregularidades então constatadas, restando então comprovadas diversas formas de desvio de dinheiro.

Relata que os valores dos prejuízos apurados foram calculados em OTN's, que era o indexador econômico daquela época, alçando a quantia de 4.429,64 OTN's, ou Cr\$ 3.467.251,15, conforme a atualização realizada.

Ressalta que, comprovadas as irregularidades administrativas e os prejuízos delas decorrentes, deve o réu ser condenado a ressarcir tal montante ao erário público.

Contestando, o réu argüiu preliminar de carência de ação, em decorrência de três motivos: nos autos não se encontra prova de que o outorgante do mandato procuratório seja efetivamente o detentor do mandato de Prefeito do Município, porque não revestido das formalidades que exigem a representação de pessoa jurídica de direito público interno; a auditoria realizada não deve ser considerada porque, além de não existir justificativa plausível, dela não consta assinatura de um de seus membros; e porque não pode uma auditoria ser realizada em apenas 14 dias, tempo insuficiente para se analisar mais de 63 obras espalhadas por toda a comunidade.

No mérito, aduziu que a indenizatória está amparada por assertivas e provas falsas, observando-se que a auditoria foi realizada em 1989 mas a ação proposta apenas dois anos após, em 1991, demonstrando o cunho político da ação, pois, nesta época, o autor mandou veicular na imprensa local e estadual matéria acusando o réu de desvio de dinheiro público.

Alegou ser nula a auditoria porque, com a ausência da assinatura de um de seus membros, o autor mandou que o servidor Lidio Augusto Dilberti assinasse o documento, fato que, ao invés de convalidar o ato, o tornou nulo porque ao servidor subscritor da auditoria faltou a investidura naquela comissão especial. Saliencia que foram nomeados para participar daquela comissão Mercilo João Rigon, Genuor Marchetti e Odir Dervanoski, sendo que dois estranhos apuseram suas assinaturas no documento, Osmar Bresciani e Lidio Augusto Dilberti.

Apresentada a réplica, o representante do Ministério Público opinou pelo afastamento das preliminares levantadas pelo réu.

Após a revogação de seu mandato procuratório, por não mais ser advogado do requerente, o Ministério Público entendeu que pelo fato de o réu ter sido eleito Prefeito Municipal de Ponte Serrada, deva ser intimado para demonstrar se ainda existe interesse no feito.

O ilustre Magistrado arquivou o feito em face do manifesto desinteresse no prosseguimento do feito, porque não compareceu o autor ou seu procurador à audiência realizada.

Manifestando-se nos autos, o Município reiterou seu interesse na ação indenizatória, tendo, para tanto, o amparo do Ministério Público, quando opinou a respeito.

Acolhendo tal pretensão foi realizada audiência de instrução e julgamento, oportunidade em que o Magistrado nomeou curador especial ao autor diante da aparente colidência de interesses, eis que o réu se tornara agora prefeito e representante legal do Município.

Com a oitiva das testemunhas arroladas foram apresentadas as alegações finais, com o representante do Parquet apoiando a improcedência do feito.

Sentenciando o digno Magistrado julgou improcedente o feito, submetendo-o a reexame necessário perante esta egrégia Corte de Justiça.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por meio do Dr. Raul Santo Salvador, apresentou parecer no sentido do desprovimento da remessa.

É o relatório.

Trata-se de remessa necessária de ação indenizatória ajuizada pelo município de Ponte Serrada em face de Antoninho Rossi, ex-prefeito daquela cidade, julgada improcedente pela ausência de comprovação dos fatos alegados.

Urge inicialmente analisar matéria prejudicial ao exame do mérito.

É de ser anulado o processo.

Durante o curso da ação, o réu, ex-prefeito do município-autor, foi eleito novamente para assumir tal cargo.

Com efeito, a partir do término do mandato do prefeito, representante do autor (Município), desde janeiro de

1993, quando, pelas eleições municipais de 1992, o então réu — Antoninho Rossi voltara a se eleger prefeito do mesmo Município, o processo resultou nulo, porquanto o acionado tornou-se já agora também representante legal do Município. Desse modo, é curial que desapareceu o interesse legítimo do autor em promover os demais atos processuais, ante a coincidência das duas figuras.

Reza o artigo 12, II, da Lei Adjetiva Civil:

“Art. 12. Serão representados em Juízo, ativa e passivamente:

“... ”

“II — o Município, por seu Prefeito ou procurador”.

Os prefeitos detêm, portanto, a legitimidade para representar legalmente os municípios.

Comentando referido artigo, Hélio Tornaghi ensina:

“II — Representante do município. A posição do prefeito, no município, não é a mesma do governador, no Estado, ou do Presidente da República, na União. O prefeito não governa nem preside: administra. O município é célula do estado-membro e não unidade da união federativa. Pode o município ser entidade política, mas a função do prefeito é meramente administrativa. A Constituição Federal não diz que é apanágio da autonomia municipal o autogoverno, mas sim a administração própria (art. 15, II).

“Sendo o prefeito o administrador do município, compreende-se que a lei lhe haja ensejado a possibilidade de representá-lo em Juízo; pessoalmente, se tiver habilitação para postular (isto é, se for advogado, estagiário

ou provisionado); por intermédio de pessoa habilitada, se ele próprio não o for” (in Comentários ao Código de Processo Civil, Hélio Tornaghi, SP, RT, 1975, vol. II, págs. 126/127).

Também Alexandre de Paula manifesta-se sobre o assunto, colacionando alguns precedentes jurisprudenciais:

“O município, nos termos do art. 12, II, do Código de Processo Civil, é representado em Juízo, ativa e passivamente, por seu prefeito ou procurador, competindo a este, quando estiver no exercício da representação, patrocinar, sem qualquer reserva, os interesses da municipalidade (Ac. unân. das Câm. Civs. Reuns. do TJBA de 19/9/90, no MS 519/89, relator: Desembargador Cícero Brito; Bahia Forense, vol. 35, pág. 65).

“Tem legitimidade para praticar atos processuais em nome da Prefeitura o subscritor de recurso, cuja procuração foi outorgada pela pessoa física do Prefeito, devendo-se entender que o mandato foi conferido pelo Município, por seu representante legal (Ac. unân. da Câm. Esp. do TJSP, de 16/7/92, no Agr. 15.134-0, relator: Des. Yussef Cahali, Jurisp. TJ, vol. 142, pág. 207)” (in O Processo Civil à luz da jurisprudência, págs. 118/119).

Na data aprezada haveria o autor de ser representado nos autos por curador especial habilitado. Na audiência realizada, o digno Togado determinou a anulação do processo a partir do despacho de fls. 556 — que determinava a produção de provas —, nomeando curador o Sr. Lúcio Schneider, gerente do Banco do Brasil daquela cidade, abrindo então prazo para que este se manifestasse.

Conquanto tenha o Magistrado, se apercebendo do vício processual, nomeado curador ao Município, este nada realizou nos autos para promover a defesa do ente público.

Tratava-se ainda de pessoa leiga, e não de advogado com habilitação legal para litigar em Juízo, como requer, de regra, a função de curador especial. O artigo 36 do Código de Processo Civil é expresso quando determina que a parte só poderá ser representada em Juízo por advogado legalmente habilitado para tanto: “Art. 36. A parte será representada em Juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver”.

Colhe-se da doutrina os seguintes precedentes:

“Execucional — Embargos do devedor — Falta de pressuposto de constituição válida e regular — Capacidade postulatória indemonstrada — Art. 37 c/c art. 267, inciso IV, do Código de Processo Civil — Interpretação — Prazos deferidos, inclusive, na prorrogação, in albis — Apelo improvido.

“A parte será representada nos autos por quem goze do ius postulandi, isto é, da possibilidade de manifestar a sua vontade e exercer as atividades concernentes à formação e desenvolvimento da relação processual. Em sua plenitude, no sistema nacional, apenas o advogado detém o direito de postular. Ausente a procuração, os atos praticados são considerados não ratificados e havidos por inexis-

tentes" (Ap. Cív. n. 96.003313-0, relator Des. Francisco Oliveira Filho, j. 15/4/97).

E:

"Apelação. Ausência de representação processual. Recurso interposto tido como inexistente. Não conhecimento.

"O instrumento de mandato é pressuposto da legitimidade postulacional do causídico que reside em Juízo, pretendendo representar uma das partes da relação processual. Sem esse instrumento, os atos praticados em nome de quem não conferiu poderes para que o advogado procurasse em seu nome serão reputados como inexistentes, a teor do art. 37, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Mutatis mutandis, não há condições para se conhecer de recurso manejado por procurador a quem não foram outorgados os necessários poderes, e que durante toda a tramitação processual na instância a quo não exibiu o indispensável instrumento.

"Especialmente quando se tratar de curador especial:

"300163 — Inventário — Interesse de menor. Nomeação de pessoa leiga para exercer as funções de curador. Necessidade de representação por advogado nos autos para defesa dos direitos dos curatelados. Aplicação do art. 9º, parágrafo único, do CPC. Processo anulado por ausência tal representação (TJES — AP 16.008 — 2ªC. — Relator: Des. Job Pimentel — j. 20/12/1988) (RT 640/171)" (Fonte: Juris Síntese).

Mais:

"00150 — Curador especial — Ausência de contestação — O cura-

dor especial tem a obrigação de pronunciar-se em defesa do réu revelado citado por edital, sob pena de nulidade, porquanto a lei quando previu sua nomeação, fê-lo objetivando a efetivação do contraditório" (TARS — AC 191.067.065 — 7ª C. Cív. — rel. Juiz Flávio Pâncaro da Silva — j. 4/9/1991) (RJ 172/90) (Fonte: Juris Síntese).

E:

"Ato jurídico — Anulação — Indenização — Citação por edital — Revelia — Curador — Diligência — Defesa deficiente.

"A lei processual, ao impor a nomeação de curador à lide do citado por edital que se mantém revel, não se contenta com a mera formalidade da nomeação. Exige, ao contrário, que o curador mostre um mínimo de interesse e diligência" (Ap. Cív. n. 34.261, Des. João José Schaefer).

"Se o curador nomeado não recorre da sentença, impõe-se a conversão do julgamento em diligência para que seja substituído" (Ap. Cív. n. 42.744, Relator: Des. Newton Trisotto, j. 20/3/96).

Ainda:

"(...)

"Curador especial ao réu revelado citado por edital — A relevância do múnus obriga-o a exercer plenamente os poderes processuais (contestar, arguir exceção, produzir provas) (Ap. Cív. n. 41.269, Relator: o subscritor, j. 2/3/95).

Às fls. 567 o Procurador do Município, Dr. Ortelino Azzolini, revogou seu mandato judicial porque não fazia mais parte da sua assessoria jurídica.

Às fls. 572, a Dra. Lilian R. Cappellari, na qualidade de Procuradora

do Município autor, manifestou-se pelo prosseguimento do feito. A partir deste momento deve ser anulado o processo, uma vez que autor e réu se confundem numa mesma pessoa, pois eleito prefeito do município de Ponte Serrada, o réu, Antoninho Rossi, tornou-se representante legal daquele Município, restando claro o conflito de interesses.

“O processo é uma relação jurídica entre três pessoas: autor—juiz—réu. Se as duas partes se confundem... numa só pessoa, deixa de existir um dos sujeitos da relação processual. Logo desaparece a própria relação processual.

“Além do mais, o processo pressupõe litígio (conflito de interesses entre as partes) a solucionar. Se não existem mais duas partes (mas apenas um interessado), desapareceu a própria lide, sem a qual não se justifica a relação processual” (in Curso de Direito Processual Civil, Humberto Theodoro Júnior, 20ª ed., RJ, Forense, 1997, vol. I, pág. 316).

E:

“Búlgaro dizia que o processo é atividade de pelo menos três pessoas: autor, juiz e réu. Se autor e réu passam a ser a mesma pessoa, já não há

processo” (in Comentários ao Código de Processo Civil, Hélio Tornaghi, op. cit. pág. 339).

Desse modo, a anulação parcial do processo se impõe, a partir das fls. 572, inclusive, e, portanto, dos demais atos processuais que se seguiram, devendo prosseguir o feito tendo no pólo ativo da ação o Município autor, representado pelo atual prefeito, ou seu substituto legal, com produção das provas requeridas pelas partes, inclusive pericial se necessária.

Diante das razões expostas, dá-se provimento à remessa para anular o processo a partir de fls. 572.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Borges e Pedro Manoel Abreu. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raul Santo Salvador.

Florianópolis, 2 de setembro de 1999.

*João José Schaefer,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Alcides Aguiar,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 51.482 (88.089445-1), DE SÃO JOSÉ**

**Relator: Des. Alcides Aguiar**

*Apelação cível — Contrato de compra e venda — Terreno de praia — Pedido de viabilidade de construção de residência indeferido pelo município — Área de proteção — Ocorrência de vício redibitório — Rescisão do contrato — Devolução de arras com correção monetária — Apelo desprovido — Sentença mantida.*



*Ao vendedor incumbe assegurar ao comprador a posse útil do bem. Viola esse dever a venda de bem imóvel reservado à área de preservação permanente. Não conhecido o vício pelo adquirente à época da transação, acode-lhe o direito de ser reembolsado do valor das arras, corrigido monetariamente.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 51.482 (88.089445-1), da comarca de São José (1ª Vara), em que são apelantes Eliane Conceição Karam Veloso Lima e Luiz Carlos Sottili, sendo apelados Imobiliária Campeche Sul e outros:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Eliane Conceição Karam Veloso Lima moveu ação de rescisão contratual c/c perdas e danos contra Luiz Carlos Sottili, aduzindo que, em 2/4/92 encaminhou, no Juizado Especial, uma interpelação judicial contra o réu para que este lhe devolvesse, dentro de um prazo determinado, a quantia de Cr\$ 1.000.000,00, que recebera da autora em 30/1/92, corrigida monetariamente, ficando acertado que seu silêncio importaria na rescisão do contrato.

Decorrido o prazo, sem a manifestação do réu, a autora ajuizou a presente demanda para rescindir o contrato pactuado junto àquele, para que este lhe devolva o citado valor, acrescido de juros, correção monetária, despesas processuais e honorários advocatícios.

Contestando, o réu denuncia à lide Imobiliária Campeche, porque foi com ela que o contrato foi realizado, tendo ela, inclusive, recebido a quan-

tia mencionada na exordial, retendo para si Cr\$ 300.000,00.

No mérito, aduziu que a petição inicial é inepta porque a autora não inseriu naquele documento os fundamentos do seu pedido, mas somente o fez na interpelação judicial, que é peça facultativa.

Salientou que foi a autora quem desistiu do negócio pois cancelou os demais cheques de pagamento, requerendo a rescisão contratual, porque viu seu pedido de consulta de viabilidade para construção de uma residência no Poder Público indeferido por se tratar de "área verde de lazer, conforme legislação permanente".

Alegou ser incabível o cancelamento do negócio e a devolução das arras, porque o Município não detinha o domínio da área litigiosa, uma vez que existiam diversas edificações naquele local, sem que este tivesse se manifestado contrariamente. Fato que comprova a viabilidade do negócio, reside na construção de uma residência por um terceiro que adquiriu aquele lote, após a desistência do negócio por parte da autora.

Ressalta que a autora, mesmo sem a apresentação da escritura do imóvel, pagou o sinal, de modo que não pode rescindir o negócio unilateralmente, porque este já se aperfeiçoou.



Citada para compor a lide, na qualidade de litisconsorte, a Imobiliária Campeche Sul contestou o feito, alegando, preliminarmente, inépcia da peça exordial, porque houve ali uma total inversão da ordem dos fatos, causando incompatibilidade com o pedido.

No mérito, ressaltou a má-fé das alegações da autora porque esta cancelou um dos pagamentos antes mesmo de efetuar a consulta de viabilidade, pois o vencimento do documento datava de 12/2/92, sendo que ela procurou o Município em 13/2/92, tomando conhecimento da negativa de viabilidade somente em 19/2/92.

Aduziu que em nenhum momento foi sonogada à autora qualquer informação, sendo que as condições da área litiganda eram de conhecimento público e notório, e que esta estava adquirindo a posse e não a propriedade do lote, assumindo, assim, os riscos dela decorrentes, sendo incabível a devolução das arras.

A fls. o réu juntou fotos do imóvel com edificação. Réplica da autora a fls. 72.

Sentenciando, o culto Magistrado julgou procedente o feito principal, condenando o réu ao pagamento da quantia paga pela autora e a demanda paralela, impondo à litisconsorte o pagamento de 30% daquele valor.

Após interpor embargos declaratórios, o réu reconvinte viu corrigida a omissão levantada, fixando a Magistrada os honorários advocatícios em face da lide secundária.

Irresignado com a sentença de mérito, o réu apelou, aduzindo que o simples fato de a autora ver negado seu pedido de viabilidade à constru-

ção de uma residência no imóvel que havia adquirido não justifica a desistência do negócio, cancelando o pagamento, nem tampouco a devolução das arras, quando foi ela própria quem se arrependeu do ajuste.

Ressaltou que não provou que sua desistência era decorrência da negativa daquele pedido, mesmo porque a consulta ao Município foi realizada após o vencimento do segundo cheque; que nunca tinha sido ventilado pela apelada que ela estava comprando o terreno para construir uma residência, ainda mais porque estava adquirindo a posse e não a propriedade, devendo, então, suportar os riscos inerentes a este tipo de transação.

Salientou que não existiu vício redibitório porque um terceiro adquirente do lote em questão construiu ali uma residência sem maiores problemas com o Poder Público Municipal.

Apresentadas as contra-razões, os autos foram encaminhados à Primeira Turma de Recursos, que prolatou acórdão não conhecendo do recurso, remetendo-o a este Tribunal de Justiça.

É o relatório.

Trata-se de rescisão contratual em virtude de vício redibitório, pois a apelada comprou do apelante um terreno localizado na praia do Campeche, sendo que, quando almejou construir ali uma residência, teve seu pedido de viabilidade indeferido pelo Município, sob o argumento de ser área verde de lazer.

A r. sentença condenou o réu à devolução de Cr\$ 1.000.000,00, acrescido de correção monetária e juros de mora, a partir da citação, e a imobiliária litisdenunciada à restitui-

ção ao apelante de 30% do montante apurado contra ela na demanda principal.

Em que pesem os argumentos do apelante de que o indeferimento de pedido de viabilidade não impede que se realize uma construção naquele lote — mesmo porque ali efetivamente um terceiro adquirente construiu sua residência — não deve ser este o entendimento; ao contrário, se o Município não autorizou a apelada a construir uma residência por estar o imóvel localizado em uma área protegida, não poderia ela assim proceder, sob pena de ser considerada clandestina e ter sua obra embargada ou até mesmo demolida (arts. 934, I, e 936, I, do Código de Processo Civil); ademais, diante dessa expectativa, era perfeitamente compreensível que a apelada esperasse o resultado oficial de seu pedido de viabilidade para prosseguir no pagamento do avençado, não restando caracterizado seu arrependimento, justamente em decorrência do vício redibitório.

De suas afirmações, percebe-se ainda que a área litiganda foi revendida pelo apelante a um terceiro adquirente, que ali efetuou uma construção, como o demonstram as fotografias juntadas aos autos pelo próprio apelante (fls. 67/68). Esta revenda, por si só, já tornaria a prestação impossível, porque foi realizada sem que antes fosse rescindido o contrato com a apelada.

No entanto, está-se diante de um caso explícito de vício redibitório, em que uma parte adquire um bem de outra, sem ter ciência de que ele possui um vício oculto e em decorrência disso não poderá ser utilizado para seu fim.

A destinação comum e lógica em face da compra de um terreno de praia é construir ali o adquirente uma casa de veraneio, não devendo prosperar, então, as alegações do apelante de que em momento algum foi ventilado que a apelada estava adquirindo o lote para construir uma residência.

Colhe-se da doutrina e da jurisprudência pátria acerca de vício redibitório as seguintes lições:

Silvio Rodrigues, em sua obra *Direito Civil*, 22ª ed., SP, Saraiva, 1994, vol. 3, pág. 101, escreve:

“Com efeito, ao tratar dos vícios redibitórios, o legislador, no artigo acima aludido, proclama que a coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor.

“O propósito do legislador, ao disciplinar esta matéria, é o de aumentar as garantias do adquirente. De fato, ao proceder à aquisição de um objeto, o comprador não pode, em geral, examiná-la com a profundidade suficiente para descobrir os possíveis defeitos ocultos, tanto mais que, via de regra, não tem a posse da coisa”.

E, mais adiante:

“É princípio informador do direito contratual que os negócios devem se processar num clima de boa-fé. Daí decorre que ao vendedor cumpre fazer boa a coisa vendida. Ou seja, ele responde pela coisa que aliena, a qual deve corresponder à justa expectativa do comprador” (pág. 105).

Caio Mário da Silva Pereira ensina:

“Vício redibitório é o defeito oculto de que portadora a coisa objeto de contrato comutativo, que a torna imprópria ao uso a que se destina, ou lhe prejudica sensivelmente o valor” (in Instituições de Direito Civil, 10ª ed., RJ, Forense, 1995, vol. III, pág. 63).

E completa:

“Não é qualquer defeito que fundamenta o pedido de efetivação do princípio, porém aqueles que positivamente prejudicam a utilidade da coisa, tornando-a inapta às suas finalidades, ou reduzindo a sua expressão econômica.

“(…)

“Desde que se configurem as condições de sua ocorrência, o alienante responde pelos vícios redibitórios. Não se exime, ainda que os ignore (Código Civil, art. 1.102), pois que o fundamento da responsabilidade, como vimos, não é a sua conduta, mas pura e simplesmente a aplicação do princípio de garantia” (pág. 75).

Na obra Curso de Direito Civil, 28ª ed., SP, Saraiva, 1995, pág. 53, Washington de Barros Monteiro complementa a questão:

“...Surge assim a teoria dos vícios redibitórios, que podem ser definidos como defeitos ocultos da coisa, que a tornam imprópria ao fim que se destina, ou lhe diminuem o valor, de tal forma que o contrato não se teria realizado se esses defeitos fossem reconhecidos.

“Tais defeitos chamam-se vícios redibitórios porque, quando conhecidos, quando descobertos, produzem a redibição da coisa, isto é, tornam sem efeito o contrato, acarretam-lhe a

resolução, com restituição da coisa defeituosa ao seu antigo dono”.

O julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo trata com muita propriedade da questão:

“Compra e venda — Vício redibitório — Defeito oculto do bem que implica imprestabilidade ao fim a que se destina — Hipótese em que não pode ser detectado por simples inspeção visual — Má-fé do vendedor, portanto, não caracteriza — Fato, porém, que não o exime de responsabilidade — Rescisão do contrato determinada, com devolução do preço corrigido e restituição da coisa — Perdas e danos não devidos — Aplicação dos arts. 1.101 a 1.103 do CC — Declaração de voto.

“Vícios redibitórios são os defeitos ocultos que tornam a coisa imprópria para o uso a que é destinada ou que a fazem de tal modo frustrânea que o contrato comutativo não se teria realizado se fossem conhecidos.

“Vendida a mercadoria defeituosa, imprestável para sua destinação específica, como de boa qualidade, acarretando prejuízo ao adquirente, tem este ação para rejeitá-la e redibir o contrato (actio redhibitoria — art. 1.101 do CC). A ignorância de tal vício pelo alienante não o exime de responsabilidade, apenas não o sujeitando à composição de perdas e danos (art. 1.103)” (RT 620/113).

E, desta Corte de Justiça:

“Apelação cível. Rescisão contratual. Promessa de compra e venda de imóvel. Vício redibitório. Art. 1.101 do CC. Existência de infiltração sob o assoalho do imóvel.

“A existência de vício oculto — aquele que não estava à vista, desconhecido ou de difícil verificação — constatado logo em seguida a realização do negócio, permite concluir que, diante da circunstância incontroversa de que o autor e sua esposa possuem problemas de saúde que certamente desaconselham que residam em local por demais úmido, se soubessem do grave problema existente no imóvel, não teriam celebrado o contrato.

“(…)” (TJSC, Ap. Cív. n. 97.012018-4, rel. Des. Silveira Lenzi, j. 31/3/98).

Como se depreende das asserções expostas anteriormente, trata-se de caso típico de vício redibitório, que macula o contrato firmado, autorizando sua rescisão. Não foi a apelada quem desistiu do negócio, como quer o apelante. O vendedor — é consabido — tem o dever de entregar o objeto do contrato tal como prometido, sem qualquer vício ou obstáculo que impeça seu uso ou disponibilidade — nominado pela doutrina como princípio de garantia — o que não ocorreu neste caso.

“(…) Para nós, o seu fundamento é o princípio de garantia, sem a intromissão de fatores exógenos, de ordem psicológica ou moral. O adquirente, sujeito a uma contraprestação, tem direito à utilidade natural da coisa, e, se ela lhe falta, precisa estar garantido contra o alienante, para a hipótese de lhe ser entregue coisa a que faltem qualidades essenciais de prestabilidade, independente de uma pesquisa de motivação. Por isto, Tito Fulgêncio, em síntese apertada e feliz, enuncia-o, dizendo que o alienante é, de pleno direito, garante dos vícios redi-

bitórios. Ao transferir ao adquirente coisa de qualquer espécie, seja móvel, seja imóvel, por contrato comutativo, tem o dever de assegurar-lhe a sua posse útil, se não equivalente rigorosa, ao menos relativa ao preço recebido. E, se ela não se presta à sua finalidade natural, ou se não guarda paralelismo com o valor de aquisição, prejudicada por defeito oculto, tem o adquirente o direito de exigir do transmitente a efetivação do princípio de garantia” (Caio Mário da Silva Pereira, op. cit., pág. 74).

A devolução das arras ou sinal pago, na hipótese aqui versada, impõe-se, sob pena de beneficiar o infrator, ensejando o enriquecimento ilícito.

Com efeito:

“Compromisso de compra e venda — Negócio não realizado — Devolução do sinal pago.

“Provado o pagamento de quantia a título de sinal de negócio que não se realizou, aquele que a recebeu deve restituí-la com juros e correção monetária” (TJSC, Ap. Cív. n. 49.050, rel. Desembargador Newton Trisotto, j. 27/11/97).

E:

“(…)”

“Compromisso particular de compra e venda — Venda a non domini — Rescisão do pré-contrato por impossibilidade de cumprimento pelo vendedor — Retorno das partes ao status quo ante — Devolução de arras confirmatórias de forma singela, acrescidas de correção monetária.

“Tem direito à devolução das arras confirmatórias o contraente que não teve cumprida a avença por culpa

do vendedor devendo, entretanto, in casu, ser o valor efetivamente desembolsado acrescido apenas de correção monetária” (TJSC, Ap. Cív. n. 50.346, relator: Des. Carlos Prudêncio, j. 19/12/95).

Impõe-se, portanto, a restituição do valor do sinal pago pelo apelado corrigido monetariamente, porque indemonstrada má-fé de sua parte.

Diante das razões expostas, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Pedro Manoel Abreu e Solon d’Eça Neves.

Florianópolis, 2 de agosto de 1999.

*João José Schaefer,*  
*Presidente;*  
*Alcides Aguiar,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 97.010988-1, DA CAPITAL

**Relator: Des. Anselmo Cerello**

*Execucional — Embargos do devedor — Cheque cruzado — Endosso em branco — Apresentação, por seu portador, junto ao estabelecimento bancário oito dias antes da data de sua emissão — Boa-fé do portador não configurada em face da divergência e incompatibilidade de datas de sua emissão e apresentação ao sacado — Título vinculado a contrato desfeito dezesseis dias antes da apresentação da cártula ao sacado — Iliquidez manifesta — Embargos procedentes.*

*Dispõe o art. 38 do Decreto n. 57.595, de 7/1/66, que promulga a adoção da Lei Uniforme em matéria de cheques: “Um cheque com cruzamento geral só pode ser pago pelo sacado a um banqueiro ou a um cliente do sacado” (STJ 102/115; STJ — REsp. n. 14.446, in DJU de 5/10/92, pág. 17.106; ADVJur. 1993, pág. 204, v. 61.458). Portanto, sendo o cheque nominal cruzado, endossado em branco, não pode ser cobrado pelo seu portador, quando se verificar a absoluta incompatibilidade entre as datas de sua emissão e da apresentação ao sacado, tratando-se de cártula vinculada a contrato cujo distrato operou-se anteriormente à apresentação ao sacado, o que, ademais, lhe retira a liquidez e certeza, em face dos flagrantes indícios de fraude que abalam a crença de boa-fé de seu portador, fatos por demais suficientes para retirar a executoriedade da cártula.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.010988-1, da comarca da Capital, em que é apelante Jaime Oltramari,*

*sendo apelada Klokner Engenharia e Planejamento Ltda.:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por maioria de votos, desprover o recurso.

Custas legais.

Pela 4ª Vara Cível da comarca da Capital, Klokner Engenharia e Planejamento Ltda. opôs embargos à execução que lhe move Jaime Oltramari, em apenso, alegando, preliminarmente, a litigância de má-fé. Argüiu a ilegitimidade de parte e a inépcia da inicial, pois o embargado não teria feito parte do contrato que deu origem ao cheque. No mérito, aduziu que o cheque foi emitido para garantia de um contrato de prestação de serviços firmado com a empresa Centertur — Viagens e Turismo Ltda., ficando acertado, na cláusula quarta, que o negócio poderia ser cancelado com antecedência de treze dias, a pedido da contratante, bastando haver comunicação nesse sentido.

Alegou que a Centertur, em total desconformidade com as cláusulas do contrato, aplicou um golpe no embargante, endossando o cheque e entregando-o ao embargado para execução.

Requeru fosse chamada a integrar a lide a representante legal da empresa Centertur, pugnando pela procedência.

Juntou documentos.

O embargado ofertou impugnação (fls. 18/22).

Ao relatório da r. sentença (fls. 33/40) que adoto, acresço que foram julgados procedentes os embargos e extinta a execução. Entende o ilustre

Sentenciante não existir nos autos a reconhecida posição de litisconsorte necessário da representante legal da empresa Centertur, razão pela qual ficou esta excluída da relação processual.

Irresignado, o embargado apelou (fls. 42/48), alegando, preliminarmente, o cerceamento de defesa, pelo julgamento antecipado da lide, dispensando a produção de prova em audiência e, no mérito, asseverou que o negócio jurídico entabulado entre a apelada e a endossante do cheque não foi anulado, apenas desfeito. O cheque foi repassado a terceiro de boa-fé (o apelante), que, na expectativa de ver seu crédito satisfeito, deflagrou o processo de execução.

Aduziu que desconhecia o negócio jurídico desfeito entre a endossante e a apelada e que não há o que opor contra o apelante, até porque o cheque não continha qualquer vinculação ou referência a contrato algum.

Sustentou que o cheque estava em absoluta conformidade com a ordem legal e jurídica.

Requeru a reforma da r. sentença.

Contra-arrazoando, a apelada alegou que o apelante não agiu de boa-fé, pois o cheque foi descontado antes da data prevista e que ele não impugnou os documentos de fls. 8/13.

Afirmou que fez bem a MMA. Juíza ao julgar antecipadamente a lide, já que os documentos acostados pela apelada demonstram o golpe que lhe desejam aplicar.

Postulou a reforma da r. sentença.

Os autos alçaram.

É o relatório.

Segundo se apanha, a execução fora promovida pelo embargado Jaime Oltramari, e se lastreia no cheque n. 130.660, da conta n. 090.921-4, emitido pela embargante Klokner Engenharia e Planejamento Ltda., aos 5/10/94, cruzado e em favor de Centertur — Viagens e Turismo Ltda., endossado em branco e apresentado ao sacado Banco n. 027 — Besc S/A, agência 001 — aos 28/9/95.

Sucede que a referida cártula fora emitida com data pré-datada, em garantia do contrato de prestação de serviço (reserva de pacote de viagem — fls. 15 dos embargos), que contém prévia previsão de distrato, sendo firmado em 5/10/94 e com estipulação de prazo de retratação de treze dias, dentro do qual (fls. 16), aos 21/10/94, foi manifestado pelo emitente o seu direito de desfazimento do negócio.

Diante desse contexto, cancelada restou a eficácia da cártula.

Contudo fora ela endossada estranhamente em branco, apresentando-se para cobrança o embargado.

Ora, na conformidade com o disposto nos arts. 38 e 39 do Decreto n. 57.595/66, que homologou a Lei Uniforme do cheque, "O cheque cruzado só pode ser pago a banco ou ao próprio sacado" (TJSP – Apelação Cível n. 65.115-1, 3ª CC, in STJ 102/115). Ademais, "o objetivo do cruzamento é proteger o legítimo titular do cheque, dificultando seu pagamento a quem o detenha por meio ilícito..." (STJ — REsp. n. 14.446, de 15/9/92, 4ª T., in DJU de 5/10/92, pág. 17.106; ADVJur., 1993, pág. 204, v. 61.458).

Ora, segundo foi visto, são flagrantes os indícios de fraude que aba-

lam a boa-fé do portador, ilegitimando-o para cobrança executiva.

Nego provimento.

É o voto.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Xavier Vieira e dele participaram, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik.

Florianópolis, 8 de outubro de 1998.

*Anselmo Cerello,*  
*Presidente para o acórdão e Relator.*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik:

Votei vencido, ousando dissentir, com todo respeito, do entendimento sufragado pela douta maioria, por entender que não restou comprovado, in casu, soubesse o portador do cheque, ora apelante, que a endossante teria aplicado um "golpe" na apelada, e que, em decorrência, não se poderia considerá-lo de má-fé, porque aquela prova era indispensável para assim se reputá-lo. Conseqüentemente, era de se presumi-lo terceiro de boa-fé, não se lhe podendo opor, obviamente, os defeitos supervenientes à circulação da cártula, como é a alegada perda de sua validade pelo desfazimento do contrato ao qual estava vinculada.

Com efeito, pois as únicas certezas que se podem extrair da prova produzida é que o cheque exequendo foi emitido pela embargante em favor da empresa Centertur — Viagens e Turismo Ltda., em garantia do contrato de prestação de serviço (reserva de pacote de viagem — fls. 15 dos embargos); que foi por ela endossado em



branco; e que veio parar nas mãos do recorrente. Nada mais que isso, até porque o noticiário da imprensa escrita que tornou público o tal “golpe” foi muito posterior à apresentação do cheque a banco, enquanto que a carta rescisória do contrato, enviada pela apelada ao endossante, não foi registrada em cartório para conhecimento de terceiros.

Tudo o mais, portanto, são incertezas.

Até o fato de tratar-se de cheque cruzado e de ter sido ele apresentado pelo apelante ao estabelecimento bancário oito dias antes da data de sua emissão não se basta, só por si, na falta de melhor prova, para caracterizar a intenção dolosa do recorrente.

Primeiramente, porque o cruzamento do cheque, ainda que possa ter como objetivo conferir proteção ao seu legítimo titular, dificultando seu pagamento a quem o detenha de modo ilícito, não impedia seu endosso em branco, porque esse impedimento só ocorreria com o preenchimento de uma outra formalidade que não ocorreu no caso, qual seja a de se lançar expressamente em cheque nominal, ao lado do nome do beneficiário, a cláusula “não à ordem”. De mais a mais, a também demonstrar a inexistência desse impedimento está a principal característica do cheque cruzado que, como consigna a própria ementa do r. aresto de fls. 72, é a de que ele “só pode ser pago pelo sacado a um banqueiro ou a um cliente do sacado”. E, a par da ausência de má-fé, também não restou evidenciado que o apelante não é cliente do sacado.

Em segundo lugar, porque ordem de pagamento a vista que é, como por demais consabido, “o cheque apresentado para pagamento antes do dia indicado como data de emissão é pagável no dia da apresentação” (art. 32, parágrafo único, da Lei n. 7.357/85), de maneira que tal circunstância, ou seja, de ter sido apresentado a desconto antes da data consignada como de emissão, da mesma forma não basta, por si, para elidir a boa-fé do seu portador.

Ora, a própria Magistrada a quo, muito embora tenha julgado procedentes os embargos, ressaltou que “pelos elementos probatórios colacionados não se consegue apurar se o embargado obrou ou não com má-fé” (fls. 39), e, portanto, torna-se incabível qualquer oposição a ele, relativamente à ineficácia do contrato que deu origem à cártula e que foi entabulado entre a apelada e terceiro (Centerur — Viagens e Turismo Ltda.).

A propósito, preleciona do acautado Lauro Muniz Barreto:

“Em regra, no comércio bancário, quem desconta um cheque é terceiro de boa-fé, legítimo portador do título, e, pois, sem dúvida, a coberto de quaisquer motivos, que o passador do cheque possa ou venha a alegar ter contra do favorecido. Exceptio qui obstat girante, non obstat giratorio. Diz Pontes de Miranda que o problema da proteção aos possuidores de boa-fé é comum à letra de câmbio e ao cheque e a vontade expressa no cheque tem toda eficácia ficando o portador legitimado incólume a qualquer alegação de invalidade, mesmo quanto ao erro e ao dolo. Participando da índole cambial, o cheque é título li-



teral e abstrato, não se vinculando os terceiros possuidores a qualquer oposição pessoal do sacador, o que também resulta do postulando da autonomia cambial" (in "O Novo Direito do Cheque", vol. 1, pág. 103, cf. JC 27/136).

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou neste sentido:

"O cheque é título literal e abstrato. Exceções pessoais, ligadas ao negócio subjacente, somente podem ser opostas a quem tenha participado do negócio. Endossado o cheque a terceiro de boa-fé, questões ligadas à causa debendi originária não podem ser manifestadas contra o terceiro legítimo portador do título. Lei n. 7.357/85, artigos 13 e 25" (RSTJ 13/379).

Outro não é o entendimento desta Casa:

"Embargos do devedor. Cheque. Tratando-se de litígio que se travou com aquele que não tomou parte na transação do título e não configurada a má-fé, improcedem os embargos" (Apelação Cível n. 30.611, de Taió, rel. Des. Cid Pedroso).

É por estas razões que votei pelo conhecimento do apelo e por seu provimento, para declarar-se como título executivo extrajudicial o cheque ora juntado aos autos, rejeitando-se, via lógica de consequência, os embargos e determinando-se o prosseguimento da execução.

Florianópolis, 3 de março de 2000.

*Gaspar Rubik.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.013876-8, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Anselmo Cerello**

*Responsabilidade civil — Dano moral — Crônica policial sobre ocorrência verdadeira, mas de autoria não comprovada — Imputação a outrem pela imprensa de conduta irregular, desonrosa ou criminosa — Abalo moral — Reparação devida.*

*O jornal que veicula a notícia referindo-se a ex-policial e funcionário público municipal como adulterador de documentação "esquentada", referente a veículo roubado, não levando em conta a sua qualificação profissional, tirando inferências afoitas, extrapola o direito de informar e exorbita os limites do animus narrandi, ferindo a honra e causando dano moral, daí cabendo a indenização prevista nos arts. 51 e 53 da Lei de Imprensa.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.*

*97.013876-8, da comarca da Capital, em que é apelante Jornal de Santa*

*Catarina Ltda., sendo apelado Iran José Pegoraro:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, desprover o recurso.

Custas legais.

Trata-se de ação de indenização proposta por Iran José Pegoraro contra Jornal de Santa Catarina Ltda., na qual pretende a tutela jurisdicional, no sentido de ser a ré condenada a indenizar-lhe, a título de danos morais, o equivalente a duzentos salários mínimos.

Aduziu que a ré veiculou, em jornal de sua publicação, notícia mentirosa e caluniosa, imputando, ao autor, o fato de ter “esquentado” a documentação do veículo utilizado em um assalto a banco perpetrado por dois cunhados seus.

Asseverou que aquela notícia atingiu frontalmente a sua reputação perante a sociedade, amigos e colegas de serviço.

Pugnou pela procedência do pedido.

Juntou documentos.

Na contestação, a ré argumentou que não trouxe lesividade alguma à honra do autor, porque divulgou os fatos, tão apenas com animus narrandi e sem intenções ofensivas.

Disse, ainda, ser beneficiada pelas excludentes de ilicitude previstas na Lei de Imprensa e que não agiu com dolo, sendo tal responsabilidade da autoridade policial.

Invocou, no mais, o direito de livre expressão, e os limites tarifados

pela Lei de Imprensa como possibilidade máxima de condenação.

O MM. Juiz de Direito julgou procedente o pedido.

Irresignada, a ré apelou, dizendo preliminarmente que a negativa de produção de prova configura evidente cerceamento à defesa, requerendo a anulação da sentença, permitindo-se à apelante a produção de provas que expressamente requereu na contestação.

No mérito, repisou os argumentos lançados na contestação.

Requer, por fim, a improcedência do pedido, invertendo-se a sucumbência.

Às fls. 63, intimou-se a apelante para efetuar o depósito do valor total da condenação, sob pena de deserção.

Houve contra-razões (fls. 67/71).

É o relatório.

O apelo consiste em dois pontos:

1 — Preliminar de cerceamento de defesa: Saber de onde se obteve a informação lançada na notícia impugnada, quem a coletou, se o autor-apelado foi ou não ouvido pela reportagem são questões relevantes que tornam imprescindível a dilação probatória. Também os critérios que orientam o Juiz na dosagem da indenização por força da Lei de Regência envolvem questão de prova.

2 — No mérito, a ré-apelante teria agido com animus narrandi, segundo bem coloca Julio Fabbrini Mirabete:

“Animus narrandi — vontade de relatar o fato singelamente, sem intenção de ofender (RT 527/38; JTACrimSP 53/453, 54/382, 57/338), tal como nos casos de testemunha judicial (JTACrimSP 51/435; JSTJ 34/218; RT 608/351) ou na CEI (Comissão Especial de Inquérito) (RJDTACrim 7/221) ou de solicitação de providências à Polícia, indicando suspeitos ou testemunhas com vista ao esclarecimento do crime de que tem interesse em ver apurado (RT 511/422)”.

E ainda temos:

“Se a intenção do sujeito é apenas de narrar um fato (animus narrandi), descrevendo sem vontade tendenciosa o que viu ou ouviu, não há os elementos subjetivos do tipo’ (Damasio E. de Jesus, ‘Código Penal Anotado’, pág. 400, 4ª ed., Saraiva, 1994)”.

Ora, no caso concreto a ré-apelante, ao compor a reportagem jornalística, foi além dos parâmetros limitativos do animus narrandi, nominando expressamente o autor e imputando-lhe grave fato delituoso, que apenas se circunscrevia nas diligências policiais, que a respeito não logra-

ram exitosa, conquanto a imputação efetuada contra o autor que diante deste contexto viu seriamente vilipendiada sua honra, seu conceito social e boa fama, de forma que repugna ao melhor senso de direito e justiça.

Em face de tal quadro, é inarredável a persistência da reprimenda bem equacionada pela ilustre Magistrada Dra. Vânia Peterman que, com invulgar brilho e elevado senso de jurisdicida-de, compôs a lide, perseguindo amenizar o dano infringido ao autor, de forma, como se diz, aberrantemente afrontosa ao melhor senso de justiça.

Nega-se provimento.

É o voto.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Sérgio Paladino.

Florianópolis, 11 de março de 1999.

*Xavier Vieira,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Anselmo Cerello,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 99.010137-1, DE JOAÇABA**

**Relator: Des. Carlos Prudêncio**

*Representação comercial. Contrato verbal. Exclusividade de zona de representação. Reconhecimento in casu.*

*Nos termos do art. 31 e seu parágrafo único da Lei n. 8.420/92, modificadora da Lei n. 4.886/65, pode o contrato de representação comercial prever a exclusividade de zona ou zonas, oportunidade em que o representante fará jus à comissão pelos negócios aí*

*realizados, ainda que diretamente feitos pelo representado. Ainda que a exclusividade de representação não se presuma na ausência de ajuste expresso, pode ser reconhecida quando os autos denotam, pela prova testemunhal inclusive oriunda da outra contratante, que realmente havia a exclusividade de zona, mesmo que meramente verbal a avença.*

*Se a representada comercial não comprova a ocorrência de justa causa para a rescisão do contrato, deve suportar os ônus decorrentes da denúncia desmotivada, com o pagamento de todos os ônus previstos na legislação sobre o assunto.*

*Rescisão de contrato. Lei n. 4.886/65 e modificação introduzida pela Lei n. 8.420/92. Base da indenização que é aumentada nos termos da nova lei. Incidência imediata do novo diploma, mas que não retroage em seus efeitos patrimoniais.*

*Pelo princípio da reserva legal, inserto nos arts. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, e 6º, § 1º, do Código Civil, a indenização pela rescisão do contrato de representação comercial deve abranger dois períodos: anteriormente a 11 de maio de 1992, pela Lei n. 4.886/65, em montante não inferior a 1/20 do total da retribuição auferida no período do exercício da representação; e posteriormente a tal data, pela Lei n. 8.420/92, até a data da rescisão do contrato, em montante não inferior a 1/12, nos mesmos moldes supramencionados.*

*Prescrição quinquenal prevista pela Lei n. 8.420/92. Ausência de previsão neste sentido no diploma anterior que regia a matéria. Impossibilidade de apanhar a parte com surpresa.*

*A Lei n. 8.420/92 dispõe prescrever em cinco anos a ação do representante comercial para pleitear a retribuição que lhe é devida e os demais direitos que lhe são garantidos pela lei. Se a demanda é proposta em 1995, não pode a parte ser apanhada de surpresa com a exclusão do período anterior a 1990 do cálculo indenizatório, até porque o diploma anterior, de n. 4.886/65, não previa, em nenhum de seus dispositivos, acerca do prazo prescricional para pleitear os direitos garantidos pela lei.*

*99.010137-1, da comarca de Joaçaba*  
*Vistos, relatados e discutidos | (1ª Vara), em que são apelantes e estes autos de Apelação Cível n.*

*apeladas Representações Joaçaba Ltda. e Celulose Irani S/A:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso da ré Celulose Irani S/A e dar provimento parcial ao recurso da autora Representações Joaçaba Ltda.

Custas legais.

### **I — Relatório**

Representações Joaçaba Ltda. ajuizou ação de rescisão de contrato de representação comercial c/c indenização e cobrança de comissões contra Celulose Irani S/A, alegando que, a partir de fevereiro de 1973, estabeleceu contrato verbal de representação comercial, com exclusividade para as regiões do Oeste e Sudoeste do Paraná, Planalto Norte, Meio Oeste e Extremo Oeste, Planalto Serrano, incluindo Lages, Alto Uruguai até Erechim, Passo Fundo até Santa Rosa, a partir de 1993, no Rio Grande do Sul. Disse que se estabeleceram nesta data as linhas fundamentais, especificação de produtos, zona de representação, prazo indeterminado de duração do contrato, exclusividade e valores comissionais, cujas condições duraram ao longo de 23 anos, tendo bom andamento nas relações pessoais e comerciais. Salientou que, até fevereiro de 1991, as comissões foram pagas por notas de contabilidade, sempre corretamente, sendo que, após esta data, com a troca do sistema de pagamento de comissões e da troca do quadro de dirigentes da empresa, a ré iniciou a vendagem direta do seu produto ao mercado, efe-

tuando o pagamento das comissões com atraso, ou não creditando o que a autora fazia jus.

Argumentou que a ré passou a exigir obrigações não pactuadas, como relatórios semanais, visitas semanais a clientes e justificativa de ausência de visitas e, em 1995, encaminhou à autora um instrumento particular de rescisão de contrato verbal de representação, para assinatura e devolução, citando como prazo apenas 18 anos, e fixando, a título de indenização, o valor de R\$ 27.501,00, a ser pago em 18 parcelas. Requereu, pois, a decretação da rescisão do contrato nos moldes mencionados na inicial.

A ré contestou, destacando a existência do contrato verbal, mas que somente iniciou em junho de 1979, pactuado sem qualquer exclusividade de atuação. Disse que, a partir de fevereiro de 1991, houve uma reestruturação na forma de pagamento das comissões, que anteriormente eram pagas aos representantes vendedores independente do pagamento por parte dos clientes, o que causava prejuízo para a empresa ré, que já havia pago a comissão ao seu representante quando ainda não havia recebido seu crédito, o que às vezes sequer chegava a ocorrer. Disse que, a partir desta data, com comunicação à empresa autora, passou a efetuar o pagamento da comissão após a liquidação da obrigação por parte do comprador. Sustentou inexistir previsão no contrato verbal de exclusividade de zona de atuação, havendo, durante todo o período do contrato, a existência da venda direta ou por meio de outros representantes comerciais por ela produzidos e colocados no mercado. Afirmou que não houve qualquer violação de cláus-

sulas contratuais, e sustentou que deverão dar observância às comissões existentes somente a partir de 12 de maio de 1992 até a efetiva rescisão do contrato, à base de 1/12 do valor atualizado, não tendo procedência a soma de todas as comissões, estas com as do período anterior.

Após fase instrutória, o meritíssimo Juiz de Direito julgou parcialmente procedente o pedido, condenando a ré Celulose Irani ao pagamento da importância de R\$ 129.554,78, correspondentes ao aviso-prévio de R\$ 7.601,51; diferenças de comissões de R\$ 67.136,46, e de indenização R\$ 54.810,81. Condenou a ré, ainda, ao pagamento dos juros legais (6% ao ano), a partir da citação (25/09/95), incidentes sobre a condenação, corrigindo-se o aviso-prévio e diferenças de comissões a partir de 30/7/97 (data da primeira perícia) e indenização a partir de 23/3/99 (data da complementação da perícia). Fixou os honorários remanescentes do perito judicial em R\$ 6.000,00, atualizados por ocasião do pagamento e, em decorrência da sucumbência recíproca, impôs o rateio proporcional, ou seja, 50% para cada parte dos honorários advocatícios, fixados em 20% sobre o valor da condenação, e metade das despesas processuais para cada uma, tudo nos termos do caput do art. 21 do CPC.

Irresignada, apela a autora, arguindo que, mesmo que iniciada a relação jurídica de representação comercial ao tempo em que vigia a Lei n. 4.886/65, o ato de rescisão da avença se verificou sob o império da Lei n. 8.420/92, que tem incidência imediata, pelo que o valor da indenização a ser pago pela ré é de 1/12 do total da retribuição auferida durante o tempo

em que exerceu a representação, em atendimento ao comando da letra j do art. 27 da Lei n. 8.420/92, no valor total de R\$ 109.730,38. Ressalta que a ré jamais manteve outro representante na área de exclusividade da autora e requer a sua condenação no pagamento das comissões sobre as vendas diretamente realizadas no valor de R\$ 47.361,34. Diz, ainda, que a ação não está prescrita, não se havendo falar em exclusão do período anterior a agosto de 1990 do cálculo indenizatório, exatamente porque se estará agredindo o art. 27 da Lei n. 8.420/92. Ao final, sustenta ser inadmissível o reconhecimento da sucumbência recíproca, porquanto o Magistrado somente pode decidir o litígio pelos valores do laudo original, ou pelos valores da sua complementação, condenando a parte vencida nos efeitos do pedido inaugural, mas correspondentemente aos valores encontrados na complementação do laudo.

Igualmente inconformada, apela a ré Celulose Irani, arguindo a nulidade da sentença por julgamento extra petita, porquanto a iniciativa da rescisão do contrato não é da autora, mas sim da própria ré, que fundamentou a incursão da autora num dos atos enumerados no art. 36 da Lei n. 4.886/65, o que constituiria justo motivo para rescisão do contrato celebrado entre as partes. Diz que, caso não reconhecida a preliminar, não houve o atraso na liquidação das comissões, reeditando os argumentos contidos na peça contestatória.

Contra-arrazoados os recursos, os autos ascenderam a esta Superior Instância.

## II — Voto

1 — Histórico sobre o instituto da representação comercial

Precedentemente à análise das impugnações específicas à douta sentença monocrática, interpostas por ambas as partes, torna-se essencial discorrer, ainda que brevemente, sobre o instituto da representação comercial, inicialmente regulado pela Lei n. 4.886, de 9/12/65, com as alterações ora previstas na Lei n. 8.420, de 8/5/92. Segundo aquele diploma legal, em seu art. 1º, exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, a que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução do negócio.

Então, o contrato de representação comercial trata de uma atividade de intermediação, em que uma parte se obriga (representante), mediante remuneração, a realizar negócios mercantis em caráter não eventual, em favor de uma outra (representado). Segundo Waldirio Bulgarelli, in "Contratos Mercantis", Ed. Atlas, 5ª edição, "trata-se, pois, de uma atividade de intermediação exercida pelo representante comercial autônomo, em caráter profissional, sem dependência hierárquica, mas, de acordo com as instruções do representado. É um tipo específico de representação, pois, em princípio, o representante não é mandatário (o que poderá ser também desde que assim ajustado com o re-

presentado), nem comissário (o que poderá também ocorrer, cumulando ambas as situações), nem empregado, nem prestador de serviços no sentido técnico, mas que presta serviços, através do exercício da atividade de recolher (ou agenciar, como diz a lei) propostas ou pedidos para transmiti-los ao representado. A desvinculação da representação comercial autônoma dessas figuras contratuais ensejou dúvidas sobre a qualificação de representante, havendo quem o considerasse mero núncio".

O contrato de representação comercial é de ordem consensual, bilateral e oneroso, sendo que o direito à comissão (que é a remuneração do representante) somente ocorrerá após a conclusão e cumprimento do contrato. São obrigações do representante cumprir estritamente o avençado e fornecer ao representado informações detalhadas sobre o andamento dos negócios, sendo seu direito o recebimento da remuneração. As comissões devidas, salvo disposição em contrário, devem ser pagas mensalmente, expedindo o representado a conta respectiva.

Referentemente à extinção do contrato sub examen, dispõe Fran Martins, in "Obrigações e Contratos Mercantis", Forense, 1995, pág. 277: "Podendo o contrato de representação comercial ser ajustado por tempo indeterminado ou determinado, neste último caso extingue-se ocorrendo decurso de prazo. Pode, entretanto, ainda estando em vigor, ser o contrato extinto por fatos imputáveis ao representado ou ao representante. Constituem justa causa para a rescisão do contrato, por fato imputável ao representado (quando, normalmente, o pe-



dido de rescisão é feito pelo representante), quando há redução de esfera de atividade do representante em desacordo com as cláusulas do contrato; quando, prevista a exclusividade do contrato, esta é quebrada, direta ou indiretamente; quando o representado fixa abusivamente os preços em relação à zona do representante, com a finalidade de lhe impossibilitar ação regular; quando o pagamento da remuneração não é feito na época devida; e por motivo de força maior.

“Pode, ainda, o contrato por tempo indeterminado ser extinto pela vontade unilateral de uma das partes, segundo as regras comuns do direito contratual. E, igualmente, sendo o contrato por tempo determinado ou não, pode extinguir-se pelo mútuo consenso das partes”.

Tratam os presentes autos de rescisão de contrato ajuizado por Representações Joaçaba Ltda. contra Celulose Irani S/A, a fim de rescindir o contrato verbal de representação comercial existente entre as partes. Aduz a autora Representações Joaçaba que a ré Celulose Irani é que deu causa ao desfazimento do negócio.

## 2 — Recurso da ré Celulose Irani S/A

Nulidade da sentença por julgamento extra petita

São fatos incontroversos que houve contrato verbal de representação iniciado em fevereiro de 1973, segundo a autora, e junho de 1979, segundo a ré, e que vigorou até 1995, oportunidade em que a requerida Celulose Irani enviou uma correspondência à autora Representações Joaçaba (fls. 120), a fim de rescindir o contrato verbal firmado entre as partes, então

vigente por prazo indeterminado. Vê-se dos documentos de fls. 120/122 que o instrumento de rescisão não foi assinado por qualquer das partes, muito menos pela própria ré Celulose Irani.

Alega a ré Celulose Irani a existência de julgamento extra petita, porquanto a sentença monocrática reconheceu a sua culpa pelo desfazimento do negócio; entretanto, alega que a iniciativa da rescisão do contrato não é da autora Representações Joaçaba, mas sim de sua parte, que fundamentou a incursão da autora num dos atos enumerados no art. 36 da Lei n. 4.886/65, o que constituiria justo motivo para rescisão do contrato celebrado entre as partes.

Entretanto, dессome-se da peça contestatória de fls. 129, que a ré Celulose Irani não imputou à autora qualquer dos atos enumerados na Lei supracitada que dão azo à rescisão da avença. Não propôs, sequer, reconvenção, e apenas esclareceu, em sua defesa, acerca das mudanças ocorridas na reestruturação da forma de pagamento das comissões, o que reputou ter sido aceito pela própria autora Representações Joaçaba.

Ademais, a autora, na petição inicial, requereu expressamente a rescisão do contrato por culpa da ré, conforme item 1 de fls. 9, sendo que o instrumento de rescisão enviado pela requerida Celulose Irani não tem o condão de valer como interpelação para o desfazimento do negócio, porquanto sequer está assinado pela própria ré.

Afasta-se, pois, a preliminar.

Os demais pontos levantados no apelo da ré Celulose Irani serão



analisados em conjunto com o recurso da autora Representações Joaçaba, pois o mérito de ambos se confunde.

3 — Recurso da autora Representações Joaçaba Ltda.

a) Exclusividade de representação

Acolhe-se a alegação da recorrente Representações Joaçaba de que teria ocorrido exclusividade de zona de atuação, pelo que requer as comissões pelas vendas realizadas diretamente pela ré Celulose Irani.

Prevê o art. 31 da Lei n. 8.420/92, modificadora da Lei n. 4.886/65, in verbis: “Art. 31. Prevendo o contrato de representação a exclusividade de zona ou zonas, ou quando este for omissis, fará jus o representante à comissão pelos negócios aí realizados, ainda que diretamente pelo representado ou por intermédio de terceiros.

“Parágrafo único. A exclusividade de representação não se presume na ausência de ajustes expressos”.

Dessa forma, “a exclusividade poderá ou não existir e, em caso afirmativo, o representante fará jus à comissão pelos negócios realizados na zona determinada, ainda que diretamente pelo representado ou por intermédio de terceiros, e não se presume na ausência de ajuste expresso” (Bulgarelli, op. cit., pág. 473).

Entretanto, no presente caso, conquanto verbal, o certo é que a autora Representações Joaçaba Ltda. tinha exclusividade de representação nas áreas referidas na petição inicial. Ademais, a Lei n. 4.886/65 era omissa quanto à obrigatoriedade de a exclusi-

vidade constar no contrato. Assim, com razão a autora Representações Joaçaba quando diz nas razões de apelo que “o contrato era verba e vigia dentro do princípio da intencionalidade eis que durante todo o período da representação foi respeitada esta livre manifestação da vontade, qual seja, a de que na área física destinada à recorrente nenhum outro representante comercial promovesse vendas em favor da representada como expressamente declinaram as testemunhas, sendo uma delas inclusive ex-gerente da recorrente.

“A decisão ora atacada não levou em consideração que a recorrida deveria afastar de forma inequívoca os fatos constitutivos afirmados pela recorrente no que permite à exclusividade. A recorrida é silente neste particular, enquanto que a recorrente apresentou prova testemunhal robusta do fato constitutivo do seu direito”.

Assim, a autora tem direito à indenização sobre as vendas efetuadas diretamente pela representante Celulose Irani S/A em 94 e 95, cujo cálculo é relegado à liquidação de sentença.

b) Incidência da Lei n. 8.420/92

Argúi a recorrente Representações Joaçaba que, mesmo iniciada a relação jurídica de representação comercial ao tempo em que vigia a Lei n. 4.886/65, o ato de rescisão da avença verificou-se sob o império da Lei n. 8.420/92, que tem incidência imediata, pelo que o valor da indenização a ser pago pela ré é de 1/12 do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação, em atendimento ao comando da letra j do art. 27 da Lei n. 8.420/92, no valor total de R\$ 109.730,38.

O prefalado art. 27 da Lei n. 4.886/65, com as modificações da Lei n. 8.420/92, dispõe: “Do contrato de representação comercial, além dos elementos comuns e outros a juízo dos interessados, constarão, obrigatoriamente:

“(…)”

“i) exercício exclusivo ou não da representação a favor do representado;

“j) indenização devida ao representante pela rescisão do contrato fora dos casos previstos no art. 35, cujo montante não poderá ser inferior a 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação”.

A nova redação do item j foi acrescentada pela Lei n. 8.420/92, sendo que a redação anterior do mesmo item, pela Lei n. 4.886/65, indicava que a indenização devida seria de 1/20 do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação. Argumenta a apelante Representações Joaçaba, então, que a Lei n. 8.420/92, publicada em 11/5/92, tem incidência imediata e se aplica a todo o período do contrato. Ao contrário, a ré argumenta que, anteriormente à publicação da nova lei (5/92) aplicar-se-ia a Lei n. 4.886/65.

Entendo não haver razão à apelante Representações Joaçaba.

Por meio da reserva legal inserida nos arts. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, e 6º, § 1º, do Código Civil, a indenização pela rescisão do contrato deve abranger dois períodos: anteriormente a 11 de maio de 1992, pela Lei n. 4.886/65; e posteriormente a tal data pela Lei n. 8.420/92, até

1995, oportunidade da rescisão do contrato.

O inciso XXXVI, do art. 5º, da Carta dispõe que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, reputando-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

Rubens Edmundo Requião, in “Nova Regulamentação da Representação Comercial Autônoma”, Curitiba, JM — Livraria Jurídica, 1993, pág. 25, deixou consignado que:

“A aplicação das novas regras traduzidas pela Lei n. 8.240/92 deverá respeitar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. Os contratos escritos, anteriores a 11 de maio de 1992 (data da publicação da lei), continuarão a ser regidos por suas cláusulas e pela Lei n. 4.886/65, no seu texto original, porque foram celebrados sob o comando dessa lei. Os contratos verbais, anteriores àquela data, também se regerão pela Lei n. 4.886/65, em sua antiga feição, em face da regra contida no art. 6º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil...”.

A lei nova, então, tem incidência imediata, e não retroativa, ainda que seja de ordem pública. Trata-se, em suma, de respeitar o ato jurídico perfeito e aplicar a lei vigente na data em que o fato se consumou, sob pena de comprometer a situação patrimonial da parte. Os efeitos patrimoniais, pois, em suma, não retroagem.

c) Prescrição das verbas anteriores a agosto de 1990

Prevê, também, o art. 44, parágrafo único, da lei em exame, que prescreve em cinco anos a ação do representante comercial para pleitear a

retribuição que lhe é devida e os demais direitos que lhe são garantidos por esta lei.

Diz a recorrente Representações Joaçaba que a ação não está prescrita, não havendo falar em exclusão do período anterior a agosto de 1990 do cálculo indenizatório, exatamente porque se estará agredindo o art. 27 da Lei n. 8.420/92.

Entendo estar com razão a apelante nesta parte, porquanto a Lei n. 4.886/65 não previa, em nenhum de seus dispositivos, e anteriormente às modificações da Lei n. 8.420, acerca do prazo prescricional para pleitear os direitos garantidos pela lei. Não pode a lei nova, de n. 8.420/92, então, sob pena de apanhar a parte com surpresa e restringir-lhe direitos, estabelecer um prazo prescricional para pleitear indenização que retroaja em seus efeitos todo o contrato, iniciado na década de 70.

A ação foi ajuizada em 11 de agosto de 1995 mas, não obstante, tem a apelante direito de ter a indenização anteriormente a 1990. Os cálculos de fls. 446 referem-se ao direito de atualização da indenização completa, por meio do cálculo de 1/12 previsto no art. 27 da lei. Entretanto, anteriormente a 1992, na incidência do quantum de 1/20 previsto anteriormente à modificação do artigo pela Lei n. 8.420/92, devendo este ser tomado como base para o cálculo do montante indenizatório. Por ausência de condições específicas no momento, por parte deste Juízo, de calcular o montante devido, relega-se o ato à liquidação de sentença, reconhecendo-se, então, o direito de indenização anteriormente a 1990.

No que toca aos argumentos da ré Celulose Irani referentes à reestruturação na forma de pagamento das comissões, que seriam feitas, a partir de 1991, após a liquidação dos fornecimentos encomendados pelos clientes, tem-se que inexistente prova suficiente a expungir o pagamento das comissões à autora Representações Joaçaba, a uma porque todo o contrato foi firmado de forma verbal, e a duas porque, ainda que tenha sido enviado correspondência à autora informando sobre reuniões para discussão do tema, esta não compareceu, o que se presume ser uma negativa de concordância aos novos moldes contratuais, prevalecendo, então, o que era contratado há longos anos entre as partes de forma tranqüila.

#### d) Sucumbência recíproca

Segundo o art. 21 do CPC, sendo cada litigante em parte vencedor e vencido, entre eles devem ser recíproca e proporcionalmente distribuídos os honorários advocatícios e as custas processuais. A sentença impôs o rateio proporcional dos honorários advocatícios (50% para cada parte), fixados em 20% sobre o valor da condenação, mais metade das despesas processuais para cada uma.

Ressalta-se que o recurso foi provido no tocante à ausência da prescrição ventilada na Lei n. 8.420/92, ou seja, restou a autora vencedora quanto à exclusividade de zona de representação e prescrição quinquenal. Ou seja, ganhou a ação em sua totalidade, exceto quanto à extensão do percentual de 1/12 em todo o contrato.

Afasta-se, pois, a condenação da autora Representações Joaçaba nas

custas e honorários, porquanto decaiu de parte mínima do seu pedido.

### III — Decisão

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso da ré Celulose Irani S/A e dá-se provimento parcial ao recurso da autora Representações Joaçaba Ltda.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Trindade dos Santos.

Florianópolis, 16 de dezembro de 1999.

*Carlos Prudêncio,  
Presidente e Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 99.011816-9, DE CRICIÚMA

**Relator: Des. Carlos Prudêncio**

*Rescisão de contrato. Atraso na entrega da obra. Interpelação para manifestação acerca do cumprimento do contrato e pagamento das parcelas adimplidas. Suposta necessidade de notificação prevista no art. 43 da Lei n. 4.591/64. Fim colimado e atingido. Carência de ação afastada.*

*Não incorre em carência de ação o comprador do imóvel que, não obstante a exigência contida no art. 43 da Lei n. 4.591/64 referente à notificação do incorporador para dar andamento à obra paralisada, protocola interpelação judicial para reclamar uma posição deste acerca do cumprimento do contrato e do pagamento das parcelas adimplidas. O efeito prático da medida acautelatória, neste caso, é idêntico, não podendo o juiz cingir-se a termos técnicos se a finalidade pretendida com a medida preliminar foi efetivamente alcançada.*

*Indenização. Compra de imóvel. Unidade habitacional em construção. Atraso na entrega da obra. Ressarcimento devido. Recurso desprovido.*

*Se a construtora/incorporadora não cumpre a obrigação de entregar a obra conclusa na data contratualmente prevista e sequer notifica regularmente os pretensos compradores, sob o argumento de que a demora na entrega da construção é devida ao atraso no pagamento pelos outros contratantes, não se exime do dever de indenizar. A paralisação ou atraso na construção da obra por prazo considerável acarreta a rescisão do contrato e a obrigação de devolução ao comprador dos valores pagos.*

*Inteligência do art. 1.092 do CC. Exceptio non adimpleti contractus.*

*Uma parte não pode alegar o inadimplemento da outra senão após quitar a sua parte da avença, nos termos do art. 1.092 do CC. Ou seja, se a incorporadora atrasa na construção da obra contratada, não pode mais exigir, a partir daquela data, o pagamento das parcelas por parte dos compromissários compradores.*

*Alegação de dificuldades financeiras. Planos econômicos. Inviabilidade.*

*A justificativa de dificuldades financeiras para com o atraso de entrega de obra é inaceitável no seio pretoriano, pois é sabido que o surgimento de planos econômicos não tem sido novidade em nosso País nos últimos anos.*

*Comprador que dá um carro como parte do pagamento de imóvel. Arras. Inexistência de previsão expressa no contrato.*

*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, as arras somente existem quando expressamente previstas no contrato. Inocorrente qualquer disposição a este respeito na avença, a dação de um carro como parte do pagamento do imóvel não caracteriza o sinal, não podendo o comprador, após a rescisão da avença, ver restituída em dobro a quantia.*

## I — Relatório

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.011816-9, da comarca de Criciúma (3ª Vara), em que é apelante Geplan — Engenharia e Construção Ltda., sendo apelado Paulo Ávila:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, afastada a preliminar, negar provimento ao recurso.

Custas legais.

Paulo Ávila ajuizou ação de rescisão de negócio jurídico c/c restituição de pagamento e indenização contra Geplan — Engenharia e Construções Ltda., alegando, em síntese, que firmou com a ré um contrato de promessa de compra e venda de um apartamento e um box de garagem do Edifício Toronto, no valor total de R\$ 41.000,00, que seriam pagos da seguinte forma: 60 parcelas de R\$ 500,00, equivalentes a 1,52 CUB's e ainda 5 reforços anuais de R\$

2.200,00, correspondentes a 6,69 CUB's. Além disso, a título de sinal e princípio de pagamento, desembolsou R\$ 17.000,00 no dia 17/5/95 e vinha cumprindo rigorosamente em dia os demais pagamentos, inclusive de forma adiantada. Argumentou que pagou o total original de R\$ 36.874,40 que, devidamente corrigidos pelo sistema judicial e com juros de 1% ao mês, atingiram o montante de R\$ 57.102,55.

Disse que a demandada não cumpriu com sua parte no negócio, pois o prazo de entrega de todo o prédio estava previsto para maio de 1997, mas só houve a construção das salas comerciais térreas, ou seja, sequer foi iniciada a parte referente aos apartamentos. Argumentou que interpelou judicialmente a ré, mas não obteve resposta e, além dos valores que desembolsou, salientou ter direito à multa de 10% e à restituição em dobro da quantia paga a título de arras, que representa o total de R\$ 95.882,27. Requereu, ao final, a rescisão do contrato e a condenação da ré ao pagamento supramencionado, juntamente com a devolução das notas promissórias que estariam em poder da requerida.

A ré contestou, alegando, preliminarmente, a carência de ação e, no mérito, disse que o pagamento do valor de R\$ 17.000,00 não pode ser considerado como arras, porque não há qualquer menção no contrato a tal respeito, sendo descabido falar em devolução em dobro.

Na mesma oportunidade, a requerida apresentou reconvenção, visando a aplicação do art. 1.531 do CC, sob o argumento de estar o autor

cobrando excessivamente os valores indevidos.

Sentenciando, o meritíssimo Juiz de Direito julgou procedente em parte o pedido, decretando a rescisão do contrato e condenando a ré a ressarcir ao autor o valor de R\$ 62.812,81 e a devolver as notas promissórias emitidas em garantia do pagamento. Condenou-a, ainda, ao pagamento das despesas processuais e honorários, na base de 20% sobre o montante da condenação, equivalentes a R\$ 12.652,56. Entretanto, reconheceu a sucumbência recíproca, condenando o autor também a pagar despesas processuais proporcionais à sua derrota e honorários no valor de R\$ 6.613,89. Da mesma forma, julgou improcedente o pedido formulado na reconvenção, condenando a reconvincente ao pagamento das despesas e honorários, fixados em R\$ 6.800,00.

Irresignada, apela a ré, arguindo, preliminarmente, carência de ação, pois nos termos da Lei n. 4.591/64, em seu art. 43, VI, deve o incorporador ser notificado, em caso de paralisação da obra, para no prazo de 30 dias retornar a construção e dar-lhe andamento normal. Diz que a finalidade da interpelação foi de solicitar a devolução dos valores pagos, mas antes de qualquer medida de cobrança deveria o contratado notificar o apelante para que cumprisse sua parte para, daí sim, arcar com as sanções previstas.

No mérito, invoca o art. 1.092 do CC e diz que, em maio de 1997, quando o apelado sustou os pagamentos dos contratos firmados, muitos outros condôminos já haviam deixado de fazê-lo porque não suportaram os

pagamentos. Argúi a má situação financeira do país decorrente das transformações econômicas operadas e diz ter ocorrido força maior para o não cumprimento das obrigações. Requer o recálculo dos juros constantes da sentença para 0,5% ao mês, contados da citação, e acrescenta ser indevida a multa, pois não está prevista em contrato e contrária ao que determina o Codecon. Ao final, salienta que o valor recebido de R\$ 17.000,00 não é sinal ou garantia de pagamento e que o autor, na inicial, não apontou o valor postulado a título de arras. Requer a condenação do recorrido nas sanções previstas no art. 1.531 do CC e a fixação de honorários no patamar mínimo previsto em lei, ou seja, de 10%.

Contra-arrazoado o recurso, os autos alçaram a esta Superior Instância.

## II — Voto

### 1 — Preliminar de carência de ação

Rejeita-se a preliminar de carência de ação. Não obstante a redação do art. 43, VI, da Lei de Condomínios e Incorporações, de n. 4.591/64, reporte-se à notificação do incorporador para o reinício da obra é irrelevante tenha o autor Paulo Ávila, a fls. 10, protocolado um pedido de interpelação, porquanto o efeito prático da peça foi o mesmo. A fls. 11, na parte final do requerimento, o interpelante Paulo postulou:

“a) que a interpelada, sob pena de confessa, ratifique, nos próprios autos (...), sua intenção de interromper a construção do prédio, não entre-

gando, desta forma, o apartamento na data convencionada na cláusula de n. 17.2 do contrato, ou seja, até o mês de maio passado, com tolerância de 120 dias apontada na cláusula n. 8.1 do referido contrato”. Requereu, também, na oportunidade, a devolução das parcelas pagas, juros de mora e multa compensatória.

Diz a apelante Geplan que a finalidade da interpelação foi somente a de solicitar a devolução dos valores pagos, sendo que antes de qualquer medida de cobrança, deveria o contratado Paulo notificá-la para que cumprisse sua parte na avença, qual seja, a continuação da obra.

Os argumentos são realmente dispensáveis. A uma porque o pedido de manifestação da ré apelante Geplan acerca do cumprimento do contrato foi efetivado, e a duas porque ela reconhece que atrasou a entrega da obra, não podendo exigir qualquer formalidade por parte do promitente comprador com a finalidade de lhe compelir a continuar uma obrigação que fazia parte do próprio contrato de compromisso de compra e venda.

### 2 — Mérito

a) Responsabilidade da apelante Geplan pela rescisão do contrato

O autor apelado Paulo Ávila e a ré apelante Geplan firmaram contrato de promessa de compra e venda do apartamento n. 505 e respectivo box de garagem do Edifício Toronto, na cidade de Criciúma, em data de 17/5/95.

No contrato firmado, a ré Geplan fez menção à sua submissão à Lei n. 4.591/64 que rege a matéria de condomínios e incorporações. O art. 29 do referido diploma, c/c art. 31, es-



tabelece que é incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que seja o construtor, o proprietário do terreno, o promitente comprador ou o cessionário deste, e que compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas.

O art. 48 da Lei, dissertando sobre a construção de edificações em condomínio, dispõe: "A construção de imóveis, objeto de incorporação, nos moldes previstos nesta lei, poderá ser contratada sob o regime de empreitada ou de administração...".

Então, a construção pode ser promovida e realizada pelo incorporador, sob regime de empreitada ou administração, como pode ser contratada diretamente entre adquirentes e a companhia construtora. In casu, resta evidente, pela análise das cláusulas contratuais, que a ré apelante, na condição de incorporadora, comprometeu-se a construir o edifício sob o regime de empreitada, não se podendo furtar à responsabilidade contratual e/ou à imputação a terceiros da responsabilidade pela não entrega da obra no prazo previsto.

J. Nascimento Franco, prelecionando sobre o assunto, em sua obra, *Incorporações Imobiliárias*, Ed. RT, 1984/141, estabeleceu o conceito de construção por empreitada:

"Na incorporação, a construção pode ser feita pelo sistema de empreitada a preço fixo ou a preço reajustável por índices previamente determinados (art. 55 da Lei n. 4.591). Entende-se a preço fixo, a empreitada em cujo contrato não se convencionar qualquer modalidade de reajuste (§ 6º

do art. 55). Trata-se de modalidade especial de contrato de empreitada porque, embora celebrado individualmente entre o construtor e o adquirente, se enquadra no negócio complexo de que participam todos os aderentes. Responsabilizando-se apenas pelo custeio da unidade de que é titular, o interessado subscreve um contrato de adesão, do qual não pode se desvincular unilateralmente, como poderia fazê-lo numa construção isolada, uma vez que a unidade contratada se insere num empreendimento coletivo, qual seja o edifício a construir".

A fls. 150, o festejado autor continua:

"A construção por administração ou a preço de custo é paga pelos aderentes à incorporação, sob forma de rateio dos gastos mensais feitos pelo incorporador ou pelo construtor. Teoricamente deveria ser o sistema preferido numa economia inflacionária como a nossa, pois asseguraria sempre o perfeito equilíbrio financeiro da construção. Contudo, os adquirentes continuam procurando precaver-se contra o aumento do preço, preferindo contratá-la a preço fixo. Mas também esta modalidade vem sendo deturpada, ora pela calculada má-fé dos incorporadores incorretos, ora pelas próprias contingências econômicas. Para poder cumprir o contrato a preço fixo, o incorporador precisa incluir nas suas estimativas o aumento do custo da construção, resultando um preço alto que afasta os compradores. Por isso, alguns incorporadores fazem uma estimativa baixa e irreal destinada a seduzir os interessados, já no propósito de determinar a paralisação das obras, quando as prestações forem insuficientes para custeá-las, e de



recomeçá-las quando os condôminos concordarem com o reajuste”.

Assim, da forma mencionada pelo Meritíssimo Magistrado, a fls. 158, trata-se de uma construção por incorporação, sendo que a incorporadora é que tem o risco da atividade econômica. “Se a ré não teve lastro financeiro para dar prosseguimento à edificação, somente ela pode suportar seus efeitos, pois as alegações de inadimplência e crise econômica não têm o condão de eximi-la da responsabilidade pela quebra do contrato”.

Outrossim, a justificativa de que a inadimplência dos compradores é que deu causa ao atraso nas obras não afasta sua responsabilidade de cumprir a construção no termo avençado, porquanto nenhuma atitude tomou contra os supostos devedores.

Desta Primeira Câmara Civil, já deixou consignado o eminente Des. Trindade dos Santos, na Apelação Cível n. 48.831, de São José, publicada no DJE de 22/9/97:

“Os contratos de empreitada impõem-se cumpridos estritamente nos moldes avençados, mormente no que tange ao prazo previsto para a conclusão dos trabalhos. Ultrapassado o prazo estabelecido, incidirá a empreiteira em inexecução contratual. E se, em razão dessa inexecução contratual, aquela que contratou os serviços vê-se obrigada a contratar os préstimos de terceiros para concluir os mesmos trabalhos, tendo, demais disso, que arcar com encargos extraordinários vinculados ao financiamento da obra, patente é a responsabilidade da empreiteira quanto ao ressarcimento desses prejuízos, pois, somente com ele, restará recomposta

a situação econômica que estaria sendo refletida, acaso a prestação houvesse sido atempadamente cumprida”.

Outrossim, a justificativa de dificuldades financeiras é inaceitável, pois o surgimento de planos econômicos não tem sido novidade em nosso País nos últimos anos.

Nesse vértice, do Exmo. Sr. Des. Eder Graf, colhe-se a Apelação Cível n. 97.003714-4, da Capital, julgada em 5/8/97:

“Se o vendedor não cumpriu a obrigação assumida, deixando de entregar a obra no prazo contratualmente estipulado, não pode, sob a alegação de que o comprador não providenciou o financiamento da unidade junto ao agente do SFH, pretender a rescisão do contrato e o recebimento de indenização por perdas e danos.

“A implantação de novo plano econômico pelo governo federal não caracteriza caso fortuito ou força maior a elidir a responsabilidade da empresa construtora pela entrega da unidade transacionada no prazo avençado”.

Nesse sentido, também, importante a lição de Mário Machado Vieira Netto, meritíssimo Juiz de Direito do DF:

“Em primeiro lugar, não há como, em nosso País, qualificar-se a inflação ou um plano econômico como ‘acontecimento imprevisível e imprevisível’. De há muito convivemos com um regime econômico absolutamente instável, com a inflação, ao sabor dos variados planos econômicos, ortodoxos ou heterodoxos, atingindo índices exacerbados e descendo a quase ze-

ro, para, em seguida, recrudescer, reduzir, estabilizar, retomar crescimento, baixar etc." (RT 689/109).

Nesse sentido, também, a Ap. Cív. n. 46.702, da Capital, de minha lavra.

A fls. 28, a cláusula 17.02 da avença prevê que: "A unidade objeto desta promessa de compra e venda é a de número 505 (quinhentos e cinco), situada no sétimo andar da edificação, unidade habitacional já descrita e caracterizada nesta escritura particular, que deverá estar pronta até o último dia do mês de maio de 1997".

A presente demanda foi ajuizada em 1998, quando há muito a obra estava paralisada. Ou seja, em se tratando de contratos bilaterais, como o presente, a parte lesada pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos ou pode exigir o cumprimento da obrigação pela parte inadimplente, executando, assim, o contrato, mesmo que o inadimplemento tenha sido parcial ou total.

Destarte, basta que uma das partes descumpra cláusula contratual, não satisfazendo a obrigação assumida no instrumento, para que o prejudicado possa requerer uma das alternativas supra, como ocorre no caso presente de atraso de entrega da obra que já se tornou alvo comum nos pretórios.

A propósito, decidi esta Câmara, por ocasião do julgamento da Ap. Cív. n. 49.244, de São José, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, in DJ de 14/11/95:

"A bilateralidade do contrato exige que as duas prestações sejam simultaneamente cumpridas. Inobservada a reciprocidade, a parte lesada

está autorizada a clamar a rescisão. Ocorrendo impossibilidade de financiamento da unidade habitacional por fato estranho ao adquirente, mas de responsabilidade do vendedor, o desfazimento da avença é a solução mais adequada, com a restituição atualizada das quantias pagas, acrescidas de juros a partir da citação".

Destarte, o não cumprimento da obrigação por parte do construtor, sem concorrência de culpa dos compromissários compradores, torna evidente a rescisão da avença. Não pode a apelante, nos termos do art. 1.092 do CC, alegar a exceção do contrato não cumprido por parte dos autores apelados, em vista do atraso nas prestações, primeiramente porque esse retardamento injustificado por parte da requerida no tocante à conclusão da obra importa em mora de sua parte e em segundo porque, ocorrendo a inexecução da obrigação, tal fato enseja a rescisão contratual, consoante ensinamento do ilustre doutrinador Silvio Rodrigues: "Se um dos contratantes torna-se inadimplente, quando o outro já forneceu sua prestação ou estiver pronto a fornecê-la, confere a lei a este último uma alternativa. Com efeito, pode o contratante pontual ou exigir o cumprimento do contrato ou pedir a sua rescisão com perdas e danos (CC, art. 1.092, parágrafo único)" (in Direito Civil, vol. 3, 22ª ed. atualizada, 1994, pág. 74).

#### b) Arras

A discussão da presente demanda, no que se refere às arras, circunscreve-se ao fato de o autor Paulo Ávila ter requerido, na inicial, a restituição em dobro da quantia paga a título de arras, no valor de R\$ 17.000,00, re-

presentado pelo veículo Kadet que foi entregue como parte do pagamento no dia 17/5/95. O recibo de fls. 29, oriundo da Geplan, contém os seguintes dizeres: "Recebi(emos) de Paulo Ávila a importância acima algarismada de dezessete mil reais pago através do veículo Kadet Ipanema GL ano 1994 proveniente de ato aquisição apto 505 box 4 Ed. Toronto, pela qual damos plena e geral quitação".

A ré apelante Geplan confirma o pagamento das parcelas mencionadas na inicial, mas sustenta que o valor de R\$ 17.000,00 não pode ser considerado como arras, porque não restou previsto expressamente no contrato a esse título.

As arras, nas palavras do mestre civilista Washington de Barros Monteiro, têm tríplice função: "é a confirmação do contrato, que se torna obrigatório; é a antecipação da prestação prometida pelo contratante; é a prévia determinação das perdas e danos pelo não cumprimento das obrigações". Sobre a terceira função, aduz mais especificamente que: "a terceira função das arras é a de prefixar o montante das perdas e danos, a que tem direito a parte inocente pelo inadimplemento do outro contratante" (in Curso de Direito Civil, vol. 5, pág. 40).

Caio Mário da Silva Pereira, in Instituições de Direito Civil, Forense, 3ª ed., vol. III, n. 202 ensina: "Dado o sinal, está confirmado o negócio. Se o objeto dado em arras for dinheiro (Código Civil, art. 1.096) ou, como mais precisamente enuncia Saleilles, se guardar relação de fungibilidade com o objeto do contrato, considera-se princípio de pagamento, que apenas poderá completar-se; devolvem-se,

ao contrário, se não existir aquela relação, no momento em que o contrato se executa. Se, porém, o negócio se impossibilitar sem culpa, restituem-se, porque não sobrevive a causa de sua retenção. No caso, entretanto, da impossibilidade originar-se de culpa, ou se houver recusa de cumprimento, perdê-las-á em benefício do outro contratante, se arrependido ou culpado foi o que as tiver dado (Código Civil, art. 1.097)".

Realmente, o contrato sub judice nada prevê acerca do pagamento de arras. Pode-se embutir o carro, na avença, como parte do pagamento, mas não como sinal, porquanto este deve estar expressamente previsto. 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) (grifos meus).

Destarte, não assiste razão para a requerida devolução em dobro da referida quantia. Ainda que se a considerasse como arras, vê-se que a devolução em dobro somente seria possível na hipótese do art. 1.095 do CC, quando as partes estipulam o direito de se arrepender. Daí, as arras seriam uma espécie de punição para aquele que voltou atrás no compromisso assumido. Diz o referido preceito: "Podem, porém, as partes estipular o direito de se arrepender, não obstante as arras dadas. Em caso tal, se o arre-

pendido for o que as deu, perdê-las-á em proveito do outro; se o que as recebeu, restituí-las-á em dobro". Então, inexistente previsão no contrato do direito de arrependimento, nem se poderia falar, in casu, de devolução em dobro.

c) Do recálculo das parcelas

Rejeita-se a pretensão da apelante Geplan de incidência de juros de 0,5% ao mês na correção das parcelas. Para tanto, valho-me da explanação expendida pelo meritíssimo Juiz de Direito de fls. 116:

"O cálculo apresentado pelo autor às fls. 15/16 está perfeitamente adequado ao contrato e às regras de indexação vigentes, inclusive aquelas adotadas pelo Judiciário Catarinense.

"Em caso de inadimplência o pacto previa juros moratórios de 1% ao mês e multa compensatória de 10% (cláusula 6.01 — fls. 20).

"Isso era destinado ao adquirente, mas por questões de isonomia, em caso de mora da alienante, nada mais justo que a ela também se imponham tais encargos.

"O requerente nada mais fez que corrigir cada parcela pelos índices judiciais de indexação (abrindo mão do IGPM que estava previsto no contrato). Também aplicou juros moratórios de 1% ao mês e multa de 10%, o que totalizou R\$ 62.812,81 até o aforamento da ação.

"Ressalte-se que referida multa não é de caráter moratório, mas com-

preende típica cláusula penal, a qual é perfeitamente válida e não encontra óbice no Código de Defesa do Consumidor.

"(...)

"Os números do cálculo de fls. 15/16 não foram impugnados pela requerida, que se rebela exclusivamente quanto ao sistema de sua efetivação, o qual, como visto, nada tem de irregular, exceto no que diz respeito à pretensão de cobrar as arras em dobro, o que já ficou afastado".

d) Honorários

Insurge-se a recorrente Geplan, ao final, na condenação dos honorários imposta na sentença monocrática, requerendo sua redução para o patamar mínimo previsto em lei, qual seja, 10%.

Entretanto, agiu com acerto o Magistrado ao fixar honorários de forma proporcional à derrota das partes, não prosperando a pretensão do vencido.

### III — Decisão

Ante o exposto, afastada a preliminar, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Newton Trisotto.

Florianópolis, 16 de dezembro de 1999.

*Carlos Prudêncio,  
Presidente e Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 99.014229-9, DE CRICIÚMA****Relator: Des. Carlos Prudêncio**

*Ação de reintegração c/c perdas e danos. Posse do réu adquirida em virtude de contrato particular de compra e venda. Necessidade de prévia rescisão do pacto ou de pedido cumulado com rescisão contratual. Indeferimento da inicial. Recurso desprovido.*

*A existência de contrato de compra e venda de imóvel, assumida pela autora/vendedora, torna justa a permanência do réu/comprador na sua posse enquanto não rescindido o pacto, eis que não configurado o esbulho nos termos do art. 489 do CC.*

*É injusta a posse violenta, clandestina ou precária. Inocorrendo nenhum desses pressupostos, não possui interesse de agir o promitente vendedor que formula pedido de reintegração de posse sem prévia ou concomitante pedido de rescisão do pacto firmado. Se o comprador tem a posse do imóvel em razão de contrato, o vendedor carece da ação de reintegração de posse pois, sem prévia rescisão da avença, não pode aquele ser considerado esbulhador.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.014229-9, da comarca de Criciúma (2ª Vara), em que é apelante Doracema Rodrigues, sendo apelado José Fernando Souza Fonseca:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas legais.

**I — Relatório**

Doracema Rodrigues ajuizou ação de reintegração de posse contra José Fernando Souza Fonseca, alegando que, na qualidade de legítima possuidora do imóvel situado no Bairro Imperatriz, com aproximadamente 14x25m, firmou contrato verbal de compra e venda, comprometendo-se

a ceder o imóvel ao réu mediante o preço ajustado de R\$ 2.000,00. Disse que o requerido não pagou o valor combinado mas passou a ocupar o imóvel, razão pela qual requer a concessão de liminar e, ao final, a procedência da ação de reintegração definitiva no imóvel.

Sentenciando de plano, a Meritíssima Juíza de Direito indeferiu a inicial, julgando extinto o processo sem julgamento do mérito. Na mesma ocasião, deferiu o benefício da assistência judiciária requerida e deixou de condenar a autora ao pagamento das custas processuais.

Irresignada, apela a autora, reeditando os argumentos expostos na inicial e dizendo, a fls. 42, que no imóvel em questão, atualmente, somente se encontra o novo proprietário e não o apelado que, segundo informações

adquiridas pela recorrente, está residindo com sua mãe à Rua n. 285, casa 193, em Forquilha.

Em seguida, mantida a decisão pelo douto Magistrado, os autos alçaram a esta Superior Instância.

## II — Voto

Tratam os autos de reintegração de posse proposta por Doracema Rodrigues contra José Fernando Souza Fonseca, aduzindo ser possuidora de um imóvel e uma casa de madeira situados no Bairro Imperatriz, no qual reside desde março de 1995 até agosto de 1998, oportunidade em que os negociou com o réu, pelo valor de R\$ 2.000,00 que seria pago, conforme consta na inicial, da seguinte forma: em 27/8/98, o réu pagaria R\$ 1.500,00 à autora, comprometendo-se por meio de uma nota promissória; entregaria, também, uma meia-água no valor de R\$ 500,00.

Segundo argumenta a autora Doracema, o réu se apossou do imóvel sem cumprir com o acordado, motivo que deu azo à presente demanda.

Determinada pelo Magistrado a realização de audiência de justificação prévia, a fls. 14, esta restou realizada com a presença de ambas as partes. Entretanto, conforme o mandado de fls. 20, o prazo para responder a demanda seria de 15 dias contados da decisão que deferisse ou não a liminar, mas o réu José Fernando não foi encontrado (fls. 20v.). Por outro lado, compareceu, pessoalmente, à audiência de justificação (fls. 21).

A fls. 23, a autora apelante Doracema sustenta que não sabe mais onde o réu José está morando, pois

ele vendeu o imóvel objeto da lide para um senhor vulgarmente conhecido por Betão. Requeru, pois, o deferimento da liminar e a citação editalícia do requerido.

Deferida a liminar, o mandado de cumprimento foi devolvido a fls. 27v., em razão de não terem sido fornecidas condições ao Oficial de Justiça para o seu efetivo cumprimento. A fls. 28/29, a autora Doracema, novamente, insiste não saber onde o réu está morando, já que vendeu o referido imóvel para o Sr. Leoberto Serafim, mas que o endereço do imóvel está perfeitamente delineado nos autos.

Trata, em suma, o presente caso, de ação de reintegração de posse fundada no art. 489 do Código Civil, o qual garante ao possuidor o direito de ser restituído na sua posse em caso de esbulho.

Washington de Barros Monteiro ensina que “esbulho é o ato pelo qual o possuidor se vê privado da posse, violenta ou clandestinamente, e ainda por abuso de confiança” (Curso de Direito Civil, vol. III, Saraiva, pág. 47). E o art. 927 do CPC estabelece que incumbe ao autor provar o esbulho praticado pelo réu.

No caso dos autos, o réu apelado José Fernando adquiriu a posse do imóvel por força de contrato firmado com a autora Doracema, confirmado por ela própria na petição inicial. Diz a autora apelante, porém, que o Sr. José tomou posse do imóvel sem cumprir o pactuado, qual seja, o pagamento das parcelas devidas, caracterizando, pois, o esbulho.

Entretanto, antes de propor a ação reintegratória, deveria a apelante anular ou rescindir o contrato em

questão para, aí então, configurado o esbulho, ter o direito de ser reintegrada ou ajuizar a presente ação cumulada com rescisão de contrato.

Ora, se o comprador/apelado José tem a posse do imóvel em razão de pacto firmado entre as partes, o vendedor, ora apelado, carece da ação de reintegração de posse pois, sem prévia rescisão da avença, não pode aquele ser considerado esbulhador.

Nesse sentido, a jurisprudência:

“Não desfeito o compromisso de compra e venda, justa a permanência da autora, na qualidade de promitente compradora, na posse do imóvel...” (JC vol. 5/6, pág. 236).

Cita-se, também, a Ap. Cív. n. 45.122, deste relator, julgada em 20/5/96.

No mesmo norte, a Ap. Cív. n. 42.824, de São José, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, in DJE de 21/7/94: “Somente a posse oriunda de ato impregnado de violência, clandestinidade ou precariedade pode autorizar o pleito reintegratório. Ausentes os pressupostos indispensáveis o esbulho não está configurado”.

Assim, não há que se falar em esbulho praticado pelos réus; este só se configuraria “após o reconhecimento judicial da rescisão do contrato; ou seja, só o decreto judicial positivaria a

viciosidade da posse do devedor em mora, não se permitindo, destarte, apodar de violenta, clandestina ou precária a causa que o mantém na condição de possuidor da coisa negociada” (Ap. Cív. n. 32.411, de São Francisco do Sul, rel. Des. João Martins, in DJE de 12/4/90).

Para corroborar, traz-se à baila valioso precedente contido no Agravo de Instrumento n. 97.009891-0, da Capital, Relator Des. Newton Trisotto, julgado em 20/11/97:

“Exercida a posse por força de contrato de promessa de compra e venda, inadmissível a reivindicatória contra o promissário comprador sem 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 comprometeu a adquirir” (REsp. n. 8.173-SP, Min. Sálvio de Figueiredo)”.

### III — Decisão

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Newton Trisotto.

Florianópolis, 4 de novembro de 1999.

*Carlos Prudêncio,  
Presidente e Relator.*



**APELAÇÃO CÍVEL N. 46.917, DE CHAPECÓ****Relator: Des. Gaspar Rubik**

*Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais causados em acidente de trânsito. Colisão de caminhão do Município com porta de veículo de passeio aberta desatentadamente por passageiro para desembarque. Culpa objetiva afastada. Pedido improcedente. Condenação do autor em honorários do patrono do litisdenunciado pelo réu. Inadmissibilidade. Responsabilidade do litisdenunciante. Sentença reformada no particular. Recurso parcialmente provido.*

*Provada a culpa exclusiva do particular no acidente de circulação em que se envolveu com veículo de ente público, cessa a responsabilidade objetiva deste pelos danos materiais sofridos e cuja reparação lhe é pleiteada por aquele.*

*“Vencido o denunciante, arca com as despesas processuais e honorários advocatícios do vitorioso, suportando o denunciado, quando procedente a denúncia da lide, aquele ônus em favor de quem o atraiu para os autos” (Ap. Cív. n. 46.923, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. em 27/6/95).*

*Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Apelação Cível n. 46.917, da comarca de Chapecó, em que é apelante Ivo Jandir Belincanta, sendo apelados o município de Chapecó e outros:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, prover em parte o recurso.

Custas legais.

Na comarca de Chapecó, Ivo Jandir Belincanta ajuizou ação de reparação de danos causados em acidente de veículos contra a Prefeitura Municipal de Chapecó, porque no dia 26/2/92, por volta das 18h10min, segundo alegou, o caminhão desta, placa CM 6213, na ocasião conduzido

por Audérico J. Battiston, em manobra imprudente na esquina das Ruas Corruira e São Miguel do Oeste, adentrou na contramão e veio a colidir com a porta do automóvel GM/Opala, placa HC 8294, de sua propriedade, o qual havia estacionado do lado esquerdo para desembarque de passageiros, causando-lhe, em conseqüência, prejuízos que, segundo o menor orçamento, montaram em Cr\$ 860.000,00.

Citada, compareceu a ré à audiência de instrução e julgamento designada pelo despacho inaugural, nela apresentando defesa escrita em que requereu, em preliminar, a denúncia da lide a seu motorista, argüindo, ao mesmo tempo, a sua ilegitimidade passiva ad causam, ao argumento de que o município de



Chapecó é a pessoa jurídica passível de responder pela demanda. No mérito pugnou pela improcedência da ação, sob a alegação de que a culpa pelo acidente foi única e exclusiva do autor, porque estava ele com seu veículo parado na contramão, e porque uma senhora abriu-lhe a porta no momento em que o caminhão passava pelo local.

Rejeitada a conciliação proposta em seguida, e deferida a denunciação, foi o ato suspenso para a citação do denunciado, que, em atendimento ao chamado, compareceu na nova data designada, quando igualmente apresentou contestação em que reproduziu a argumentação de mérito da denunciante, atribuindo a culpa pelo acidente ao autor e à conduta imprudente de uma sua passageira.

Na instrução, que então teve início, foram tomados os depoimentos do litisdenciado, de três testemunhas arroladas pelo autor e duas pela ré, seguindo-se, ao seu encerramento, em data posterior, a apresentação de memoriais substitutivos das alegações orais, nos quais reeditaram os patronos dos litigantes seus argumentos e pleitos anteriores, manifestando-se o Dr. Promotor de Justiça pela improcedência do pedido exordial.

Em sentença que se seguiu, o MM. Juiz de Direito assim julgou a lide, impondo ao autor o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios dos patronos do réu e do litisdenciado à razão de 15% sobre o valor da causa.

Irresignado com esse veredito, o vencido interpôs tempestivo apelo, arguindo, preliminarmente, a nulidade da sentença, ao argumento de

que não pode ser o único responsável pelo recolhimento das custas e honorários advocatícios. No mérito, como razões de seu inconformismo, reeditou seus articulados de inicial.

Contra-arrazoado o recurso e formalizado o preparo, os autos alçaram a este Grau de Jurisdição.

É o relatório.

A irresignação não procede, salvo no tocante à condenação do apelante no pagamento dos honorários do advogado do litisdenciado, o que, contudo, não é caso de nulidade da sentença, como pretende o apelo interposto, mas simples caso de adequação.

Com efeito, pois imputar os honorários advocatícios ao adversário do denunciante não se entremostra solução justa em casos tais, já que não moveu ele ação alguma contra o denunciado, com quem também não tinha qualquer relação que justificasse sua condenação. Daí a responsabilidade por tal verba, nessas hipóteses, toca ao denunciante, porque ele é o verdadeiro autor da ação de garantia ou de regresso, implícita na denunciação da lide a outrem.

Nesse sentido caminha, sem vacilo, a jurisprudência pátria, verbis:

"Julgada improcedente a ação principal e prejudicada, em consequência, a denunciação, o réu denunciante é obrigado a pagar honorários de advogado ao denunciado à lide que a aceitou e contestou a ação" (RT 632/135, 742/260; RJTJESP 68/147, 79/181, 97/347 e RSTJ 67/513).

Inclusive a desta Corte:

"Vencido o denunciante, arca com as despesas processuais e hono-

rários advocatícios do vitorioso, suportando o denunciado, quando procedente a denúncia da lide, aquele ônus em favor de quem o atraiu para os autos” (Ap. Cív. n. 46.923, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. em 27/6/95).

Pertinente ao mérito, entretanto, melhor sorte não bafeja o recorrente.

É que não pode haver a menor dúvida de que os elementos de prova carreados para o caderno processual traduzem a certeza, pelo menos subjetiva, de que o autor foi o único responsável pelo evento danoso, tanto que, e não há como se concluir diferentemente, tivesse ele se acutelado no cumprimento das normas elementares de segurança no trânsito, impedindo que passageiro seu abrisse a porta do veículo sem antes certificar-se de que não trafegava algum outro naquele sentido e de que não causaria transtornos ao livre tráfego, os fatos, por certo, não teriam acontecido.

Essa, com efeito, é a conclusão que decorre tanto da perícia feita no lugar onde se registrou o acidente, como do depoimento pessoal do litisdenunciado Audérico João Battiston, motorista do veículo do demandado, corroborado por Neri Turatti e Alberto Moura, testemunhas idôneas, posto que devidamente compromissadas, ambas afirmaram que ao passar pelo automóvel do demandante, que estava estacionado, uma senhora abriu a porta de inopino, provocando, assim, a sua colisão com os parafusos da roda dianteira esquerda do caminhão no qual se encontravam quando do acidente.

O depoimento das testemunhas do apelante não abalou essa versão, porque nada informou de preciso sobre esse momento, mostrando-se, antes e ao contrário, destoante das demais provas coligidas, chegando, mesmo, a ser incongruente entre si mesmo, o que leva a se encarar suas palavras com certa restrição.

Com efeito, eis que enquanto Edegar Luiz dos Santos afirmou que a caçamba desenvolvia a velocidade aparente de 80km/h, contrariando não só as demais testemunhas, que falaram a respeito, como e inclusive o boletim de ocorrência, que consigna ter referido veículo parado quase que instantaneamente após o choque, o que traduz, inquestionavelmente, a marcha lenta que desenvolvia na ocasião, como bem obtemperado pelo ilustre Promotor de Justiça em parecer que foi adotado pela sentença.

Também as demais testemunhas, como igualmente observado pelo douto parecerista ministerial, narram o acidente de forma completamente destoante das outras inquiridas, com pitadas que provocam desconfiança quanto a terem-no presenciado ou, em caso positivo, quanto a terem estado atentas à maneira de como se registrou, de que é exemplo a afirmação de uma delas de que a porta do opala do recorrente estava fechada na ocasião do acidente (fls. 58/verso), ou de que referido automóvel teve sua porta arrancada (fls. 59).

Em que pese constar, de outra parte, do boletim de ocorrência realizado pela polícia local ambígua descrição do sinistro, pela maior coerência que guarda com o restante da

prova é de se ter este por válido quando assim descreve:

“O condutor do V2 declarou que transitava pela rua em questão; que o opala estava com a porta fechada; que ao se aproximar, o opala teve sua porta direita aberta o que ocasionou o acidente” (fls. 8).

Esboroa-se, pois, em face desses elementos existentes nos autos, a alegação do autor de que o veículo do réu teria sido o único culpado pelo acidente.

Em face do exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provi-

mento parcial, para imputar a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios do patrono do denunciado ao Município/denunciante.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Paulo Gallotti.

Florianópolis, 22 de fevereiro de 1996.

*Anselmo Cerello,*  
*Presidente;*  
*Gaspar Rubik,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.010450-5, DE CRICIÚMA**

**Relator: Des. Gaspar Rubik**

*Cobrança. Seguro de responsabilidade civil facultativa por desaparecimento de carga. Perda total de mercadorias transportadas em razão de capotamento do veículo transportador segurado. Risco sem previsão de cobertura na apólice da espécie securitária, mas sim em contrato de seguro de transporte rodoviário-carga celebrado com companhia distinta, embora do mesmo grupo da ré. Reconhecimento da legitimidade da escusa desta ao pagamento. Inteligência do art. 1.460 do CC. Sentença de improcedência do pedido confirmada. Não reconhecimento da litigância de má-fé da seguradora por ter alegado, falsamente, caducidade do seguro realizado com a outra companhia. Recurso desprovido.*

*Por riscos não previstos na apólice não responderá o segurador, por presumir-se, forte na disposição do art. 1.460 do CC, que por eles não se obrigou. Também não responderá por aqueles previstos em apólice de outra espécie securitária e relativa a contrato celebrado com companhia distinta, ainda que integrante do mesmo pool de empresas, se improvada a existência de consórcio a induzir participação e responsabilidade de todas nos direitos e obrigações dos contratos celebrados por umas e outras.*

*Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Apelação Cível n. 98.010450-5, da comarca de Criciúma (1ª Vara) em que é apelante Transportes Cassiano Ltda., sendo apelada Sul América Seguros Gerais S/A:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, desprover o recurso.

Custas legais.

Transportes Cassiano Ltda. ajuizou, perante a 1ª Vara Cível da comarca de Criciúma, ação de cobrança em face de Sul América Seguros Gerais S/A, objetivando haver desta, com base em contrato de seguro de responsabilidade civil facultativa por desaparecimento de carga que com ela firmou, representado pela Apólice n. 140065-5, a quantia de R\$ 19.670,00, a ser atualizada monetariamente e acrescida de juros moratórios, correspondente ao valor das mercadorias seguradas e das quais sofreu perda total em decorrência do capotamento, no dia 16 de agosto de 1996, no Km 355 da BR 364, proximidades de Cuiabá—MT, do caminhão marca Scania/R 112H, placa ZR 3942, de propriedade de Irmãos Masiero Ltda.—ME e dirigido por Máximo Edvino Wolfart que, em razão do contrato de frete rodoviário celebrado pela proprietária, as transportava deste Estado para Manaus—AM, devidamente acobertadas por notas fiscais.

Alegou, em apertada síntese, que a seguradora, apesar de comunicada da ocorrência, negou-se ao pagamento do valor segurado, fazendo-o, porém, sob a infundada justificativa de que o embarque não havia sido averbado, porquanto a Bo-

cha Corretora de Seguros, que lhe presta corretagem, conforme o comprovado correspondência por ela emitida, enviou-lhe disquete relacionando todas as averbações dos embarques ocorridos no mês 8/96, incluindo o relativo às mercadorias sinistradas.

Finalizou por requerer a procedência da inicial que instruiu com documentos.

Devidamente citada, a ré contestou, requerendo, em preliminar, a extinção do processo sem julgamento do mérito, forte na disposição do art. 267, inc. VI, do CPC, ao argumento de carecer a autora de ação, por ausência de interesse processual, já que se tratando de seguro do tipo “reembolso”, aquele que mantém a apólice consigo, competia-lhe provar desde logo, e não o fez, que teve um “desembolso” anterior, por ser pressuposto necessário da modalidade securitária.

No mérito, pugnando pela improcedência do pedido, sustentou que o seguro celebrado não cobre o evento noticiado na ação, uma vez que a apólice respectiva prevê o reembolso das reparações pecuniárias pelas quais for ela responsável apenas nos casos de perdas e danos decorrentes de apropriação indébita e estelionato, furto simples ou qualificado, extorsão simples ou mediante seqüestro, quando o desaparecimento da carga seja concomitante com o do veículo transportador, roubo durante o trânsito, ou, ainda, roubo no depósito do transportador, que não é a hipótese.

Impugnou, por essa razão, os documentos de fls. 15 a 17 que acompanharam a inicial, porque, segundo asseverou, o primeiro, a par de não se

prestar para demonstrar a averbação do embarque discutido, não se refere, assim como o último, ao contrato de “responsabilidade civil facultativo — desaparecimento de carga” que com ela avençou, mas a contrato de “responsabilidade civil do transportador rodoviário — carga”, firmado com outra e distinta companhia, a Sul América Terrestres, Marítimos e Acidentes Companhia de Seguros, o qual, ainda que prevendo cobertura para o evento, não mais vigia quando do sinistro ocorrido a 16/8/96, uma vez que fora contratado pelo período de 15/12/95 a 15/6/96.

Prescindindo de instrução probatória, o MM. Juiz de Direito proferiu sentença antecipada, julgando improcedente o pedido e, em consequência, responsabilizando a autora pelas custas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da causa.

Irresignada, a vencida interpôs tempestivo apelo, acompanhado de prova do respectivo preparo, no affair por reverter esse resultado argumentando, primeiramente, que não se pode condicionar a validade do contrato de seguro ao prévio pagamento dos prejuízos pelo segurado ao dono da carga transportada. Ao depois, e deradeiramente, em síntese, que a apelada obrou de má-fé para fraudar o seu direito, induzindo o Magistrado em erro, porquanto, apesar de ser sabedora de que a apólice relativa ao seguro que dava cobertura ao sinistro havia sido renovada até 15/12/96, mesmo assim disse-a vencida, omitindo-se em fornecer-lhe o comprovante de renovação que anexou ao recurso, porque só nessa oportunidade, após a prolação da sentença, logrou obtê-lo

por meio da Bocha Corretora de Seguros Ltda.

Após contra-arrazoado o apelo, os autos ascenderam a esta Corte.

É o relatório.

A irresignação não procede, eis que a questão não comportava outra ou melhor solução, diversa da que, com precisão, lhe foi ministrada pelo douto Togado singular.

Segundo se apanha da documentação acoplada à inicial, a apelante celebrou dois contratos de seguro, um deles com a Sul América Terrestres, Marítimos e Acidentes, representado pela Apólice n. 000.291-7, cognominado de Seguro de Responsabilidade Civil do Transportador Rodoviário — Carga, e o outro com a Sul América Seguros Gerais, representado pela Apólice n. 140065-5, denominado de Responsabilidade Civil do Transportador Rodoviário por Desaparecimento de Carga, com vigência entre 5/1/96 e 31/12/96. Nesse último, precisamente, é que embasou ela o seu pedido de cobrança, como deixou expresso às fls. 3, itens 1 e 2, de maneira a se concluir que, pelo menos, foi bem direcionada a ação contra a apelada, por deter esta, obviamente, nestas circunstâncias, legitimidade para residir no pólo passivo da causa.

Ocorre, no entanto, que referido seguro não cobre os danos (= perda total das mercadorias transportadas) causados pelo evento noticiado na inicial e no BO que a instrui, ou seja, em decorrência única e exclusiva do capotamento do veículo transportador, uma vez que se destina ele a dar cobertura apenas e tão-somente a desaparecimento de carga em consequência de furto simples ou qualifica-

do, extorsão simples ou mediante seqüestro, apropriação indébita e estelionato, roubo durante o trânsito ou no depósito do transportador, que, como dito pela apelada, não é a hipótese. Aliás, a própria apelante não debitou a perda sofrida a algum desses crimes, sequer mencionando sua prática concomitante ou logo após a capotagem do seu veículo.

Conseqüentemente, por legítima se era de ter, sob esse aspecto, sua recusa no pagamento do sinistro que lhe foi noticiado, sendo irrelevante para essa conclusão perquirir-se a respeito de ter ou não havido a oportuna averbação do embarque das mercadorias transportadas ou de ter ou não havido desembolso anterior por parte da segurada apelante.

Com efeito, pois a espécie assim delineada não está a exigir maior queima de fosfato para a sua solução, a qual é encontrada no preceito claro e simples do art. 1.460 do Código Civil, no sentido de que “quando a apólice limitar ou particularizar os riscos do seguro, não responderá por outros o segurador”, que, na ensinança de emérito Clóvis Beviláqua, representa um dos cânones fundamentais do contrato de seguro, onde a responsabilidade do segurador é limitada ao risco assumido (Código Civil, vol. V, pág. 218).

Daí que, em tal contexto, este fica desobrigado de garantir ao segurado os riscos não estipulados na apólice.

Esta Corte, em r. aresto da lavra do Des. Nestor Silveira, ora em gozo de merecida aposentadoria, já se pronunciou no sentido de que “a seguradora não está obrigada a reparar danos que não estavam incluídos

entre os riscos assumidos no contrato” (Apelação Cível n. 49.689, de Chapecó, j. 17/10/95, in JC 76/186).

Em outra oportunidade e em hipótese que guarda perfeita similitude, decidiu que “se o evento não se enquadra em nenhum dos riscos cobertos pela apólice e nesta discriminados, tratando-se, ademais, de fissuras que não comprometem a segurança do prédio, conforme o laudo pericial, descabe a invocada cobertura securitária. Sentença confirmada” (Apelação Cível n. 24.474, da Capital, rel. Des. Norberto Ungaretti).

É certo que se equivocou a douta sentença objurgada, na interpretação que conferiu à Cláusula 2ª — Objeto do seguro e risco cobertos, do dito contrato, mais precisamente ao termo reembolso, que não deve ser interpretado de maneira a entender-se a prévia ocorrência de um desembolso.

Entretanto, como já acima consignado, tal interpretação nenhuma influência traz para o deslinde da questão, assim como também a ausência de averbação, porquanto o seguro contratado com a apelada, insista-se, não cobre os riscos experimentados pela apelante.

Vê-se, assim, que a ação proposta, em razão da opção que a apelante fez relativamente ao contrato e à pessoa jurídica contra a qual se voltou, não tinha mesmo como prosperar, porque o que se observa é que o contrato que firmou com a outra empresa de seguros — Sul América Terrestres, Marítimos e Acidentes —, representado pela Apólice n. 000.291-7, conforme comprovantes que enxertou à inicial, é que previa justamente a cobertura que buscava, ou seja, “por

riscos decorrentes de colisão e/ou capotagem e/ou abalroamento e/ou tombamento do veículo transportador”, como resulta claro das condições gerais 1.1.1 constantes dos documentos de fls. 17 e similar de fls. 46.

Nem se argumente que por serem as duas companhias integrantes de um mesmo grupo econômico, uma e outra responderiam individual ou solidariamente pelos contratos pactuados por qualquer delas. Deveras, pois para que tal fosse possível, mister se fazia, primeiramente, que ambas tivessem sido postadas no pólo passivo, já que o fato de integrarem um pool de empresas não as descaracteriza como distintas pessoas jurídicas, passíveis de direitos e obrigações. Mas não só, porque mais imprescindível ainda era que ficasse provada a existência de um consórcio entre elas, uma das quais escolhida para líder, em função do qual todas partilhassem não só dos bônus, mas que também fossem solidárias e proporcionalmente responsáveis pelos ônus. Acontece que essa prova não foi feita, constatando-se, inclusive, que, a par de outras divergências, diferentes são as cidades em que estabelecidas uma e outra, como diversos os capitais subscritos e realizados por cada qual, de sorte que não

se poderia, evidentemente, acolher o pedido para determinar que a apelada arcasse com o pagamento dos riscos cobertos pelo contrato firmado com sua co-irmã, que não foi chamada a responder.

E, diante disso, é que também não há falar, igualmente e a seu turno, em má-fé da apelada, por haver se referido à caducidade do contrato de seguro realizado com a outra companhia, posto que o fax da apólice trazido com as contra-razões não é de emissão dela, e também não se provou que tinha ela ciência por outro modo da sua renovação ocorrida na cidade de Blumenau.

Daí que, por tais motivos, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se incólume a douta sentença objurgada, que se reconhece acertada em face do contido nos autos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer.

Florianópolis, 4 de junho de 1999.

*Anselmo Cerello,*  
*Presidente com voto;*  
*Gaspar Rubik,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 99.011084-2, DE ITUPORANGA**

**Relator: Des. Gaspar Rubik**

*Investigação de paternidade cumulada com alimentos. Ausência de perícia hematológica. Condenação lastreada exclusivamente em prova testemunhal. Existência de contradições. Necessidade de busca da verdade real. Determinação, de ofício, da*



*realização do exame de DNA. Conversão do julgamento em diligência.*

*Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Apelação Cível n. 99.011084-2, da comarca de Ituporanga (Vara Única), em que é apelante S. P., sendo apelada J. M.:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, de ofício, converter o julgamento em diligência.

Custas legais.

Na comarca de Ituporanga, J. M., representada por sua genitora A. M., intentou ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos contra S. P., de quem se diz filha porque, alegou em suma, fruto das relações sexuais que sua mãe com ele manteve desde 1991, quando com ele passou a namorar, até 1992, quando engravidou e foi, em seguida, abandonada por ele.

Aduziu, ainda, que nunca recebeu a visita do investigado nem qualquer tipo de assistência de seu apontado progenitor, razão pela qual pretende ver reconhecida, judicialmente, a alegada paternidade, com a subsequente fixação de verba alimentar de 1 (um) salário mínimo mensal.

Citado, contestou o réu clamando pela improcedência do pedido, ao argumento de serem inverídicas as afirmações deduzidas na exordial, esclarecendo que nunca namorou com a mãe da autora, não sabendo o porquê da incerta alegação de paternidade somente após 4 (quatro) longos anos.

Replicando, a investigante rebateu tais alegações, justificando que hesitou em ajuizar a presente actio,

porque sua mãe temia em se expor, vindo a fazer agora porque o temor dela cedeu à sua incessante cobrança em saber quem era o seu pai.

Em audiência de instrução e julgamento foram tomados os depoimentos da mãe da autora e do réu e ouvidas as testemunhas arroladas, tendo as partes, em seguida, oferecido suas alegações finais remissivas, em forma de memorial, opinando o Dr. Promotor de Justiça pela procedência do pedido.

Sentenciando, o MM. Juiz de Direito, na mesma linha de entendimento do representante ministerial, julgou procedente o clamor inicial, atribuindo ao réu a paternidade da investigante, determinando, outrossim, a averbação no Cartório de Registro Civil e condenando-o ao pagamento de pensão alimentícia, que fixou em 30% do valor do salário mínimo, devida a contar da citação. Responsabilizou-o, ainda, pelas custas processuais e honorários advocatícios no percentual de 15% sobre o valor da condenação, condicionada a execução desses valores, todavia, à comprovação de não mais se achar no estado de necessidade.

Inconformado com essa prestação entregue, apelou o vencido, na pugna pela reforma da decisão, sustentando, em suma, que a sua condenação foi baseada exclusivamente em depoimentos testemunhais, inclusive contraditórios, que não conduzem, sequer, à uma conclusão indiciária da alegada paternidade.



Contra-arrazoado o apelo, vieram os autos a esta Corte, tendo, aqui, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Luiz Cezar Medeiros, se manifestado pela realização do exame de DNA.

É o relatório.

Em sede de investigação de paternidade, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial, sempre faz-se necessária excepcional prudência do Magistrado, porquanto lhe é conferida grande liberdade na valoração da prova, que é quase que essencialmente indiciária e circunstancial, porque, no mais das vezes, ela só é apta a lhe gerar, não uma verdade absoluta, mas uma certeza relativa que resulta de um estado subjetivo de convicção. Naturalmente que se não lhe fosse conferida esta liberdade, se estivesse adstrito a regras rígidas como em outras espécies de ações, a estrita observância dos princípios que regulam a prova certamente impediria o reconhecimento da paternidade, mesmo quando dela emergissem elementos que gerassem a sua certeza.

Mas justamente porque se admite o reconhecimento da filiação com base nesses indícios e circunstâncias, é que o processo investigatório, porque nele também está em jogo o direito da personalidade e do nome a que tem direito todo cidadão, faz por merecer do Juiz aquele tratamento cauteloso no tocante à produção mais ampla possível de provas, como, aliás, deflui 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).

Ainda, deste Tribunal, colhe-se:

“Se a paternidade não foi afastada pelo exame sangüíneo, subsistindo dúvidas a respeito e havendo provas, mesmo subsidiárias, ainda a produzir, deve a fase probatória prosseguir até a sua complementação” (Apelação Cível n. 29.724, da Capital, rel. Des. Hélio Mosimann, in DJ de 17/8/89).

Por sinal, têm excelente aplicação os arts. 125 e 130 do Codex instrumental, ao atribuir ao Juiz, expressamente, para direção do processo, o poder para “de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo (...)”.

Atualmente, diante da incrível evolução da ciência, com a descoberta de novos e mais capazes meios que permitem atingir, agora não mais a certeza relativa, mas sim e praticamente a verdade objetiva e real da paternidade, possibilitando ao julgador uma decisão firme e segura, é que deverá o julgador usar daquela cautela extraordinária, fazendo valer esse poder que lhe é conferido.

Na hipótese sub examen, os elementos de prova em que se ancorou o digno Togado a quo para julgar

precedente o pedido são indiscutivelmente contraditórios e estavam, de certa forma, a ensejar maior esclarecimento para se chegar à conclusão de paternidade, com a realização dos exames DNA ou HLA, que se constituirão em provas que inelutavelmente não só tornarão inócuas, mas esvaziarão a necessidade da produção das demais reclamadas para dar resposta adequada, positiva ou negativa, às teses defensivas.

Daí por que faz-se conveniente a conversão do julgamento em diligência, para o que não há impedimento, mas expressa previsão legal, mesmo neste Grau de Recurso.

Com efeito, pois é entendimento pacífico:

"Investigação de paternidade. Devendo ser segura a prova de filiação, não deve ser desprezado exame pericial, pelo menos o hematológico simples, a 'voz do sangue' que deve ser sempre 'chamada a depor' (Afrânio Peixoto, apud Artur Marques da Silva Filho, RT 655/54), capaz de excluir a paternidade, embora o ideal seja a realização de exame pelo sistema HLA (de histocompatibilidade), que se constitui 'numa eficaz prova hematológica' (autor e obra citados), realizável nesta Capital, ou, em última análise, o teste pelo sistema DNA, 'que fornece 100% de certeza' (idem, idem), mas que é, ainda, de custo muito elevado. Conversão em diligência, que pode e deve ser feita em Segundo Grau quando, como no caso, de todo conveniente para lastrear julgamento seguro, a fim de que, no Juízo de origem, seja providenciada a realização da perícia, de preferência pelo sistema HLA" (Apelação Cível n. 43.370,

de Itajaí, rel. Des. João José Schaefer, j. em 4/11/93, in JC 73/218).

E mais:

"Investigação de paternidade. Provas oral e hematológica simples. Dúvida emergente da paternidade. Exame técnico qualitativamente superior (DNA ou HLA) hábil a fornecer elemento seguro probatório, como convém à solução da espécie. Conversão do julgamento em diligência (art. 130, CPC). É de se converter o julgamento de ação de investigação de paternidade em diligência — faculdade conferida também à Turma em Segundo Grau — para realização de exame hematológico tecnicamente superior — DNA ou HLA —, com o fim de recolher elemento probante seguro ao desate da causa, esta de relevante valor social, moral e econômico" (Apelação Cível n. 44.232, de Dionísio Cerqueira, rel. Des. Alcides Aguiar, in DJ de 13/4/94).

"Apelação cível. Investigação de paternidade. Prova que deve ser segura e indubitável. Diligência. A prova do procedimento de investigação de paternidade, por suas consequências, deve ser segura e indubitável, não podendo prescindir, ante sua necessidade, da prova pericial, que deve ir além do simples exame hematológico simples, apenas excludente. Assim, para a certeza, imprescindível a realização de exame pelo sistema HLA (de histocompatibilidade), ou, em última análise, o teste pelo sistema de DNA, que, inobstante ainda muito oneroso, fornece quase que certeza absoluta. Conversão do processo em diligência, possível em Segunda Instância, para melhor lastrear a sentença declaratória-condenatória de

paternidade" (Apelação Cível n. 47.120, de Itajaí, rel. Des. Solon D'Eça Neves, in DJ n. 9.313, de 5/9/95).

Essa, aliás, é a orientação doutrinária e jurisprudencial sobre o tema:

"O julgador de Segunda Instância, assim como o de primeira, em todas as questões que lhe são postas, tem o direito de formar sua livre convicção, tendo não só o direito como o dever de converter o julgamento em diligência sempre que assim entender necessário para uma apreciação perfeita, justa e equânime da questão que lhe é posta" (Lex — JTA 141/257).

"Quaisquer provas, inclusive depoimentos, requisições de documentos, perícias etc., podem ser determinadas pelo juiz, a requerimento da parte ou ex officio, em qualquer fase do processo, até a prolação da sentença final. Isso não importa dizer que se está retirando das partes o ônus de trazerem aos autos do processo os elementos de prova que julguem oportunos. O que se quer, com o art. 130, é não excluir a faculdade que tem o juiz de tomar as providências que lhe parecem necessárias ou úteis à decisão da causa e à formação livre de sua convicção. Em verdade, o interesse público melhor está preservado se os juízes proferirem sentenças fundadas em verdades verdadeiras, mesmo que contra a vontade de uma ou de ambas as partes, do que em meias verdades, encobertas pelo silêncio intencional ou pelo engodo consentido do litigante aproveitador" (Sérgio Sakhione Fadel, "Código de Processo Civil Comentado", vol. I, 5ª ed., pág. 265).

"Lícito é ao Magistrado, após encerrada a instrução, converter o julgamento em diligência, mediante despacho motivado, se, ante as provas já produzidas, estiver em dúvida que possibilite a formação de seu convencimento" (Theotonio Negrão, "Código de Processo Civil", 17ª ed. nota 3 ao art. 130; RT 430/57; RTJESP 105/319 e 108/335).

"A prova dos fatos que servem de fundamento à ação de paternidade pode ser feita com maior amplitude (RT 393/249), estando autorizado o juiz a determinar, de ofício, a realização de provas úteis à descoberta da verdade" (RTJESP 55/115 e 66/224).

Imperiosa, pois, a realização do exame de DNA que poderá ser realizado gratuitamente, já que as partes gozam do benefício da assistência judiciária, pois o Estado de Santa Catarina, mediante termo de compromisso de ajustamento de conduta firmado entre a Secretaria de Estado da Saúde e o Ministério Público, pela da Coordenadoria do Centro das Promotorias da infância, comprometeu-se nos casos em que fique comprovada a hipossuficiência de recursos à realização de referido exame.

A coleta do material necessário ao exame deverá ser feita por profissional local, nomeado e compromissado pelo Juízo singular, para posterior remessa e com as cautelas inerentes à espécie, ao Laboratório Central da Secretaria Estadual da Saúde em Florianópolis — Lacen, procedimento este que, segundo informações do Centro das Promotorias da Infância, já é de conhecimento dos senhores Promotores de Justiça com atuação na área.

Destarte, com fundamento no art. 116, § 1º, do Regimento Interno deste Sodalício, converte-se o julgamento em diligência, para que seja realizado o exame de DNA.

Uma vez efetuada a perícia, e aberta vista às partes e ao Ministério Público sobre as conclusões, ou acaso se furte o acionado a ela, os autos deverão ser remetidos de pronto a este Tribunal.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nel-

son Schaefer Martins. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Cezar Medeiros.

Florianópolis, 23 de setembro de 1999.

*Xavier Vieira,*  
*Presidente com voto;*  
*Gaspar Rubik,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 99.013018-5, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Gaspar Rubik**

*Locação residencial. Despejo por falta de pagamento. Resgate pelo locatário, junto à administradora, antes de sua citação tardiamente efetuada, dos locativos por cujo inadimplemento incorreu na mora ensejadora da denúncia, bem como de parte, não da totalidade, daqueles vencidos depois do ajuizamento do pedido. Mora intercorrente caracterizada, justificadora da procedência do pedido desalojatório. Sentença que assim decidiu mantida. Recurso desprovido.*

*Sob pena de procedência do pedido desalojatório fundado na mora locatícia, o inquilino deve resgatar não apenas pura e simplesmente o valor dos locativos vencidos ao tempo da propositura da ação, com seus acréscimos legais, mas também os que se forem vencendo no curso da lide, porque estes igualmente estão compreendidos, ex vi dos arts. 290 do CPC e 62, inc. V, da Lei do Inquilinato (n. 8.245/91), no pedido destas ações, por se tratarem de prestações periódicas, não reclamando, por isto, o ajuizamento sucessivo de novas demandas pelo senhorio para obter a devolução do prédio locado sob o mesmo fundamento.*

*Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Apelação Cível n. 99.013018-5, da comarca da Capital (6ª Vara), em que é apelante Paulo*

*César Bez Batti, sendo apelado Hélio Lourenço Ceratti:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, desprover o recurso.

Custas legais.

Na comarca da Capital, perante o Juízo da 6ª Vara Cível, Hélio Lourenço Ceratti ajuizou ação de despejo por falta de pagamento contra Paulo César Bez Batti, porque alegou, em suma, não vem ele honrando com o pacto locativo escrito, por prazo determinado, pelo qual cedeu-lhe em moradia um apartamento de sua propriedade localizado à Av. Rubens de Arruda Ramos, já que não pagou e está em débito com os aluguéis referentes a janeiro e fevereiro/98.

Citado, apresentou o réu tempestiva contestação, afirmando ter pago, no mês de maio/98, antes de ter sido citado, os aluguéis em atraso com seus acréscimos legais, diretamente à procuradora do autor e administradora do imóvel, conforme recibo passado por esta que anexou, requerendo, em conseqüência, a improcedência do pedido e a declaração de seu direito de haver em dobro a quantia exigida.

Replicada a defesa proferiu a MMA. Juíza de Direito sentença antecipada, julgando procedente o pedido formulado e decretando, em conseqüência, a rescisão da avença locatícia, fixando o prazo de 15 (quinze) dias para a desocupação voluntária do imóvel. Impôs, ainda, ao réu o ônus sucumbencial, arbitrando os honorários advocatícios em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa.

Inconformado com esse resultado que lhe foi adverso, e buscando reverter-lo por meio da anulação do pro-

cesso a partir da sentença, de modo a ser-lhe possível purgar integralmente a mora, apelou o vencido, alegando que o apelado, ao deixar de exibir, em face de subterfúgios da sua procuradora e administradora do imóvel, os documentos que tinha em seu poder, comprobatórios do pagamento dos alugueres e encargos que pleiteara na exordial, bem como deixado de apresentar a discriminação do débito por inteiro, permitiu que a relação processual se estabelecesse sobre bases fáticas que não correspondiam à realidade, impedindo-o, com isto, de exercitar o seu amplo direito de defesa que lhe assegura a Carta Magna e cerceando-o, conseqüentemente, ao não lhe possibilitar o resgate total da sua dívida.

Contra-arrazoado o apelo, que se fez instruir com o comprovante do oportuno preparo, os autos ascenderam a este Sodalício.

É o relatório.

A irresignação não procede, eis que a circunstância de ter ou não ter o apelado informado ao Juízo o pagamento efetuado pelo apelante diretamente à administradora imobiliária antes da sua citação, em nada modificaria ou melhoraria a sua situação, até porque o fato não passou despercebido à culta sentenciante, que, como é de seu costume, sempre atenta às situações fáticas que se lhe apresentam, também aqui, em sentença de muito boa lavra, e que por isso não padece de reparos, anotou e fez questão de frisar que "a quitação representada pelo recibo de fls. 27, datada de 12/5/98, refere-se aos alugueres de dez./97 e janeiro, fevereiro e março de 1998, não incluindo, portanto, o alu-

guel do mês de abril/98, já vencido quando do aludido pagamento, repito, datado de 12/5/98”.

Bastaria isso, pois, para que o pedido fosse acolhido, como o foi, sem que se pudesse inculpar o apelado por tal conclusão, haja vista que, ainda que não tivesse cometido a eventual falta que se lhe inculca, o resultado não seria outro, posto que cumpria ao apelado, na data referida (12 de maio), diga-se muito posterior à protocolização da ação, que se deu a 2 de abril, porque vencido o locativo referente a esse mês e porque seu pagamento estava previsto contratualmente para o dia 1º do mês subsequente, saldá-lo juntamente com os demais vencidos e resgatados naquela ocasião, independentemente de ter sido incluído na exordial e de apresentação de planilha discriminada do seu valor, não apenas porque este era de seu pleno conhecimento, mas também e principalmente porque efetuou aquele pagamento diretamente à administradora, com a qual não alega, aliás, ter firmado alguma moratória que o isentasse momentaneamente daquela obrigação, de modo a suspender o curso da ação proposta.

E, diante disso, por óbvio que, comunicado ou não o pagamento havido, teria, e certamente nesse sentido haveria pedido do apelado, que prosseguir a lide pela mora intercorrente, isto é, registrada no seu curso, já que, como acertadamente também ponderou a ilustre julgadora monocrática, Dra. Maria do Rocio, “presume-se a mora daqueles que se vencem no curso da lide”, porque “só elide a ação de despejo o depósito dos aluguéis e encargos vencidos até o dia do depósito, além da multa contratual,

juros de mora, custas e honorários, nos termos do art. 62, II, da Lei do Inquilinato...”.

Mas não pararam por aí os motivos que estavam a ensejar a procedência do pedido desalojatório, pois prosseguindo a ação, a essa altura pelo menos em relação ao locativo de abril, e em sendo citado somente em setembro seguinte, o apelante, ao atender o chamado, ainda assim não comprovou o pagamento correspondente a tal mês e, o que é mais grave, apesar de já então encontrar-se em mora também com os meses subsequentes, limitou-se a alegar que efetuara o pagamento referente aos meses anteriores, sem valer-se do permissivo do art. 62, inc. II, da Lei n. 8.245/91, que lhe oportunizava evitar a rescisão da locação por meio de requerimento para purgação daqueles atrasados, independentemente de cálculo e mediante depósito judicial dos aluguéis e acessórios que se haviam vencido até aquela data.

Acaso estivesse em dúvida quanto a esses valores todos, quer por não ter o apelado apresentado planilha atualizada desse saldo devedor, ao que, aliás, embora lhe fosse recomendável, sequer estava obrigado, porque o que se lhe exigia e o que cumpriu foi apresentar, com a inicial, essa discriminação do débito vencido até o momento do ajuizamento do pedido, quer em face da não juntada pelo Cartório da petição do apelado com tal planilha, como por ele alegado e indesmentido nos autos e que é o que realmente parece ter acontecido, mesmo porque informou ele ao Juízo, em 14 de julho de 1998, ainda antes da citação, sobre o vencimento das parcelas de abril/98 a junho/98, então deve-

ria ter se baseado, para efetuar o depósito, no último valor que pagou a título de aluguel, e não simplesmente se descurado ou até se negado a fazê-lo.

A propósito, é ensinança acatada do emérito Sylvio Capanema de Souza (Da Ação de Despejo, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, pág. 373) que:

“O depósito das prestações vencidas não é uma faculdade do réu, devedor, e sim um ônus processual, o que se depreende de ter a lei usado o verbo dever no futuro: ‘deverão ser depositados’. Logo, não complementando o depósito, está o réu obrigado a efetuar, nos respectivos vencimentos, o depósito de todas as parcelas que se vencerem no curso da lide.

“Daí a razão de termos antes recomendado que o autor, a cada mês, traga aos autos uma planilha atualizada do débito, com a correta discriminação das prestações que se forem vencendo.

“Assim não ocorrendo, e desconhecendo o réu o quantum das diferentes parcelas, deverá basear-se no último valor depositado e fornecido pelo autor, reservando-se para complementá-lo, em caso de nova impugnação”.

Destarte, a irrisignação manifestada não tem, efetivamente, como prosperar, haja vista que muito embora tenha o apelante pago as parcelas mencionadas na petição inicial, o fato de se haver furtado ao pagamento das seguintes que se venceram no curso da demanda, até quando de sua citação, fez com que continuasse ele ina-

dimplente, sequer podendo se beneficiar do erro do Cartório, porque não lhe tolheu o direito de valer-se da faculdade legal da purga da mora, que só não fez porque não quis, até porque, justificável ou não a falha cartorária pelo acúmulo de serviço que enfrenta o Judiciário, não pode ela ser atribuída também ao apelado, nem muito menos responder eles por suas conseqüências que, de resto e a rigor, não houveram, pois, insista-se, sem a planilha, dispensável já então, reunia o apelante perfeitas condições de efetuar o depósito dos alugueres vencidos e cujos valores não ignorava, com ou ainda que sem os acréscimos decorrentes do atraso, ou, se dificuldade ainda tivesse, de requerer, e essa era sua obrigação primordial naquele momento contestatório, caso fosse sua intenção purgar sua mora, a exibição do cálculo discriminado e não apenas ter o desplante, como se estivesse repleto de razão ou se fosse zeloso cumpridor de suas obrigações, de pleitear pura e simplesmente a devolução em dobro dos valores pagos retardadamente.

Daí por que, à vista destas razões, se nega provimento ao recurso interposto, mantendo-se íntegra a respeitável sentença hostilizada.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 16 de setembro de 1999.

*Xavier Vieira,*  
*Presidente com voto;*  
*Gaspar Rubik,*  
*Relator.*



**APELAÇÃO CÍVEL N. 97.005680-0, DE SANTA CECÍLIA****Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

*Responsabilidade civil. Acidente do trabalho. Indenização fundada no direito comum. Deformidade permanente. Amputação traumática e laceração de dedos da mão direita em máquina industrial. Culpabilidade da empresa demonstrada. Dano estético e psicológico. Indenização. Pensão vitalícia. Constituição de capital.*

*Expungida a necessidade de prova do dolo ou da culpa grave, em face da nova orientação da Constituição Federal (art. 7º, XXVIII), vislumbrando-se a mais leve culpa do empregador pela produção do acidente do trabalho, procede a indenização fundada no direito comum, independentemente da indenização acidentária, ainda que haja concorrência de culpas.*

*Somente a ausência total de culpa do patrão, nas hipóteses de caso fortuito ou força maior, ou de culpa exclusiva da vítima, é que o isentará da responsabilidade civil concomitante à reparação previdenciária.*

*O dano estético, no cível, não é apenas o aleijão. É, também, qualquer deformidade ou deformação outra, ainda que mínima e que implique, sob qualquer aspecto, num afeamento da vítima ou que possa vir a se constituir para ela numa simples lesão desgostante (cf. Wilson Melo da Silva, in O Dano Moral e sua Reparação, Forense, 2ª ed., pág. 384).*

*Conforme já decidiu a Corte, “O capital a ser constituído para o pagamento da indenização, por força de disposição legal inafastável, não será necessariamente feito através do depósito em dinheiro, mas pode ser representado por imóvel, com o gravame da inalienabilidade e da impenhorabilidade, pela forma menos onerosa” (JC 52/13).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.005680-0, da comarca de Santa Cecília, em que é apelante Lâminas e Compensados Sul Ltda., sendo apelada Beloni de Fátima Francisco:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

1. Beloni de Fátima Francisco aforou ação de indenização, fundada em acidente de trabalho, em face de



Lâminas e Compensados Sul Ltda., alegando, em suma, que fora empregada da ré no período compreendido entre 9/11/87 e 23/4/93, na função de servente, sendo que, no dia 6/12/88, por volta das 9h da manhã, enquanto trabalhava na máquina denominada “destopadeira”, por falta de segurança do equipamento veio a sofrer sérias lesões em sua mão direita, tendo todos os dedos cortados, causando-lhe danos físicos, estéticos e psíquicos. Argumentou que a empresa agiu culposamente, pois não oferecia as mínimas condições de segurança exigidas pela Cipa — Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, pois não mantinha os EPI’s — equipamentos de proteção individual — nem exigia seu uso. Requereu, a final, a condenação da requerida ao pagamento de indenização pelos danos funcionais, estéticos e pela incapacidade total ou parcial de exercer seu ofício, sob forma de pensão alimentícia de dois salários mínimos mensais, desde a data do acidente até o fim de sua vida; pelos danos psicológicos, duzentos e noventa salários mínimos; pelas despesas médicas e hospitalares, o valor a ser apurado por perito; mais a constituição de um capital, cuja renda assegure o pagamento das prestações futuras. Postulou o benefício da Justiça.

Citada, a ré ofertou contestação, alegando, em suma, que a autora foi contratada como servente, para a execução do serviço de limpeza na empresa. Inexplicavelmente veio a operar a máquina destopadeira, sem qualquer ordem ou determinação por parte da requerida ou de seus prepostos, vindo a sofrer o acidente por sua exclusiva culpa. Pugnou, por isso, a improcedência do pedido.

Após a réplica, na audiência preliminar designada, frustrada a tentativa de conciliação, o feito foi saneado, deferindo-se a produção de provas.

Na audiência de instrução e julgamento, foi tomado o depoimento pessoal da autora, inquirindo-se as testemunhas. Encerrada a instrução probatória, apenas a requerente aduziu suas alegações finais.

Sentenciando, o Dr. Juiz de Direito Sílvia Dagoberto Orsatto julgou parcialmente procedente o pedido, condenando a ré a pagar à autora indenização mensal, a ser apurada em liquidação de sentença, por arbitramento, em valor igual ao auxílio-acidente, desde a data do evento até o final da vida ou até a época em que completaria 65 anos de idade, mais prestações vencidas, devidamente corrigidas, incluindo, 13º salário; indenização equivalente a 150 salários mínimos, a título de dano estético ou psicológico, e demais encargos de sucumbência. Condenou a ré, ainda, a constituir um capital cuja renda assegure o cabal cumprimento das prestações periódicas, nos termos do artigo 602 do CPC. Determinou-se, após o trânsito em julgado, a expedição de mandado de especialização de hipoteca judicial.

Inconformada com a prestação judicial entregue, a ré apelou, pugnando pela reforma do decisum, alegando, em síntese, que, diante das provas dos autos, a sentença vergastada não pode prosperar, impondo-se o inacolhimento da pretensão. De todo modo, insurgiu-se com a condenação por dano estético em valor que entende exorbitante. Inconforma-se, de ou-

tro vértice, com a aplicação do art. 602 do CPC, por entender que a constituição do capital é adstrita à hipótese de ato ilícito. Pede, por fim, a redução da verba honorária, para o caso de ser mantida a condenação. Não houve contra-razões.

Decorrido o prazo para o oferecimento de contra-razões, os autos arçaram.

## 2. O apelo merece desprovido.

2.1. De fato, a prova coletada desvela a culpa da apelante, evidenciando, assim, que a indenização de direito comum é devida.

Na verdade, a culpabilidade da requerida ressalta pelo fato de ter possibilitado que pessoa desqualificada passasse a manejar uma máquina perigosa, sem qualquer treinamento e sem os cuidados necessários, dando causa ao infortúnio.

Alega a apelante, ao atribuir única e exclusivamente à autora a responsabilidade pela produção do evento, que não era função dela o manejo da máquina destopadeira. Argumenta, ao depois, que a serra circular que causou as mutilações na apelada deveria ter sido previamente desligada.

Contrariando tal argumento, a apelada, em seu depoimento pessoal (fls. 88), narra que “a destopadeira ficava ligada ininterruptamente; que para retirar a parte destopada tem que ser com a máquina ligada; que os pedaços destopados tinham que ser tirados ‘na corrida’ porque o encarregado não permitia que a máquina fosse desligada”.

De outro vértice, a apelante indignita de descuidada a autora, acrescentando que fora ela quem resolvera

correr o risco, ao manejar a máquina em questão. Entretanto, a prova testemunhal desautoriza tal versão, notadamente o depoimento de Valdevino da Silva (fls. 89) que relata “que a autora trabalhava na limpeza e no gradimento de madeiras, sendo que naquele dia o operador de destopadeira deu uma saída para ir ao banheiro e a autora passou a operar a destopadeira”. E acrescenta Valdinei da Silva (fls. 90), que a autora trabalhava no “banho de madeira” e que ela foi trabalhar na máquina para que esta não ficasse parada. Disse que o acidente se verificou no primeiro dia que foi trabalhar na destopadeira.

Diga-se, ademais, que, muito embora a empresa revelasse possuir certa preocupação com a manutenção de equipamentos de proteção individual, todavia não possuía maior interesse na segurança do ambiente de trabalho. Nesse sentido é significativo o depoimento da testemunha Valdinei da Silva, já referida, que esclareceu “que não havia nenhum treinamento específico para trabalhar nas máquinas da serraria”. E aduz que a autora também não recebeu treinamento, lembrando que na destopadeira sempre trabalhavam homens (fls. 90). Roborando a mesma informação, a testemunha Renildo Pires (fls. 96) assevera que nem a autora “nem os demais funcionários receberam treinamento da ré para lidar com a máquina”.

É indubitável a responsabilidade da empresa pela segurança de seu empregados. À apelada, em sua labuta, incumbia promover o banho das madeiras, função razoavelmente singela, sobre cujas dificuldades de aprendizagem e execução não houve nos autos quaisquer tangências. Con-

tudo, a operação da máquina em foco, pelo relato testemunhal, exigia técnica, agilidade e, irretorquivelmente, experiência no manuseio.

Nesse contexto, demonstrouse, à sociedade, que a empresa não ministrava quaisquer treinamentos aos seus empregados, tendo, por isso mesmo, responsabilidade pelo dano causado.

Dessarte, está demonstrada a culpa da empresa, porquanto, ainda que se alegue que se trata de equipamento de fácil manuseio, é inegavelmente perigosa, posto que dotada de lâmina circular. Em sendo máquina perigosa, soa imprudente permitir-se o acesso a ela, sem maiores cautelas, de pessoa despreparada, sem as precauções necessárias a obstar acidentes.

Na relação entre empregado e empregador cabe a este garantir o exercício seguro e normal da atividade laborativa, zelando pela saúde corporal e mental de seus funcionários (RT 694-82/3).

Não há dúvida que este estava exercitando atividade de risco, agravado pela negligência do réu.

Em situações tais, admite-se a aplicação da responsabilidade objetiva. Segundo anota Alvino Lima (Da Culpa ao Risco, SP, 1938, pág. 101) — “Os problemas da responsabilidade são tão-somente os da reparação de perdas. Os danos e a reparação não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade, mas devem emergir do fato causador da lesão de um bem jurídico, a fim de se manterem incólumes a interesses em jogo, cujo desequilíbrio é manifesto se ficarmos

dentro dos estreitos limites de uma responsabilidade subjetiva”.

Nessa esteira já decidiui o TARS: “O risco está na base de tudo, consoante os objetivistas. Saleilles argumenta que é mais eqüitativo e mais conforme à dignidade humana que cada qual assuma os riscos de sua atividade voluntária e livre” (apud Da Responsabilidade Civil, de Aguiar Dias, I/70, Forense, Rio de Janeiro, 4ª ed., 1960).

E conclui o aresto em foco: “De sorte que a abstração da culpa não afastaria o dever de indenizar, sob o prisma da responsabilidade objetiva. Do contrário, muitos danos restariam encobertos, com graves injustiças (RT 694/177).

No caso vertente, expungida a necessidade de prova do dolo ou da culpa grave, em face da nova orientação da Constituição Federal, no art. 7º, XXVIII, vislumbra-se, por sem dúvida, ainda que levemente, a culpa da ré a fundar a pretensão indenizatória.

A Carta Política de 1988, ao enumerar os direitos sociais dos trabalhadores, no preceito já enfocado, dispõe: “Seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado quando incorrer em dolo ou culpa”.

Ante o disposto em tal norma, surgiram algumas importantes inovações, apontadas pelo eminente Des. Anselmo Cerello, na Ap. Cív. n. 45.918, de Tubarão, a saber: “a) o custeio de acidentes do trabalho passou a ser de exclusiva responsabilidade do empregador; b) e as contribuições dos empregados à Previdência Social não deverão, doravante, ser comprometidas com os gastos da cobertura aci-

dentária; c) a responsabilidade civil do empregador submete-se totalmente ao regime do Código Civil. Não importando o grau de culpa, o empregador deverá suportar o dever indenizatório segundo as regras do direito comum, sem qualquer compensação com a reparação concedida pela Previdência Social.

O novo preceito constitucional inovou sobremaneira, não mais exigindo a comprovação da culpa grave ou do dolo, pois, qualquer falta cometida pelo empregador que causar lesão ao empregado, será suscetível de indenização, mesmo as levíssimas, nos termos do art. 159 do Código Civil.

Sobre o assunto, leciona Humberto Theodoro Júnior, em precioso artigo publicado na Revista dos Tribunais (Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o Direito Civil):

“Agora a Constituição de 1988, além de manter o regime de seguro previdenciário para o acidente do trabalho, deu o passo final para separar, total e definitivamente, o regime da infelizmente do regime da responsabilidade civil.

“Com efeito, ao enumerar os direitos sociais dos trabalhadores, a nova Carta, no artigo 7º, inciso XXVIII, arrola o seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

“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 re-

parar 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.

“Somente a ausência total de culpa do patrão (em hipótese de caso fortuito ou força maior, ou de culpa exclusiva da vítima) é que o isentará da responsabilidade civil concomitante à reparação previdenciária.

“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, acarretar-lhe-á o dever indenizatório do artigo 159 do Código Civil mesmo as levíssimas, porque in legi aquilia et levissima culpa venit (RT 662-10/12).

Nesse diapasão já decidiu o TJSP:

“Indenização — Responsabilidade civil — Acidente do trabalho — Culpa grave do empregador — Inexigibilidade de sua comprovação — Isenção de responsabilidade apenas nas hipóteses de caso fortuito ou força maior ou de culpa exclusiva da vítima — Interpretação do artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição da República — Recurso provido” (JTJ, Lex 177/100).

2.2. Inconforma-se a apelante, de outra senda, acerca do montante da indenização a título de dano estético.

co, arbitrado em 150 salários mínimos.

Inassiste-lhe razão.

Pelo que consta do relatório de exame médico-pericial constante de fls. 69v., a ora apelada, em razão do acidente de trabalho, sofreu amputação traumática do primeiro, segundo e quinto dedos da mão direita e dilaceração do terceiro e quarto.

E nessa contextura, sendo a acionante mulher, tendo atualmente em torno de 35 anos de idade, negavelmente o traumatismo teve efeito psicológico, influenciando em sua auto-estima, sendo razão de afeamento, pela perda de sua integridade física. Sabe-se que a anomalia, a deformidade física, provoca conseqüências ruinosas à psique das pessoas e notadamente da mulher. No meio social costuma gerar constrangimento e sentimento de comiserção, causando sofrimento à pessoa ofendida.

No caso vertente, portanto, não há negar, impunha-se a condenação por dano estético, compreendido conceitualmente no dano moral, podendo ser cumulado com pedido de dano material decorrente do mesmo fato, consoante provimento sumular do STJ (Súmula 37).

Na lição de Wilson Melo da Silva (in O Dano Moral e Sua Reparação, Forense, 1969, 2ª ed., pág. 384), dano estético, no cível, não é apenas o aleijão. "É, também, qualquer deformidade ou deformação outra, ainda que mínima e que implique, sob qualquer aspecto, num afeamento da vítima ou que possa vir a se constituir para ela numa simples lesão desgostante...", fator este que caracteriza a ofensa, e defere ao prejudicado o direi-

to à compensação (Ap. Cív. n. 97.004879-3, Brusque, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra).

Preleciona José de Aguiar Dias (in Da Responsabilidade Civil, vol. 2º, 5ª ed., págs. 431 e 432) que "A alteração do aspecto estético, se acarreta maior dificuldade no granjeio da subsistência, se torna mais difíceis para a vítima as condições de trabalho, se diminui as suas probabilidades de colocação ou de exercício da atividade a que se dedica, constitui sem nenhuma dúvida um dano patrimonial. Não se pode objetar contra a sua reparação, nem quando, erradamente, se considere dano moral, porque nem apresenta dificuldade para avaliação. Deve ser indenizado, pois, como dano patrimonial, o resultado prejudicial da ofensa ao aspecto estético, sempre que se traduza em repercussão de ordem material, porque a lesão a sentimento ou a dor psíquica, com repercussões patrimoniais, traduzem dano patrimonial. É dessa natureza o dano estético que deforme desagradavelmente as feições, de modo que cause repugnância ou ridículo e, portanto, dificuldade à atividade da vítima.

"Ao lado desse há, porém, o dano moral: este consiste na penosa sensação da ofensa, na humilhação perante terceiros, na dor sofrida, enfim, nos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima do dano, em conseqüência deste, seja provocada pela recordação do defeito ou da lesão, quando não tenha deixado resíduo mais concreto, seja pela atitude de repugnância ou de reação a ridículo tomada pelas pessoas que o defrontam".

A propósito do tema, Maria Helena Diniz, em lição reproduzida na Ap. Cív. n. 47.453, em que foi relator o eminente Des. Nelson Schaefer Martins), define o dano estético como “toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, que impliquem sob qualquer aspecto um afeamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre a sua capacidade laborativa”.

Nesse diapasão, não há falar em inoccorrência do dano estético e muito menos em julgamento ultra petita. Como já dito, os danos estéticos estão compreendidos no conceito de dano moral, podendo até ser cumulados com este.

Tal solução encontra amplo apoio na jurisprudência desta Corte, conforme se colhe, uma vez mais, da Ap. Cív. n. 47.453, de Chapecó:

“Maria Helena Diniz, ao incluir o dano estético no âmbito do dano psíquico ou moral, reconhecendo, ao mesmo tempo, a possibilidade de dúplice indenização — por dano morfológico e por dano moral —, arremata: ‘A lesão estética, em regra, constitui, indubitavelmente, um dano moral que poderá ou não constituir um prejuízo patrimonial. Pode haver deformidade e não haver redução da capacidade de trabalho da vítima ou prejuízo patrimonial. A lesão estética pode determinar para o indivíduo dano moral e patrimonial, apuráveis por métodos comuns, inclusive o arbitramento. O dano estético quase sempre resulta

num prejuízo moral ao lesado, não só pelas dores físicas que vier a sofrer, mas pelo fato de ser atingido na integridade ou na estética do corpo, tendo, por isso, direito, como logo mais veremos, a uma reparação, ainda que tal dano não acarrete nenhum menoscabo ao seu patrimônio. Não há critério aritmético para estimar a diminuição estética...”.

Ainda:

“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, julgada em 6/12/94).

Esta Corte de Justiça, em aresto da lavra do eminente Des. Alcides Aguiar, deixou assentado:

“A reparação pecuniária pelo dano estético decorrente da perda de um braço deve abranger não só a seqüela irreversível dele resultante como todo e qualquer tratamento capaz de reparar os efeitos dele advindos, incluindo-se o proveniente de cirurgias e utilização de aparelhos ortopédicos.

“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).

Ao remate, cita-se lição do Professor Fernando Noronha (in apostila da Escola Superior da Magistratura):

“Na subclassificação dos danos à pessoa em corpóreos (físico), psíquicos e morais, aproveitamos a tripartição dos direitos da personalidade concebida por Limongi França (direitos à integridade física, à integridade intelectual e à integridade moral), mas adotando a terminologia simplificada de C. A. Bittar (1989:17): direitos físicos, psíquicos e morais. São direitos físicos, segundo Bittar, os relativos à integridade corporal, isto é, a componentes materiais da estrutura humana, como o corpo, os órgãos, os membros e a imagem corpórea; são direitos psíquicos os referentes a atributos valorativos da pessoa na sociedade, como a identidade, a honra, as manifestações do intelecto.

“(…) Se a pessoa humana é um dos valores fundamentais a tutelar pelo ordenamento jurídico, é plenamente justificado que se dê especial relevância aos danos pessoais.

“(…) Com muita frequência os danos à pessoa traduzir-se-ão em danos patrimoniais, mesmo que quase sempre estes surjam a par de danos extrapatrimoniais.

“Neste aspecto, a diferença entre danos a coisas e à pessoa pode ser expressa dizendo-se que se os danos a coisas podem, embora raramente, traduzir-se em sofrimento psíquico (é o exemplo do valor de afeição), já os danos pessoais com frequência traduzir-se-ão tanto em prejuízos patrimoniais (pela redução da capacidade de trabalho, pela diminuição da clientela etc.) como em valores extrapatrimoniais (sofrimentos, físicos ou psíquicos)”.

Assim, não há falar em julgamento extra petita, diante da previsão

de cumulabilidade dos danos estéticos e morais.

De outro vértice, a fixação do valor do dano estético em 150 salários mínimos afeioa-se razoável, no caso concreto.

Reconhece-se ser de difícil solução a fixação de tal verba reparatória, consoante, aliás, já restou averbado por esta Câmara, no julgamento da Ap. Cív. n. 96.001203-6, da Capital, em que foi relator o signatário:

“A fixação da verba reparatória do dano moral tem sido problema de árdua resolução, dada a dificuldade de estabelecer-se o pretium doloris. Assentada a reparabilidade desse tipo de dano, hoje com foro constitucional, longos embates doutrinários ainda se travam no afã de identificar os critérios para a estipulação das cifras devidas.

“Dentre outros, segundo a doutrina, a reparação dos danos morais deve lastrear-se nos seguintes fatores: a) 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 (cf. Prof. Fernando Noronha).

“Na prova do dano moral e das circunstâncias que influem na determinação do quantitativo a arbitrar, os juízes terão de recorrer às regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente



acontece, referidas no art. 335 do Código de Processo Civil”.

Extrai-se do corpo do acórdão:

“Com efeito, a fixação da verba reparatória tem sido problema de árdua resolução, havendo até mesmo quem negasse a reparação do dano extrapatrimonial, com base no argumento de que seria inviável estabelecer o *pretium doloris*. Afortunadamente, tal orientação não logrou perdurar na boa doutrina e na jurisprudência, de sorte que, hoje, é remansoso o entendimento de que, não obstante os entraves à fixação do quantum, os danos morais merecem reparação. Assentada a reparabilidade desse tipo de dano, longos embates doutrinários ainda se travam no afã de identificar os critérios para a estipulação das cifras devidas.

“No remoto ano de 1965 já se buscou identificar elementos balizadores do dano moral, na III Conferência Nacional de Desembargadores, evento promovido no Rio de Janeiro, tendo-se concluído que ‘...o arbitramento do dano moral será apreciado livremente pelo juiz, atendendo à repercussão econômica, à prova da dor e ao grau de dolo ou culpa do ofensor’ (apud Wilson Melo da Silva, *O Dano Moral e sua Reparação*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983, pág. 668).

“O Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n. 4.117/62, art. 84) já definia alguns critérios, ad litteram: ‘Na estimação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e a repercussão da ofensa’.

“Também a Lei de Imprensa dispôs acerca do assunto, delineando, nos incisos I e II do art. 53, que se deve ter em conta, em síntese, a gravidade da lesão, as condições do lesado e as do responsável.

“Preleciona Arnaldo Marmitt que ‘Na fixação do quantum considerar-se-á especialmente a posição familiar, cultural e social do autor do dano e da vítima, tendo em vista o cidadão médio’ (Perdas e Danos, Rio de Janeiro, Aide, 1987). E acrescenta: ‘Outro lado de fundamental importância na mensuração do montante devido agasalha-se na dosagem da culpa com que se houve o autor das perdas e danos. Importa auscultar a conduta do agente, antes e depois da prática danosa’ (op. cit., pág. 139).

“Indiscutível que ao Magistrado é dada uma boa parcela de discricionariedade, redundando, na visão de alguns, em verdadeiro arbítrio, de modo a pôr em risco a segurança jurídica. Objetivando pôr cobro a essa situação, há quem advogue a tese de que o dano moral deve ser apreciado in abstracto, tendo por base padrões de comportamento, procedendo-se, inclusive, a uma tarifação da dor.

“Contra essa orientação insurgem-se Carlos Alberto Bittar, comentando que ‘...o conhecimento prévio do quantum pode conduzir os refratários a assumir o ônus correspondente, de modo deliberado, desrespeitando, intencionalmente, os bens jurídicos protegidos nessa área (como, por exemplo, em certa atividade de comunicação, feita a equação custo-benefício, opte o explorador por usar indevidamente imagem alheia, diante de perspectivas favoráveis de obtenção de resultados



financeiros compensadores)' (Reparação Civil por Danos Morais: A Questão da Fixação do Valor, in Tribuna da Magistratura, julho de 1996, pág. 36). E completa: 'Deve-se, pois, confiar à sensibilidade do Magistrado a determinação da quantia devida (...). O contato com a realidade processual e com a realidade fática permite-lhe aferir o valor adequado à situação concreta' (op. cit., pág. 36).

"Todavia, elucida o doutrinador prefalado que não há confundir apreciação in concreto com arbítrio judicial ou ausência de parâmetros, salientando que o Magistrado haverá de atentar para '...a) as condições das partes, b) a gravidade da lesão e sua repercussão e c) as circunstâncias fáticas'" (op. cit., pág. 37).

A reparação dos danos morais, no caso em apreço, deve lastrear-se nos fatores declinados pelo destacado Professor doutor Fernando Noronha (in Apostila da Escola Superior da Magistratura), quais sejam: "...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. Observa o doutrinador que o dano moral 'Não é matéria que possa ser deixada à determinação por perito. nesse sentido, não se fixará por arbitramento o valor da reparação. Danos estimáveis por arbitramento são apenas os patrimoniais, nunca os morais: estes, por sua pró-

pria natureza, são inestimáveis. E (...), na prova do dano moral e das circunstâncias que influem na determinação do quantitativo a arbitrar, os juízes terão de recorrer às regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, referidas no art. 335 do Código de Processo Civil".

2.3. Tangente, igualmente, à constituição de capital, a douda sentença limitou-se a dar cumprimento ao preceito do art. 602 do CPC.

Conforme já decidiu a Corte, "O capital a ser constituído para o pagamento da indenização, por força de disposição legal inafastável, não será necessariamente feito através do depósito em dinheiro, mas pode ser representado por imóvel, com o grave da inalienabilidade e da impenhorabilidade, pela forma menos onerosa" (JC 52/13).

3. Em face de todo o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Francisco Borges, e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado.

Florianópolis, 13 de maio de 1999.

*Alcides Aguiar,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Pedro Manoel Abreu,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 97.009338-1, DE SÃO JOSÉ****Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

*Compromisso de compra e venda. Rescisão contratual. Instrumento misto, envolvendo a aquisição de fração ideal de terreno, para construção por administração. Unidade não edificada. Autor que, apesar de ciente da necessidade de intervenção da construtora, na qualidade de litisconsorte necessária, não promove a citação. Processo extinto sem julgamento do mérito. Inépcia da inicial. Inocorrência.*

*“Toda vez que se vislumbrar a possibilidade de a sentença atingir, diretamente, a esfera jurídica de outrem, a menos que a lei estabeleça a facultatividade litisconsorcial deve este ser citado como litisconsorte necessário, a fim de que possa se defender em Juízo” (Nelson Nery Júnior).*

*“O litisconsórcio necessário tem lugar se a decisão da causa propende a acarretar obrigação direta para o terceiro, a prejudicá-lo ou a afetar seu direito subjetivo; não ocorre quando, qualquer que seja o resultado final, a pessoa indicada não sofrer efeitos da sentença” (Ap. Cív. n. 42.236, de Santa Cecília, rel. Des. Nilton Macedo Machado).*

*“Ainda que não podendo a inicial ser apontada como um primor de forma, nem por isso deve ela ser considerada inepta desde que contenha pedido, causa de pedir, estejam os fatos narrados de forma a que disso decorra logicamente um pedido juridicamente possível” (STJ).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.009338-1, da comarca de São José (2ª Vara), em que é apelante Deodoro Gomes Ribeiro, sendo apelada Di Bernardi Incorporação e Construção de Imóveis Ltda.:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

1. Deodoro Gomes Ribeiro aforou ação declaratória de nulidade de cláusula contratual c/c rescisão de contrato, restituição de valores e perdas e danos em face de C. Borges Construtora Ltda., J. Souza — Empreendimentos Imobiliários Ltda. e Di Bernardi Incorporação e Construção de Imóveis Ltda., asseverando que firmou com o primeiro réu, em 13/2/91, um contrato particular de compromisso de compra e venda, tendo por objeto o apartamento n. 304 e fração ideal

de terreno, do Condomínio Edifício Residencial Niagara, situado no Kobarzol, São José.

Asseverou que, embora tenha quitado as prestações avençadas, os vendedores e sucessores sequer iniciaram as obras — cuja entrega estava prevista para 36 meses —, o que lhe causou uma série de prejuízos, tendo que suportar o pagamento de alugueis, mudanças, creche para os filhos e transportes.

Com fulcro nos arts. 6º, IV e VI, 35, III, e 37, § 1º, todos do Código de Defesa do Consumidor, pleiteou a declaração de nulidade da cláusula décima do contrato, devolução das parcelas pagas, e condenação ao pagamento de multa de 10% (cláusula 21ª) e perdas e danos. Por corolário, pugnou pela citação dos réus, produção de provas, procedência do pedido e concessão do benefício da assistência judiciária gratuita.

C. Borges Construtora Ltda. ofertou contestação, aduzindo que somente recebeu valores correspondentes à incorporação que efetivamente realizou, não tendo qualquer responsabilidade pela construção do edifício, que de seu turno e a partir da instituição do condomínio, incumbira única e exclusivamente aos condôminos, por meio da comissão de representantes. Disse que J. Souza — Empreendimentos Imobiliários Ltda. teria apenas intermediado a alienação das frações de terreno. Mencionou, ainda, que, para a construção das unidades residenciais, os condôminos teriam contratado a empresa Jandir Vaz, Paulo Almeida — Engenharia e Planejamento Ltda.

Di Bernardi Incorporação e Construção de Imóveis Ltda., por sua vez, argüiu preliminares de inépcia da inicial e ilegitimidade passiva ad causam, sob a assertiva de que, através de transação com 21 dos condôminos, adquirira a obra em fase de estaqueamento, passando a administrá-la. Todavia, o autor não fazia parte desse grupo que cedeu os direitos e obrigações do contrato originário, motivo pelo qual não pode pretender a devolução de valores que não dizem respeito a ele e Borges e Motter. Quanto ao mérito, disse que o acionante quitou apenas a importância relativa à fração ideal do terreno, sem que os condôminos houvessem se reunido e acordado para a continuação e andamento da construção.

Impugnando as contestações, o autor rebateu as preliminares, e, no tangente ao mérito, sustentou que não contratou a empresa Jandir Vaz e outros para construir o prédio, uma vez que a responsabilidade da construção era do primeiro réu.

Apesar de intimado para cumprir o preceito do art. 47, do CPC, para promover a citação de litisconsorte necessário, o autor ficou-se inerte.

Em razão disso, o digno Magistrado, Dr. Jaime Luiz Vicari, ao tempo em que acolheu a impugnação ao valor da causa, articulada por Di Bernardi Incorporação e Construção de Imóveis Ltda., em seguida, julgou extinto o processo, acolhendo as preliminares de ilegitimidade passiva ad causam aventadas por Di Bernardi Incorporação e Construção de Imóveis Ltda. e J. Souza — Empreendimentos Imobiliários Ltda. Sustentou que a rescisão do contrato não é possível, uma vez que

seria necessária a citação da empresa Jandir Vaz Engenharia, interveniente no contrato, cujo ato não fora promovido pelo autor, apesar de instado a fazê-lo. Ademais, entendeu que o acionante quitara apenas as parcelas referentes à fração ideal do terreno, deixando de pagar aquelas relativas à construção propriamente dita. Por fim, afirmou que o Requerente pretendeu a devolução das quantias pagas, mas não pediu o antecedente lógico, a rescisão do negócio por meio de sentença. Condenou o acionante ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios.

Irresignado, o vencido apelou, sustentando que, embora, de fato, a construção tenha sido, ab initio, de responsabilidade da empresa Jandir Vaz, o terreno fora vendido ou cedido para Di Bernardi que assumira os direitos e obrigações relativos ao contrato. Ademais, entendeu desnecessária a intervenção da empresa Jandir Vaz Engenharia no feito, porquanto trata-se de litisconsórcio facultativo, e não necessário. Aduziu que não há provas nos autos de que as obras de edificação foram paralisadas por deliberação dos próprios condôminos. No tocante à ausência de pedido expresso de rescisão, disse que o princípio da economia processual que informa o processo moderno não permite os rigorismos formais, atentando para a recomposição dos valores violados.

Em contra-razões, o apelado Di Bernardi Incorporação e Construção de Imóveis Ltda. asseverou a intempestividade do recurso, uma vez que o protocolo unificado foi efetuado com um dia de atraso. No mérito, aplaudiu os termos da decisão objurgada.

2. O recurso é desprovido.

2.1. A aventada intempestividade recursal imerece ser acolhida, uma vez que a apelação foi interposta e preparada em 8/5/97, último dia do prazo legal. O fato de o pagamento da taxa relativa à remessa, mediante o protocolo unificado, ter sido efetuado no dia seguinte, 9/5/97, não possui o condão de tornar intempestivo o recurso.

Com efeito o Provimento n. 7/87 da Corregedoria-Geral de Justiça, em seu art. 3º, aduz que:

“Art. 2º — O protocolo, ao receber petições dirigidas a outras comarcas do Estado, expedirá três fichas: uma será entregue ao interessado; outra acompanhará a petição, sendo devolvida pelo Órgão destinatário, devidamente chancelado o recebimento; e a última será encaminhada ao telex para que comunique o Juízo destinatário.

“Art. 3º — A remessa será efetuada pelo sistema SEDEX, da ECT, no prazo de 24 horas, devendo o interessado recolher concomitantemente o valor correspondente à postagem e ao telex, através da GRJR — Guia de Recolhimento Judicial Reduzida” (grifei).

Observa-se, pois, que o apelante possuía, além do prazo recursal, 24 horas para promover o pagamento e a remessa do recurso mediante o protocolo unificado, tal como ocorreu na hipótese vertente.

Nesse sentido, já decidiu a Corte:

“O preparo da remessa deve ser efetuado no prazo expressamente previsto de 24 horas, sob as penas do art. 183 do CPC, o que conduz à in-

tempestividade da manifestação protocolizada" (Ap. Cív. n. 40.341, de São José, rel. Des. Eder Graf, in DJE n. 8.619, de 10/11/92, pág. 8).

2.2. O douto Magistrado interpretou que a peça inicial não poderia ser acolhida, ao fundamento de que não houve o necessário pedido de rescisão de contrato.

Todavia, o princípio da instrumentalidade não permite que se extinga o processo sem julgamento do mérito sob o enfoque que lhe deu o Togado, porque, ainda que a peça introital não se revista de maior rigor técnico, nem por isso deixou de observar todos os requisitos do art. 282 do CPC.

A exigência que faz o digno Magistrado é, por certo, exagerada, porquanto parece óbvio que quem propõe "ação declaratória de nulidade de cláusula contratual c/c rescisão de contrato, restituição de valores e perdas e danos" e descreve todos os fatos dos quais decorre sua pretensão, ou seja, em que é requerida a procedência da ação em todos os termos e a devolução das parcelas pagas, atende, de maneira satisfatória, à disposição legal questionada.

Nessa esteira, já se decidiu que só é inepta a inicial "quando o pedido não decorre, logicamente, da narração dos fatos" (TJMT in O processo Civil à Luz da Jurisprudência, Alexandre de Paula, vol. XI, 1º supl. da nova série, 1ª ed., 1989, verbete n. 25.443).

E ainda:

"Não é inepta a peça que, embora não modelar, permite à defesa estruturar seus fundamentos" (TJRS, op. cit., verbete n. 25.445).

"A deficiência técnica de redação, que não dificulte a identificação da pretensão e a defesa, não basta à configuração da inépcia" (TJRS, idem, verbete n. 25.445-A).

Apontando para o mesmo norte, mais recentemente, este egrégio Tribunal de Justiça proclamou:

"Não é inepta a petição inicial que, embora apresente deficiência técnica de redação ou alguma confusão, não é totalmente obscura ou ininteligível na descrição do fato, mormente se permite identificar claramente a pretensão dela constante e possibilita ampla defesa por parte do requerido" (Ap. Cív. n. 96.008127-5, de Mafra, rel. Des. Orli Rodrigues, j. em 22/4/97, in DJ n. 9.761, de 8/7/97).

Ademais, como já pontificara o consagrado Pontes de Miranda, ao comentar o art. 295 do CPC (Tomo IV, pág. 82, ed. 1974), a inépcia, medida excepcional que é, para ser declarada "deve ser evidente. Se não é de inépcia que manifestamente se revele, o juiz não pode indeferir a petição".

E esclarece que se há de ter por inepta a inicial quando: "a) os fatos hajam sido narrados de tal maneira que deles não se possa tirar o que serviria à exposição da causa para a lide; b) os fundamentos jurídicos, de que se valeu a parte ou o procurador judicial, são tão evidentemente inadmissíveis, ou ininteligíveis, que nenhuma sentença poderia ser dada com base neles; c) se o pedido é eivado de incerteza absoluta; d) se a petição não alude a nenhum meio de prova, ou se refere apenas a pretendidos meios de prova que o direito desconhece (como a petição que se propõe a provar os fatos da causa pela invocação de es-

píritos ou hipnotização da outra parte); e) se não foi requerida a citação do réu, salvo se se trata de processo excepcional que se abre inaudita adversa parte; f) se não foi dado valor à causa”.

Como a peça vestibular sob análise não se ressentia de qualquer desses vícios de obscuridade ou omissão, afasta-se a inépcia.

Ao remate, sobre o assunto, oportuno é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

“Consoante se depreende da peça exordial, in casu, malgrado não se trate de um primor de petição, nela se contém os elementos essenciais a que se identifique a causa petendi, a narração dos fatos e um pedido lógico e juridicamente possível” (REsp. n. 52.500-RN, rel. Demócrito Reinaldo, in DJ, de 7/11/1994, pág. 30.009).

E mais:

“Processual civil. Inépcia não caracterizada. Ainda que não podendo a inicial ser apontada como um primor de forma, nem por isso deve ela ser considerada inepta desde que contenha pedido, causa de pedir, estejam os fatos narrados de forma a que disso decorra logicamente um pedido juridicamente possível. Recurso provido” (REsp. n. 52.411-RN, rel. Francisco Cesar Rocha, in DJ, de 21/11/1994, pág. 31.723).

2.3. A douta sentença profligada sustentou a existência de litisconsórcio necessário da empresa firmatária do contrato de construção com o apelante. E como este não promoveu a citação que lhe foi facultada, a teor do art. 47, parágrafo único, da *lex instrumentalis*, o processo foi julgado extinto. Daí a irresignação.

Por esse fundamento o decisório é mantido.

Com efeito, para a compreensão da matéria, impõe-se o exame de alguns aspectos do compromisso de compra e venda e de construção por administração firmado.

O instrumento divide-se, basicamente, em duas avenças: a) um compromisso de compra e venda envolvendo, de um lado, na qualidade de promitente vendedora, Borges e Motter Ltda. e, de outro, como promitente comprador, o autor Deodoro Gomes Ribeiro; b) um contrato de construção por administração, envolvendo o contratante Deodoro Gomes Ribeiro e a contratada Jandir Vaz, Paulo Almeida — Engenharia e Planejamento Ltda.

Em que pese terem as partes firmado um documento único, é visível a estipulação de duas avenças, as quais não apenas envolvem contraentes distintos, mas, principalmente, geram direitos e deveres igualmente diversos.

Todavia, ambas as avenças estão intimamente ligadas, uma vez que o sucesso do negócio pretendido por qualquer das partes está diretamente condicionado ao adimplemento contratual de todas as demais. De fato, na hipótese de configurado o insucesso, seja da alienação da fração ideal, seja da construção do imóvel, não sobreviveria interesse para que o negócio perdurasse no tempo.

Diante dessa peculiar característica, o pedido de rescisão de contrato atinge não apenas o compromisso de compra e venda, mas, também, o de construção, motivo pelo qual a demanda aforada por qualquer dos

pactuantes deve obrigatoriamente alcançar todos os demais contraentes.

Daí estar correto o entendimento verberado, porquanto ainda que tal empresa não figurasse expressamente no contrato, ocorreria o litisconsórcio necessário, a teor do art. 47 do Código de Processo Civil, se a sentença trouxesse repercussões na sua esfera jurídica.

É o que, sem sombra de dúvidas, sucede na hipótese em exame.

A contratada Jandir Vaz, Paulo Almeida — Engenharia e Planejamento Ltda. responsabilizou-se integralmente pela administração e fiscalização da construção do edifício residencial no terreno adquirido.

É bem verdade que a empresa Di Bernardi Incorporação e Construção de Imóveis Ltda. adquiriu, por meio de “Promessa de Cessão de Direitos e Obrigações”, os direitos relativos à construção e à administração do Condomínio Edifício Niagara. Todavia, tal pacto não foi firmado pela totalidade dos adquirentes das unidades residenciais, apenas por maioria.

Diga-se que não há, nos autos, comprovação de que o autor tenha assinado essa avença, motivo pelo qual, perante ele, continua responsável pela construção da obra a empresa Jandir Vaz, Paulo Almeida — Engenharia e Planejamento Ltda.

A propósito a alegação do apelante, de que não contratou tal empresa para a construção não se consoa com os termos do contrato. Ora, a cláusula Décima Primeira é enfática ao atribuir à contratada a responsabilidade pela “construção por administração” da obra.

Segundo Caio Mário, a construção, sob este regime, traduz o encargo de custeio total pelos adquirentes, na forma do que ficar previsto no contrato, ou em proporção das frações ideais do terreno” (Caio Mário da Silva Pereira, Condomínio e Incorporações, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976, pág. 318).

A carta (fls. 19) enviada pela Di Bernardi aos adquirentes da fração ideal do terreno do Condomínio Residencial Niagara não tem, em princípio, o condão de afastar a força vinculante do contrato. Isto porque, frise-se, o contrato de construção foi firmado com Jandir Vaz, Paulo Almeida — Engenharia e Planejamento Ltda., que, enquanto não provada a cessão de direito relativo à fração ideal do apelante, permanece a ele vinculada.

A propósito, acerca da força vinculante dos contratos, mais especificamente sobre o ora em discussão, discorre o prestigiado jurista em foco:

“O contrato de construção, qualquer que seja a modalidade adotada, como bilateral que é, tem de ser rigorosamente cumprido, tanto da parte do construtor (seja ele incorporador ou não) como da parte dos adquirentes” (op. cit., pág. 320).

É certo que eventual decisão favorável ao apelante traria danos à contratada, motivo pelo qual deve-se agir com cautela e, assim, oportunizar a ela o exercício do contraditório.

Nesse sentido, colhe-se:

“Toda vez que se vislumbrar a possibilidade de a sentença atingir, diretamente, a esfera jurídica de outrem, a menos que a lei estabeleça a facultatividade litisconsorcial deve es-



te ser citado como litisconsorte necessário, a fim de que possa se defender em Juízo" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, Código de Processo Civil Comentado, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, pág. 416).

Em aresto desta Corte de Justiça, igualmente, já se enunciou que:

"O litisconsórcio necessário tem lugar se a decisão da causa propende a acarretar obrigação direta para o terceiro, a prejudicá-lo ou a afetar seu direito subjetivo; não ocorre quando, qualquer que seja o resultado final, a pessoa indicada não sofrer efeitos da sentença" (Ap. Cív. n. 42.236,

de Santa Cecília, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

3. Em face de todo o exposto, confirma-se a doughta sentença pelo segundo fundamento, negando-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Francisco Borges.

Florianópolis, 4 de março de 1999.

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

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.012008-7, DE CUNHA PORÃ**

**Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

*Indenização. Danos Morais. Adultério. Varão de origem humilde. Meio rural. Comunidade rural de padrões morais rígidos. Filha adúltera nascida na constância do casamento, supostamente filha de um padre. Fato tornado público. Grave constrangimento. Situação peculiar que justifica a condenação por dano moral. Critério. Pedido estimado em valor expressivo. Fixação em quantia inferior. Sucumbência recíproca. Inocorrência.*

*O processo é um instrumento ético, político e jurídico de composição da lide e de efetivação do próprio direito, incluindo em seu conteúdo o sentido axiológico da realização do justo. A decisão, por isso, deve vir impregnada quase de um efeito injuntivo para construir a norma para o caso concreto, exercitando o julgador, na sentença, no dizer de Duboc Pinot, verdadeira psicoterapia social, subministrando remédio de efetivação do direito, de realização do justo e de pacificação social.*

*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 (Cf. Prof. Fernando Noronha).*

*Na prova do dano moral e das circunstâncias que influem na determinação do quantitativo a arbitrar, os juízes terão de recorrer às regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, referidas no art. 335 do Código de Processo Civil.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.012008-7, da comarca de Cunha Porã, em que são apelantes e apelados P. G. e L. G.:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento aos recursos.

Custas legais.

1. P. G. aforou ação de indenização por danos morais contra L. G., alegando, em suma, que foi casado com a ré, de cuja união nasceram F. F. G. e M. P. G. Dada a impossibilidade de convivência comum o casal separou-se em 1988. Disse que tornaram a viver juntos, porém, diante de diversos problemas ingressou com pedido de separação judicial litigiosa.

Argumentou que a separação deu-se pelo fato de o ora acionante ter tido sérias suspeitas de que a ré cometera adultério, fato que o levou a realizar exame de DNA, no curso de tal processo, constatando-se que não é pai biológico da menor M. Disse, também, que, em razão disso, tem so-

frido inúmeros vexames, tendo-se enclausurado em sua residência, não mais conseguindo levar uma vida normal, sequer constituir nova família. Requereu, a final, a condenação da ré ao pagamento de indenização por dano moral, equivalente a dois mil salários mínimos.

Citada, a ré ofertou contestação, alegando, em preliminar, carência de ação, argumentando que o direito do autor estaria prescrito, ao fundamento de que os ilícitos civis prescrevem em cinco anos. De todo o modo, como o autor ainda era casado com ela, era-lhe impossível pleitear indenização contra a mulher. Alegou, ademais, que nunca houve adultério e que tal situação não mais constitui ilícito civil, perdendo, portanto, a actio, seu objeto. Ajuntou que o laudo de fls. 19/28 não tem validade por não autenticado e que a sentença (fls. 8/18) não transitou em julgado. Acrescentou que as alegações de adultério partiram do próprio demandante, inexistindo ilícito civil e, por conseguinte, obrigação indenizatória, além de inoportunidade do pedido.

Após a réplica, em saneador, que restou irrecorrido, o Dr. Juiz de Direito repeliu a tese de carência de ação e de impossibilidade jurídica do pedido.

Na audiência de conciliação, instrução e julgamento, colheu-se depoimento pessoal das partes, inquirindo-se as testemunhas arroladas pela ré. As testemunhas do autor foram ouvidas por precatória, seguindo-se as alegações finais, com reiteração das expressões anteriores.

Sentenciando, o MM. Juiz de Direito, Dr. Carlos Alberto da Silva, julgou procedente, em parte, o pedido, condenando a ré ao pagamento de 100 salários mínimos, vigentes à data da sentença, a título de danos morais, devidamente corrigidos. Interpretando que houve sucumbência recíproca e considerando que o autor teria decaído de parcela substancial do pleito, a teor do art. 21 do CPC, condenou-o ao pagamento de 95% das despesas processuais e a requerida em 5%. No tocante aos honorários advocatícios determinou que a ré pagasse 15% sobre o valor da condenação, em favor do autor, e este 5% em favor da ré, R\$ 1.800,00, compensando-se os valores.

Irresignado com o quantum indenizatório estipulado na prestação jurisdicional entregue, o autor apelou pugnando pela reforma parcial do decisum, para que a ré seja condenada nos termos da postulação inicial, isto é, em dois mil salários mínimos, enfatizando a gravidade da ofensa assim como a repercussão no meio social. Destaca que a apelada é pessoa abastada e que tem-se obrigado a pagar a prestação alimentar, para não

ser preso, em que pese tenha aforado ação negatória de paternidade.

A ré não ofertou contra-razões, tendo, todavia, apelado, pugnando pela reforma do decisum com o inacolhimento da pretensão ou, ao menos, a alteração do percentual que lhe foi atribuído na condenação a título de custas processuais, tendo em vista que o autor decaiu de parte substancial do pleito.

Respondido o recurso, os autos alçaram.

2. São desprovidos ambos os recursos, como se demonstrará.

2.1. Inicialmente, no que pertine ao recurso da ré, inassiste-lhe razão quando postula a in procedência do pedido indenizatório.

Na verdade, em que pese a singularidade do processo, envolvendo condenação de dano moral por prática de adultério, tendo o digno Togado localizado apenas um precedente no repertório da jurisprudência pátria sobre o tema — e ainda assim, inacolhendo a pretensão —, soube, entretanto, com rara sensibilidade, perquirir os sentimentos sociais e personalíssimos do ser humano, as contradições da relação conjugal, atento não só à norma positivada, mas permeando o caminho correto da interpretação, compreendendo que o processo é um instrumento ético, político e jurídico de composição da lide e de efetivação do próprio direito, incluindo em seu conteúdo o sentido axiológico da realização do justo. Buscou, por isso, referencial no Direito estrangeiro, conferindo quase efeito injuntivo ao decisum, para construir a norma para o caso concreto, exercitando plenamente o seu ofício de julgador, prati-

cando, na sentença, no dizer de Duboc Pinot, verdadeira psicoterapia social, subministrando remédio de efetivação do direito, de realização do justo e de pacificação social.

A circunstância de o autor ter descoberto que uma de suas filhas era fruto de adultério e mais do que isso, filha do padre, bem retrata o drama que passou a viver, ainda mais que o fato tornou-se público, numa comunidade provinciana e conservadora.

O decisor profligado, bem de ver, analisou minudentemente todos os aspectos da demanda, de sorte a ser integralmente adotado pela Câmara como razão de decidir, in verbis:

“(…) a causa ensejadora deste pedido de indenização restou incontestada nos autos, à luz do exame de ácido desoxirribonucléico colado às fls. 19/28, que comprova que, não sendo a menina M. filha do requerente, a sua concepção se deu em relação extraconjugal.

“Sabe-se que o predito exame, ao contrário dos que se verificavam no passado, tem a possibilidade de determinar a paternidade, em vez daqueles antigos que só a excluía.

“Tal possibilidade tem estribo nas características genéticas umas que possui o ser humano. Essas informações genéticas estão presentes, em número de dois, em cada par de cromossomos do indivíduo, sendo que, à época da concepção, cada um dos pais ‘doa’ uma destas cópias para o filho.

“Algumas dessas informações não variam de pessoa para pessoa, sendo características gerais da espécie humana. Porém, existem informa-

ções que nos diferenciam, chamadas de polimorfismos as quais permitem que, em se comparando as informações genéticas do pai, da mãe e do filho, se chegue à possibilidade de paternidade de 99,99% (noventa e nove vírgula noventa e nove por cento).

“Portanto, à luz de tais informações, tem-se incontestado que o requerente não é pai da menina M., confirmando, evidentemente, o cometimento de adultério por parte da requerida eis que restou provado nos autos ter ocorrido o nascimento (e conseqüentemente a concepção) em 12/8/86 (docto. fls. 2; enquanto que igualmente restou comprovado nos autos ter perdurado o casamento até 13/1/88 (data do ajuizamento da primeira ação de separação).

“Assim, ocorrido o adultério enquanto vigia o matrimônio, inegável afronta ao dever conjugal de fidelidade (art. 231, I, do CC). Restando comprovado o adultério, apurou-se, ainda, nos autos, a propagação de tal acontecimento na comunidade onde reside o autor, fator este, decisivo à conclusão deste Juízo pela procedência do feito, na medida em que inexoravelmente, a dita propagação trouxe danos à imagem e honra do autor.

“Ademais, a requerida, na fase de produção de prova oral, auscultada acerca da possibilidade de repetir o exame, se negou a fazê-lo, reforçando, dessarte, a conclusão sobre sua conduta adúltera.

“Tendo-se presente o adultério cometido pela requerida, cujo acontecimento se propagou de forma desastrosa pela comunidade, colocando o autor à mercê dos oportunistas de plantão que se regozijam com as ma-

zelas alheias, não se pode olvidar as repercussões morais sofridas por ele que, como apontado na exordial, se transformou em um eremita.

“Ora, ainda que hodierno já se tenham derrubado as barreiras que mantinham o homem em destaque pela sua condição de ‘macho’, devendo ele ter mantida íntegra a sua condição de superior, há que se atentar que os abalos morais sofridos pela traição conjugal não são privilégio das mulheres que apenas se aquietam por pensarem que tal atitude é própria do sexo forte, mas também dos homens, que têm no cérebro, as mesmas terminações nervosas que determinam sofrimento ou o prazer que o têm as mulheres.

“No entanto, modernamente, inobstante não ser o adultério algo que choque as pessoas, os abalos íntimos de quem o sofre são incontestes e, portanto, passíveis de indenização, condição amplamente difundida pela doutrina e, mais recentemente, pela Lex Mater em seu art. 5º, V e X. Se não vejamos:

‘Art. 5º...

‘...

‘X — São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação’.

“Inobstante as divergências antigas quanto a sua possibilidade, a verdade é que hoje os entendimentos têm propendido à solidificação de que tal remédio não visa à reparação do bem jurídico lesado e sim uma compensação pela sua perda ou lesão.

“Civilmente, o que nos interessa é o dano reparável através de indenização e, consoante lição da jurista Maria Helena Diniz, citada por Cleyton Reis em sua obra *Dano Moral*, 4ª ed., Forense, pág. 6:

‘O dano moral vem a ser lesão de interesse não patrimonial de pessoa física ou jurídica’” (opus citatum).

“A indenização por dano moral consiste na compensação pela situação ádvena que vive o indivíduo que foi lesado em um bem jurídico e que por tal sofreu grave abalo moral. Não tem a pretensão de reparar o bem jurídico ao ser que foi lesado, o que neste caso é infactível, nem tampouco pagar pela moral abalada. Busca, sim, compensá-lo pela perda ou lesão, com a possibilidade de minorar-lhe o sofrimento através da obtenção de outros bens da vida.

“É ao que se presta no caso vertente, no qual, tendo o autor sua honra assevandijada pela opinião pública, devido ao comportamento displicente de sua esposa, busca a tutela jurisdicional do Estado para ver-se indenizado pelo sofrimento pelo qual passa.

“Como é de sabença, nas localidades interioranas, os conceitos de moral ainda são de todo rígidos e há inegável rapidez no repasse das informações corriqueiras, sendo, portanto, impossível se esperar que todos não soubessem, de alguma forma, dos envolvimento extraconjugais da requerida, o que colocou, sem embargos, o autor, em situação de extrema dificuldade perante a comunidade. E, com certeza, a ré tinha conhecimento da possibilidade de ser delatada, à luz das certezas apontadas acima. Por-

tanto, sendo irretorquível o vexame pelo qual passou o autor, este tem direito à indenização por tais sofrimentos através da indenização por danos morais.

“Resta indubitosa a questão acerca deste remédio jurídico, tutelado por uma infinidade de juristas e, mais importante, pelo Excelso Texto promulgado em 1988.

“Ao propósito de tal discussão, nada demais trazer à baila o que nos ensina o ilustrado jurista Wladimir Valler, citando Zanoni, acerca dos danos de natureza moral:

‘Ellos serán resarcibles a condición de que se provoquem por la lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales reconocidos a la víctima del evento dañoso por el ordenamiento jurídico. Y estos intereses, es prudente reiterarlo, pueden estar vinculados tanto a derechos patrimoniales como a derechos extrapatrimoniales’ (obra citada, pág. 38).

“Assim, incontestemente que a pretensão esposada pelo requerente tem razão de ser, mormente por ter ele aceitado reatar o compromisso depois da primeira separação, quando a requerida já havia dado à luz a filha M., tendo já portanto, traído o esposo. Ora, se a separação, conforme noticiado nos autos, foi desfeita pela vontade da requerente, deveria esta, ao menos, ter alguma convicção acerca de suas vontades, tendo em mente que já havia traído o parceiro, sendo-lhe, portanto, mais honesto, continuar separada.

“Em verdade, a frustração que sofreu o autor, não só por descobrir que a esposa o havia traído, mas tam-

bém, e principalmente, pelo fato de ter assumido como sua, amando-a, uma criança que foi fruto de um adultério, lhe faz sofrer ainda hoje, levando-o, merecidamente, a buscar a devida indenização por sua dor.

“Neste sentido a jurisprudência pátria:

‘Ação declaratória. Indenização. Dano moral. Art. 5º, V e X, da CF 88. Demonstrada a efetiva lesão de natureza moral há de ser reconhecido o direito a uma indenização e consequente procedência do pedido, uma vez que tal pretensão tem inteiro respaldo legal, inclusive tendo sido o direito à honra e à imagem no sentido do conjunto da personalidade, destacada por si, elevando à categoria de direito constitucional, passível de dano moral a ser indenizado, diante do enunciado do art. 5º, X, da CF 88, que agasalhou neste e no inciso V, os direitos subjetivos privados, relativos à integridade moral’ (in Ap. Cív. n. 2105615-5/00 — Tribunal de Alçada de Minas Gerais, rel. Geraldo Augusto).

“E mais:

‘Sem dúvida que, frente ao disposto em seu art. 5º, V, a vigente Constituição assegurou de forma genérica e ampla o direito ao ressarcimento ao dano moral, autonomamente’ (in 1ª TACSP 7ª Câmara, rel. Des. Barreto de Souza, j. 20/8/91, JTACSP — RT 130/112).

“Inegável que este é um caso raro em nosso meio jurisprudencial. Porém, há de se convir que os danos morais se diferenciam pela sua intensidade e motivação, atacando de forma diversa os valores da espécie humana e, neste específico caso, a imagem e a honra do autor frente à so-

cidade a qual pertence e com a qual convive diariamente.

“Em verdade, há um precedente jurisprudencial histórico que, embora tendo julgado improcedente ação de Responsabilidade Civil entre ex-cônjuges, traz lúcido e fundamentado voto vencido do hoje Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, o prefulgente Athos Gusmão Carneiro:

‘...A mais moderna e a mais perfeita doutrina estabelece como regra a reparação do dano moral. Dois são os modos por que é possível obter-se reparação civil: a restituição das coisas ao estado anterior e a reparação pecuniária, quando o direito lesado seja de natureza não reinte-grável.

‘E a ofensa causada por um dano moral não é suscetível de reparação no primeiro sentido, mas o é no de reparação pecuniária. Com esta espécie de reparação não se pretende refazer o patrimônio, porque este não foi diminuído, mas se tem simplesmente em vista dar à pessoa lesada uma satisfação, que lhe é devida, por uma sensação dolorosamente satisfatória’ (in RT 679/48 — Trecho do voto vencido, já mencionado, no julgamento do TJRS).

“No vizinho Uruguai, segundo trecho contido na RT 679/48, a jurisprudência já decidiu pela procedência de ação de reparação de danos morais por adultério, senão vejamos:

‘Em 6/3/89 — tendo como Min. rel. Dr. Varela Motta, surgiu o ‘Primer Fatto Dicitado en el Uruguay admitindo el resarcimiento por Dano Moral causado por el adulterio de uno de los cónyuges.

‘...Apenas vamos esclarecer que o dano moral foi estimado em N\$ 40.000,00. Também houve condenação nos danos materiais sofridos em decorrência do ato antijurídico — adultério — praticado pelo marido. É que em conseqüência desse ato antijurídico a mulher teve que se submeter a tratamentos médicos’.

“Como é cediço, o dano moral não se atém a satisfazer necessidade iminentes, e, sim, a compensar sofrimentos de ordem psicossociológicas que, neste caso, poderão até mesmo piorar com o passar do tempo, especialmente se, ou quando o autor não conseguir mais reconstruir uma família, necessidade inerente ao ser humano e que foi seriamente prejudicada pela pessoa que assevandijou a sua honra, propagando, ao deleite de sua irresponsabilidade, a sua própria infidelidade.

“Ora, embora possam arrepiar-se os materialistas, é evidente que o ser humano não é apenas uma massa tátil. É, antes de tudo, um ente espiritual, e à luz da medicina tão avançada, seu corpo é, hodierno, facilmente curável. Porém, às doenças de ordem emocional, ainda não se inventou remédio que as pudesse varrer de nossa memória. De revestrés, serão uma herança eterna, sob a forma de lembranças quase sempre presentes em nossa existência.

“Somos todos aspirações, ansiedades, vontades, expectativas, amores, ódios, dores. E quando um bem material é lesado procuramos, e conseguimos, logo sua reparação. E a reparação do nosso bem-estar?

“Com efeito, se tivermos em mente que a nossa honra e imagem

são bens jurídicos tutelados pelo Estado, como se negar reparação ao autor desta demanda que se viu achincalhado pela opinião pública em razão das atitudes de sua mulher?

“Vejam os que entende a doutrina, acerca dos deveres do matrimônio, que, neste caso, foram violados:

‘Estes deveres, como observa Yussef Cahali, não são estabelecidos pela lei, mas sim pela moral conjugal, ‘segundo um modelo de conduta social conceitualmente exigível’ como por exemplo ‘o dever de sinceridade, o dever de tolerância, o dever de manter com o outro cônjuge uma certa comunhão espiritual, o dever de velar pela própria honra, a fim de não atingir, com o seu comportamento e por via indireta, a honra do companheiro, seu sócio solidário’.

‘A violação dos deveres explícitos ou implícitos do casamento, constituindo ofensa à honra e à dignidade do consorte, caracteriza injúria grave, e, por conseguinte, pressuposto autorizador da separação judicial.

‘A separação judicial ou divórcio importam em um dano para o cônjuge atingido pela conduta antijurídica do outro, violadora dos valores conjugais que sustentam as relações familiares, ensejando a reparação dos danos meramente patrimoniais, como também dos danos morais.

‘Absolutamente inaceitável o entendimento de que, pela ruptura do casamento, o cônjuge culpado deve responder apenas pela obrigação alimentar e pela possível perda da guarda de filhos.

‘No direito francês, tendo em conta o preceito genérico do art. 1.382, a jurisprudência sempre admi-

tiu a reparação dos danos morais nos casos de separação de cônjuges como decorrência dos fatos que deram origem à dissolução da sociedade conjugal. Atualmente, como lembra José de Castro Bigi, a legislação francesa tem norma específica, consubstanciada no art. 301 do Código Civil, alínea II, introduzida pela Lei de 2/4/41, reafirmada por Ordonnance de 12/5/45, que reza o seguinte ‘Independentemente de todas as outras reparações devidas pelo esposo contra o qual o divórcio já foi pronunciado, os juízes poderão conceder ao cônjuge que obteve o divórcio as perdas e danos pelo prejuízo material ou moral a ele causado pela dissolução do casamento’ (Dano Moral em Separação e Divórcio, in RT 679/47).

‘Como lembra Zannoni, no direito argentino, as causas de separação ou de divórcio implicam um ato ou fato ilícito civil, e como tal antijurídico, que, conforme o art. 1.077 do Código Civil, ‘hace nacer la obligación de reparar el perjuicio que por él resultare a otra persona’, ou seja, ao outro cônjuge. São assim indenizáveis os danos e prejuízos patrimoniais e o dano moral que ao cônjuge inocente acarreta o divórcio, entendendo-se por danos tanto os derivados dos fatos ou condutas constitutivas da causa do divórcio, como os que provocam o divórcio mesmo’ (ob. cit., págs. 382 e 383) (in A reparação do dano moral no direito brasileiro, Wladimir Valler, e.v., pág. 160).

‘E acerca dos danos morais decorrentes das infrações dos deveres conjugais dando causa à dissolução do casamento, no entendimento do mestre Yussef Said Cahali:



'Admitida a infração dos deveres conjugais como causa da separação judicial (Lei n. 6.515, de 26/12/77, art. 5º), tem-se preconizado que, para além da dissolução — sanção da sociedade conjugal — o cônjuge culpado deve responder igualmente por danos morais consequentes da separação' (in RT 679/48).

"Segundo se extrata dos autos, especificamente na sentença prolatada pelo Juízo da comarca de Maravilha, versando sobre a separação litigiosa que o autor lhe promoveu, a ré já estava à época, tendo relações extraconjugais, o que motivou a separação.

"Ora, a dita separação, tendo como causa as constantes traições da ré, levando o requerente a crer que M. não fosse sua filha, por si só já ensejaria a reparação civil, conforme fundamentado acima. Tanto mais no caso presente, quando está provada não só a traição da ré, mas também, a 'propaganda' que fez em torno de sua infidelidade, além do fato de ser M. filha de outro homem e tê-lo escondido do autor, dizendo apenas, aí sim, para outras pessoas que a menina era filha de um padre (outro afrontoso ataque às regras sociais), acontecimentos esses que trouxeram para o autor uma dor de caráter incomensurável, dado o seu aspecto subjetivo.

"Ademais, ainda segundo a doutrina:

'O adultério constitui clara violação dos deveres conjugais.

'Poderá dar ensejo à reparação civil?

'A resposta é-nos dada por Aguiar Dias ao se manifestar nos seguintes termos:

'À luz dos princípios expostos, não se pode senão sustentar a afirmativa. Sem cogitar do dano moral que incontestavelmente acarreta, o adúltero pode produzir dano material e, em presença dele, a admissibilidade da ação reparatória não pode sofrer objeção, ainda por parte dos que se negam a reconhecer a reparabilidade do dano moral' (op. cit. n. 160, pág. 15).

'Não encontramos nos repertórios de jurisprudência de nossos pretórios nenhum caso de ação de reparação de dano material ou moral decorrente de adultério.

'Contudo, os Tribunais franceses já se têm manifestado, concedendo ao cônjuge traído ação de reparação contra o cônjuge adúltero e seu cúmplice' (cf. Lalou, op. cit. n. 710, pág. 367; Savatier, op. cit. n. 9, pág. 13).

"As testemunhas do caso comprovam a conduta desregrada da ré, senão vejamos o que falou H. L., às fls. 96:

'As pessoas da comunidade comentavam que a requerida dizia abertamente que a filha M. P. G. não era filha do autor mas sim de um padre...'

"E R. S., às fls. 97:

'...que no ano de 1994 é que surgiram comentários a respeito do exame; a própria requerida comentava na comunidade sobre o adultério antes e depois do exame e falava normalmente...'

"Ademais, N. L., às fls. 98:

'Comentários surgiram de que a requerida falava na comunidade que o autor só prestava para trabalhar e mais nada... Dizia-se também que estaria ela envolvida emocionalmente com um padre e que ela própria co-



mentava que sua filha mais nova é filha deste padre e não do autor...’.

“Ao demais, parece importante trazer os relatos testemunhais acerca da atual condição emocional do autor. Vejamos, pois, o relato de L. L., às fls. 99:

‘...Antes do ocorrido o autor era pessoa muito ativa e participava das diretorias na Igreja e depois largou tudo e isolou-se, deixando inclusive de exercer suas funções laborais com a mesma intensidade como outrora fazia...’.

“E a testemunha N. L., às fls. 98:

‘...O autor até a presente data ainda encontra-se deprimido e prejudicado em seu trabalho; o autor apesar de ser muito querido na comunidade recebeu a alcunha de ‘corno’.’

“Já a testemunha R., às fls. 97:

‘Antes de tais fatos o autor era pessoa trabalhadora e desempenhava funções importantes na comunidade mas depois recolheu-se, isolou-se e passou a trabalhar menos do que antes; na comunidade ficou ele conhecido por ‘corno’.

“E ainda, segundo a testemunha H., às fls. 96:

‘...Após a separação e os comentários a seu respeito feitos pela requerida, o autor não mais conseguiu participar de eventos sociais, deixando funções sociais e ficando bastante deprimido, não fazia a barba e andava mal vestido...’.

“Com efeito, para que um ser humano dado às questões sociais, efetivamente participante e trabalhador, chegue em tal estágio de penúria, há que se convir que os abalos morais,

dos quais decorreram tais situações, são incomensuráveis e, à luz de nosso direito pátrio, passíveis de compensação por quem os causou.

“Segundo leciona o perfulgente jurista Aguiar Dias, citado por Irineu Antônio Pedrotti:

‘...tanto autorizam a reparação as imputações caluniosas como as simples manifestações que possam ofender ao conceito de outrem, apondo o elenco seguinte: (...) B) carta em que uma pessoa informa a outra que sua mulher deixou o domicílio conjugal em companhia do amante...’.

“Na verdade, é de se compreender a reclusão do autor em seu próprio mundo, visto que mantinha na sua esposa expectativas de futuro, como seria de se esperar de qualquer casal, e, sabendo de sua conduta, aliás sendo ele ‘o último a saber’, preferiu sofrer a sua dor enclausurado em seu próprio espaço, criado pelo sofrimento.

“Em epítome, a dor é um sentimento extremamente subjetivo e a ninguém é dado mensurar a dor de outrem com suas próprias, do contrário, estaríamos refutando a própria significação da subjetividade, é dizer, se sinto algo em tal intensidade, não posso esperar que outro indivíduo o sinta em mesmo valor e nem que suas reações sejam idênticas ou parecidas com as minhas. É a consagração da individualidade do ser humano: indispensável para a perpetuação desta raça.

“Segundo Alvinio Lima, Da culpa ao Risco, trecho transcrito na Revista Forense, vol. 83, págs. 385 e segs. cf. Orlando Gomes, Culpa X Ris-

co, Revista Forense, vol. 834, págs. 378 e segs:

‘É preciso vencer o dano, o inimigo comum, fator de desperdício e de insegurança, lançando mão de todos os meios preventivos e reparatórios sugeridos pela experiência, sem dismantelar, desencorajar as atividades úteis. Para tal conseguir, não nos devemos acastelar dentro de princípios abstratos ou de preceitos envelhecidos para nossa época, só por amor à lógica dos homens, à vaidade das concepções ou à dos moralistas de gabinete’ (obra citada).

“Conquanto não seja possível a reposição do bem da vida, e nem aquilatá-lo pecuniariamente, a condenação da requerida poderá representar a aquisição, por parte do autor, de bens da vida, como forma de atenuar o padecimento, além de representar esta condenação pecuniária, um castigo indelével à ré, pelo acintoso desrespeito às regras intrínsecas do matrimônio.

“De fato, a verba supra não trará ao requerente a imagem construída na comunidade, onde fora pessoa tão ativa, tirando dali suas satisfações materiais e pessoais.

“No entanto, a mesma verba possibilitará, como dito alhures, alguma satisfação material ao autor para, quiçá, formar outra família onde seja respeitado e amado como pai e esposo.

“A doutrina e a jurisprudência hoje predominantes dão certa liberdade ao juiz de arbitrar, segundo fatos concretos, o quantum indenizatório, estabelecendo, acertadamente, alguns requisitos auxiliares dessa fixação: capacidade econômica e nível

sociocultural do ofensor e do ofendido; a gravidade do resultado da lesão a forma de praticar o ato causador de tal dano; as repercussões do dano para o ofendido (itens constantes no art. 84 do Código Nacional de Telecomunicações).

“Inafastável é a importância de avaliação cuidadosa na estipulação do valor indenizatório pelo Magistrado, com vistas a não ser demasiado penoso para o requerido, bastando que se sinta ele penalizado pelo ato cometido, mas também capaz de, sem enriquecer a vítima, melhorar-lhe a vida.

“Transpassando-se os conceitos supra ao caso em tela, tocante à capacidade econômica da ofensora e do ofendido, tem-se que ambos pertencem à classe média (nem tão desfavorecidos e nem tão abastados); por outro lado, e como já fundamentado, incontestes as repercussões ofensivas ao patrimônio moral do requerente, cujo grau torna-se impossível aferir diante da subjetividade da dor sofrida; consigna-se, por fim, a forma maliciosa e intencional como o ato lesivo foi praticado, que veio a agravar ainda mais a já aviltada honra e imagem do autor.

“Diante dos parâmetros supra, e reiterando que a presente indenização não tem o condão de enriquecer a vítima, empobrecer a ofensora, tampouco restabelecer o bem jurídico lesado, e assim considerando excessivo o pedido aforado na exordial, entende este Juízo por fixar a verba indenizatória no patamar de 100 (cem) salários mínimos”.

Acrescente-se, apenas, que inassiste razão à ré, igualmente, no

que pertine aos encargos sucumbenciais. Pretende a requerida, seja alterado o percentual que lhe foi atribuído na condenação a título de custas processuais, tendo em vista que o autor decaiu de parte substancial do pleito.

Conforme tem orientado a jurisprudência, na indenização por dano moral a formulação do pedido tem caráter meramente estimativo, de sorte que a fixação da condenação em quantum inferior ao da postulação não configura sucumbência recíproca. De rigor, por isso mesmo, deveria a ré suportar solitariamente os encargos sucumbenciais. Todavia, como o autor conformou-se com esta parte da sentença, é de ser mantida.

2.2. Já no que pertine ao recurso do autor, inassiste-lhe igualmente razão.

O valor da indenização foi ajustado de forma adequada. Conforme já decidiu esta colenda Câmara, na Ap. Cív. n. 96.001203-6, da Capital, em que foi relator o signatário:

“A fixação da verba reparatória do dano moral tem sido problema de árdua resolução, dada a dificuldade de estabelecer-se o pretium doloris. Assentada a reparabilidade desse tipo de dano, hoje com foro constitucional, longos embates doutrinários ainda se travam no afã de identificar os critérios para a estipulação das cifras devidas.

“Dentre outros, segundo a doutrina, a reparação dos danos morais deve lastrear-se nos seguintes fatores: a) 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 (cf. Prof. Fernando Noronha).

“Na prova do dano moral e das circunstâncias que influem na determinação do quantitativo a arbitrar, os juízes terão de recorrer às regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, referidas no art. 335 do Código de Processo Civil”.

Diante desses parâmetros, deles há que se destacar as condições financeira e social do lesado, pertencente à família modesta, da área rural, onde, certamente, o valor arbitrado pela decisão guerreada cumprirá integralmente sua finalidade, conforme destacou judiciosamente a douta sentença profligada.

3. Pelo exposto, são desprovidos os apelos.

Presidiu o julgamento, com voto, o Exmo. Sr. Des. Francisco Borges, tendo participado também, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado.

Florianópolis, 13 de maio de 1999.

*João José Schaefer,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Pedro Manoel Abreu,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 98.006659-0, DE CRICIÚMA****Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

*Ação ordinária de reconhecimento de direito. Fornecimento de medicamentos essenciais para conter a progressão da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS/SIDA). Demanda movida contra o Estado. Inteligência dos arts. 5º, 6º e 196 da Constituição Federal e 153 da Constituição Estadual. Pretensão acolhida. Desprovisionamento da remessa.*

*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 — uma vez configurado esse dilema —, razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida (STF, Min. Celso Mello).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.006659-0, da comarca de Criciúma, em que é autor V. M. S., sendo réu o Estado de Santa Catarina:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento à remessa.

Custas legais.

1. V. M. S. ajuizou ação ordinária de reconhecimento de direito contra o Estado de Santa Catarina, informando que é portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS) e que não tem condições financeiras de arcar com os custos dos medicamentos necessários ao combate da doença.

Invocando a proteção constitucional aos direitos à vida e à saúde, postulou a condenação do demandado ao fornecimento das drogas saqui-

navir, epivir, ritonavir, neodecaptyl, AZT e 3TC.

Contestando, o réu suscitou a preliminar de inépcia da inicial, por impossibilidade jurídica do pedido, sustentando que a aquisição dos remédios depende de licitação, sendo inviável, portanto, sua provisão imediata.

No mérito, respondeu que o autor tem recebido as drogas AZT e DDI e que as outras solicitadas têm natureza experimental. Alegou, a par disso, que o Sistema Único de Saúde (SUS) é gerido pela União, não tendo o Estado autonomia para ordenar a compra dos medicamentos sem a intervenção do Ministério da Saúde.

Apresentada a réplica, o renomado Juiz de Direito Dr. Hélio do Valle Pereira julgou antecipadamente a lide, confortando o pedido.

Ascendidos os autos a esta Instância, por força do art. 475, inc. II, do Estatuto Processual Civil, a douta Procuradoria-Geral de Justiça alvitrou

seja anulado o processo, ante a ausência de intervenção ministerial, ou, em assim não se entendendo, seja desprovida a remessa.

2. Nega-se provimento à remessa.

2.1. A preliminar de impossibilidade jurídica do pedido é manifestamente infundada, uma vez que não há vedação legal à pretensão deduzida pelo acionante. Como assinala a melhor doutrina, "A possibilidade jurídica (...) deve ser localizada no pedido imediato, isto é, na permissão, ou não, do direito positivo a que se instaure a relação processual em torno da pretensão do autor" (Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil, 18ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, vol. I, pág. 54). No estudo dessa condição da ação, há de se perscrutar se o direito brandido está previsto abstratamente no ordenamento jurídico, a exemplo dos direitos à saúde e à vida.

2.2. A respeito da não-intervenção do Ministério Público no Primeiro Grau, cumpre registrar que não há razão para anular o processo, uma vez que a falta foi devidamente suprida pela manifestação do Parquet na Segunda Instância. Nessa linha, tem-se entendido:

"A intervenção da Procuradoria da Justiça em Segundo Grau evita a anulação do processo no qual o MP não tenha sido intimado em Primeiro Grau, desde que não demonstrado o prejuízo ao interesse tutelado (VI — ENTA — Encontro Nacional de Tribunais de Alçada, conclusão 42)" (Theotonio Negrão, Código de Processo Civil e legislação processual

em vigor. 26ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 221).

Comentando o art. 246 do Código Processual, Sérgio Sahione Fadel elucida:

"Embora o dispositivo comentado aluda à anulação do processo a partir do momento em que o órgão deveria ter sido intimado, a verdade é que a jurisprudência tem entendido que a audiência do Ministério Público, mesmo a posteriori, sana a nulidade, ainda que essa audiência se faça perante o Tribunal de Segundo Grau, e a omissão tenha ocorrido no Juízo singular" (Código de Processo Civil Comentado, vol. I, 4ª ed., 1981, pág. 408).

2.3. O vírus da AIDS, outrora conhecido como HTLV-III, LAV ou ARV, hoje denominado HIV, é responsável, como notório, pela vulnerabilização do sistema imunológico, cedendo espaço às infecções por protozoários e helmintos, fúngicas, bacterianas, virais, além de poder causar neoplasias malignas (sarcoma de Kaposi, v.g.) (v. Ramzi S. Cotran; Vinay Kumar; Stanley L. Robbins, Patologia Estrutural e Funcional, 4ª ed., Rio de Janeiro, Guanabara Koogan, 1991, pág.186). Para combater a doença com razoável eficácia é fundamental o uso de uma combinação de medicamentos, sabidamente custosos. Despido de recursos financeiros para obtê-los, em se tratando de humilde contabilista, atualmente desempregado, o autor instou o Estado-Juiz a compeli-lo a prestá-los.

A proteção à saúde encontra previsão explícita nas Cartas Constitucionais Federal e Estadual (arts. 5º, 6º e 196, daquela; e 153, desta), sendo iterativos os pronunciamentos des-

ta Corte no sentido de reconhecer a obrigação estatal de propiciar o tratamento do soropositivo, mediante a oferta dos medicamentos necessários.

Colhe-se da jurisprudência:

“Cautelar inominada. Fornecimento de medicamento essencial para conter a progressão da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (AIDS). Deferimento da medida. Agravo de instrumento. Estado. Inteligência dos arts. 5º, 6º e 196 da Constituição Federal e 153, II, da Constituição Estadual. Desprovemento do recurso.

“Em sede cautelar, a salvaguarda do direito natural, em que se insere a preservação da vida, deve prevalecer em face de disposições constitucionais outras a merecer exame apenas por ocasião da ação principal (AR no AI n. 96.007056-7, Capital, rel. Des. Alcides Aguiar).

“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 — uma vez configurado esse dilema —, razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida (STF, Min. Celso Mello)” (AI n. 96.010061-0, da Capital, relatado pelo signatário).

A reivindicação do autor é um pedido de socorro formulado ao Poder Público, como expressão de luta pelo direito impostergável à preservação da vida, direito natural que não tem preço, mesmo para uma sociedade que transparece estar perdendo o sentido da solidariedade humana.

Abordando conflito semelhante, conquanto se tratasse de outra moléstia grave (distrofia muscular de Duchenne), o Supremo Tribunal Federal consignou:

“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” (Pedido de Suspensão de Liminar n. 1.246-1, Min. Celso Mello, DJU de 13/2/97).

Ademais, a Lei n. 9.313/96 deu tratamento específico à matéria, tornando irrecusável o direito do requerente:

“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 (grifou-se) a seu tratamento.

“Art. 2º — As despesas decorrentes da implementação desta Lei serão financiadas com recursos da Seguridade Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme regulamento”.

No tocante à necessidade de licitação para compra das drogas pleiteadas e à alegada responsabilidade da União, vale extrair do decisum o que se segue:

“...o certo é que as despesas com o tratamento em questão poderão

correr por conta das verbas genericamente previstas no orçamento para atendimento à saúde. Inexiste necessidade de que para cada específico e mínimo desembolso haja previsão prévia e minudente. A se raciocinar assim, a mais corriqueira aquisição a ser realizada pelo mais modesto Posto de Saúde haveria de contar com crédito individualizado na lei orçamentária. Não é o caso. Trata-se, somente, de gerir os recursos à disposição. Caso inexistentes, recorrem-se a créditos adicionais.

“Relativamente à necessidade de prévia licitação, isto não eclipsa o direito do acionante. Cumpre ao Estado diligenciar no sentido de agilizar tal procedimento, caso necessário. E o Estatuto das Licitações prevê a solução para casos desta espécie, inclusive dispensando a exigência de licitação (art. 24, inc. IV, primeira parte, da Lei n. 8.666/93).

“Questiona, ainda, o Estado de Santa Catarina, a sua legitimidade para arcar com tal tratamento, dado que cumpria à União, pelo Sistema Único de Saúde, concretizar tal desembolso.

“Sucede, contudo, que a mencionada Lei n. 9.313/97 (sic), refere-se à responsabilidade conjunta da União, Estados e Municípios, no que pertine à concorrência para tal custeio, conforme vier a ser estabelecido em regulamento.

“Ora, não creio que possa o Estado se desonerar, buscando eclipsar por completo sua responsabilidade patrimonial, dado que a União ou os Municípios, identicamente, adotariam igual postura. Feneceria o autor, no aguardo de solução para o impasse. O Estado de Santa Catarina avocou para si a responsabilidade por velar pela saúde de sua população (art. 153). Nada obsta que em razão da instituição do Sistema Único de Saúde haja concurso dos outros entes públicos da República para repartição deste ônus. Isto, entretanto, é questão a ser resolvida pelo acionado administrativamente, no que se refere à condução do SUS e na forma do Decreto que deverá esclarecer o alcance da Lei n. 9.313/97 (sic). Mas esta circunstância é alheia ao autor e contra ele não pode ser aduzida” (fls. 34/5).

3. Por todo o exposto, nega-se provimento à remessa.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d'Eça Neves. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Áttila Antônio Rothsahl.

Florianópolis, 7 de outubro de 1999.

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



**APELAÇÃO CÍVEL N. 98.006684-0, DE PALMITOS****Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

*Embargos de terceiro. Posse fundada em promessa de compra e venda registrada. Alienação de bem imóvel posteriormente ao aforamento da execução e do ato citatório. Ausência de inscrição da penhora no Registro Imobiliário. Fraude à execução. Inocorrência. Inteligência dos arts. 593, II, e 659, § 4º, do CPC. Pedido procedente. Recurso desprovido.*

*É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro (STJ, Súmula 84).*

*A fraude à execução, tal como prevista no art. 593, II, do Código de Processo Civil, na pendência do processo executivo, exigirá, além da litispendência e da frustração dos meios executórios, o registro da penhora, a teor do art. 659, § 4º. Ausente esta formalidade, o reconhecimento da fraude dependerá da prova, por parte do credor, de que o terceiro tinha conhecimento do ato construtivo.*

*“Segundo entendimento que tem sido acolhido no Superior Tribunal de Justiça, com lastro em orientação doutrinária, para caracterização da fraude de execução, ao exequente, que não providenciou o registro da penhora, cabe provar que o terceiro adquirente tinha ciência do ônus que recaía sobre o bem em constrição judicial. Recurso provido” (Ap. Cív. n. 41.929, de Blumenau, rel. Des. Vanderlei Romer).*

*“Na falta de inscrição da penhora no Registro Imobiliário, presume-se a boa-fé do adquirente, especialmente se adquiriu o bem de terceiro e não diretamente do devedor; em tal hipótese, transfere-se para o credor o ônus da prova da má-fé pelo terceiro comprador” (AI n. 6.877, de Curitiba, rel. Des. Alcides Assis, 22/10/02). ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.006684-0, da comarca de Palmitos, em que é apelante Isidoro Paulo Levinski, sendo apelado Hugo Ziebell:*

Custas de lei.

1. Hugo Ziebell opôs embargos de terceiro em face de Isidoro Paulo Levinski, com o objetivo de ver-se res-



tituído do lote urbano n. 10, quadra 3, com área de 500m<sup>2</sup>, matriculado sob n. 4.543, situado no município de Caiabi, penhorado, em 22/6/89, na Ação de Rescisão Contratual n. 1.459, em fase de execução, na qual figuram como executados Silvestre Secchi e sua mulher Maria Secchi.

Alegou, para tanto, estar na posse do aludido imóvel desde 5/5/93, data em que o adquiriu pelo contrato particular de compra e venda, firmado com terceiro pertencente à cadeia de sucessão do bem. Justificou a ausência de escritura definitiva pelo fato desta ter ficado, desde a primeira transferência, em 7/4/89, condicionada à conclusão do inventário da esposa do vendedor Silvestre Secchi. Pugnou, afinal, pela procedência do pedido, com a exclusão do bem da constrição judicial.

Impugnando, o embargado alegou, preliminarmente, a nulidade da citação, por não ter sido pessoal. No mérito, indigitou de imperfeitos os contratos sobre os quais está fundada a pretensão, já que desprovidos de registro e reconhecimento de firma. Disse que a venda foi promovida em fraude à execução, uma vez que a alienação do imóvel pelo executado (em 7/4/89) ocorreu após a data da citação (20/3/84) e da penhora (22/6/89). Juntou documentos procurando demonstrar a situação de insolvência do devedor e pugnou pela improcedência do pedido.

Após a réplica, foi designada audiência de instrução e julgamento na qual foram inquiridas duas testemunhas. Em alegações finais, ofertadas sob a forma de memorial, o embargante salientou a inexistência da

constrição judicial, uma vez que o credor, embora devidamente intimado, não providenciou a averbação do registro da penhora no Ofício de Imóveis. Acrescentou ser adquirente de boa-fé, tendo em vista que comprou o imóvel livre e desembaraçado, embora não tenha sido efetivada a escritura pública de compra e venda, dès que até hoje persiste o inventário da esposa de Silvestre Secchi. O embargado, de seu turno, quedou-se inerte, deixando de oferecer alegações derradeiras.

Sentenciando, o Dr. Juiz de Direito, Ozir Miguel Londero, acolheu os embargos, enfatizando ser insustentável o condicionamento da proteção possessória à exigência da inscrição no Registro Público do contrato de compra e venda. Argumentou, ademais, que o embargante adquiriu o imóvel de boa-fé e que a penhora não se concretizou porque não levada a registro.

Irresignado, apelou o vencido, asseverando que o adquirente é possuidor ilegítimo do imóvel e que os documentos particulares de compra e venda colacionados na inicial não têm qualquer validade perante o apelante. Após ratificar a tese de fraude à execução, pugnou pela reforma da decisão.

Ofertadas as contra-razões, os autos alçaram.

2. O recurso é desprovido.

Cumpra apontar, inicialmente, que a citação na execução ocorreu em 20 de março de 1984 (fls. 161v.) e a alienação do imóvel para o Sr. Jacó Pedro Auler no dia 7/4/89 (fls. 12). Somente em 5/5/93 é que o embargante adquiriu o imóvel sob litígio e, a exemplo das sucessivas alienações anterior-

res, mediante compromisso de compra e venda não registrado (fls. 8). A penhora ocorreu em 21/7/89 (fls. 239v.), sendo que o credor deixou de promover a respectiva inscrição no competente Registro Imobiliário.

Do exame da insurgência, ressaltam duas questões pontuais: a) a possibilidade do manejo de embargos de terceiro fundados em alegação de posse havida pelo compromisso de compra e venda não registrado; e b) a não configuração da apontada fraude à execução.

2.1. No tocante ao primeiro tópico, hoje está inteiramente pacificada a jurisprudência acerca da legitimidade do possuidor de imóvel havido em compromisso de compra e venda, ainda que não registrado, para manejar os embargos de terceiro, consoante o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, enunciado na Súmula 84:

“É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro”.

Aduza-se que o direito sumular em comento prevalece sobre a Súmula 621 do STF, conforme sustentam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery (Código Comentado, 1994, art. 1.046:5, pág. 884), porque incumbe atualmente ao STJ, nos termos do art. 105, III, a, da Constituição Federal, interpretar a lei federal no país.

2.2. Passa-se ao exame da indigitada fraude à execução.

Num breve esboço histórico acerca da legislação aplicável, ressalte-se que o Código de Processo Civil de 1939 nada previa no tocante ao registro do ato construtivo, dispondo

apenas que “recaindo a penhora em bens imóveis, será também intimada a mulher do executado” (art. 948). Por seu turno, o Decreto n. 4.857 de 9 de novembro 1939, que cuidava dos registros públicos previstos na lei civil, apontava que na matrícula seria feito registro das penhoras, arrestos e sequestros de imóveis (arts. 178, a, VI e 279).

A propósito, conforme o escólio de Moacyr Lobo da Costa, “o registro (inscrição) da penhora é um ato administrativo, privativo do serventário do Cartório do Registro de Imóveis da circunscrição territorial onde o imóvel estiver situado, que o pratica à vista da certidão fornecida pelo Escrivão do Cartório, que é extraída dos autos da execução na qual a penhora foi realizada (apud Matheus, Rodrigo. Registro da Penhora e Fraude à Execução. Revista de Processo, Ano 20 out/dez/1995, São Paulo, RT, pág. 127).

Destina-se a inscrição, pois, dar publicidade ao ato construtivo, possibilitando o conhecimento inequívoco de terceiros, tendo função probatória e preventiva, à medida que faz prova da penhora e afasta a alegação de desconhecimento do ato para o caso de alienação do bem.

Assim, sob a vigência do Código de Processo Civil de 1939 e do Decreto n. 4.857/39, o registro da penhora não era exigido expressamente para a existência ou validade do ato, mas tão-somente para ter eficácia em relação a terceiros.

Já o Código de Processo Civil vigente (Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973) em nada inovou em relação ao diploma anterior no que concerne à

penhora de bens imóveis. A revogação, logo em seguida, do Decreto n. 4.857/39 pela Lei n. 6.015 de 31 de dezembro de 1973, que dispõe acerca dos registros públicos, igualmente, não alterou essa situação, uma vez que o art. 167, inc. I, n. 5, manteve a previsão do registro de penhoras, arrestos e sequestros de imóveis.

Ressalte-se que o art. 240 da atual Lei de Registros Públicos foi além, salientando a finalidade do ato, dispondo que “o registro da penhora faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior”. Alguns juristas, como Décio Antônio Erpen, argumentavam que tal dispositivo tornou, assim, obrigatório o registro da penhora para início de sua eficácia em relação a terceiros, não obstante tivesse plenamente eficaz perante exequente e executado (RT 577/21, 624/35).

A maior parcela da doutrina processual, no entanto, não sufragou tal posicionamento, destacando-se, dentre eles, Celso Neves, Barbosa Moreira e Humberto Theodoro Júnior para os quais a penhora, em sendo ato público, solene e de eficácia erga omnes, não teria sua oponibilidade em relação a terceiros condicionada ao registro (Matheus, op. cit., pág. 129).

Todavia, vem passando despercebida por grande parte dos operadores jurídicos a alteração contida na Lei n. 8.953/94, que acrescentou ao art. 659 o § 4º. Tal dispositivo prescreve que “A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, e inscrição no respectivo registro”.

A justificativa do projeto de lei que originou a aludida norma teve em

mira prevenir futuras demandas, com alegação de fraude de execução, pelo que Cândido Rangel Dinamarco consignou que “sem ter sido feito o registro, aquele que adquirir o bem presume-se não ter conhecimento da pendência de processo capaz de conduzir o devedor à insolvência. A publicidade dos atos processuais passa a ser insuficiente como regra presuntiva de conhecimento”.

“No mesmo sentido tem sido o entendimento dos eminentes juristas Donaldto Armelin, Fátima Nancy Andrichi, J. E. Carreira Alvim, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Sidnei Agostinho Beneti, bem como o pragmático Theotonio Negrão (ibid., pág. 130).

Diante da nova sistemática adotada pelo Código de Processo Civil, mostra-se evidente ter o legislador optado pela obrigatoriedade do registro da penhora de bens imóveis, eliminando as divergências acerca da imperatividade do registro para eficácia perante terceiros.

Nessa perspectiva, a doutrina vem interpretando que, “em ocorrendo a penhora de bem imóvel, sua alienação não induzirá na ocorrência de fraude à execução, como vinha sendo até presentemente entendido, pois apenas com o registro da penhora haverá eficácia erga omnes e sem tal registro a aquisição do imóvel por terceiro o tornará adquirente de boa-fé, sem que a ele se possam opor os efeitos da penhora” (Pavan, Dorival Renato & Carvalho, Cristiane Costa. Da Necessidade do Registro da Penhora Como Condição para se Operar a Fraude à Execução. Revista de Processo, Ano 22, out./dez. 97, São Paulo, RT, 93).

Nessa esteira, aliás, é o posicionamento de Cândido Rangel Dinamarco, assentando:

"(...) A publicidade dos atos processuais passa a ser insuficiente como regra presuntiva de conhecimento. A consequência prática dessa nova disposição será a inexistência de fraude à execução capaz de permitir a responsabilidade patrimonial do bem alienado, sempre que a penhora não esteja registrada no cartório imobiliário (CPC, art. 593, esp. inc. II). Se o adquirente opuser embargos de terceiro e não se concretiza o conhecimento da penhora por outro meio, seus embargos procederão".

E acrescenta:

"Seria um exagero excluir indistintamente a oponibilidade da penhora imobiliária a terceiros, sempre que não levada a registro imobiliário. Seria ilegítimo negar a fraude quando por outro meio o adquirente do bem penhorado tiver conhecimento da penhora e isso ficar provado nos autos. O novo dispositivo, pela sua clareza e pela declarada intenção com que veio ao ordenamento jurídico brasileiro, agrava porém o onus probandi a cargo do exequente, em caso de não ter sido registrada a penhora. Mas facilita a sua defesa (provavelmente nos embargos de terceiro que o adquirente poderá propor), se o registro tiver sido feito" (Matheus, *op. cit.*, págs. 139/140).

Para Moacyr Lobo da Costa, "o acréscimo do § 4º ao art. 659 do CPC, pela Lei n. 8.953/94, foi a disciplinação legislativa de um entendimento já consagrado pela jurisprudência, o que não muda em nada as situações con-

solidadas anteriormente à alteração" (RT 737-425/428). E justifica:

"Estes dois arestos bem dimensionam a alteração introduzida com a Lei n. 8.953/94. Estava ocorrendo um descompasso entre o que consta do registro imobiliário (que é o que deve prevalecer e conferir certeza em relação à aquisição) e o processo, muitas vezes do desconhecimento do adquirente, que sequer sabia da penhora e posteriormente tinha a ineficácia declarada, por ocorrência de uma alçada fraude à execução.

"Isto ocorria principalmente naquelas ações em que a execução tramita por um Juízo e a penhora do imóvel é feita em outra comarca, por precatória.

"Em razão da fragilidade e fragmentação de nosso sistema jurídico, prevalecia o princípio da publicidade emergente do processo executivo contra o princípio da boa-fé, contido no direito material, que raramente se opunha àquele e com desprezo da força probatória emergente do registro imobiliário. Este, agora, deve ser o local adequado, concentrado, onde o interessado deve buscar informações a respeito da existência de ônus sobre o bem que se pretende adquirir.

"Assim, o que o art. 659, § 4º, do CPC fez foi prestigiar as informações constantes do registro imobiliário e ele, não mais o processo, é que servirá de substrato para se apurar a ocorrência, ou não, de fraude à execução.

"Logo o credor terá que se municiar de maiores cuidados para, tão logo seja realizada a penhora, promover o registro dela, pena de não lograr êxito em alcançar o patrimônio do de-

vedor para assegurar o pagamento do débito exequendo" (Pavan & Carvalho, op. cit., pág. 96).

Na verdade, essa interpretação, de certa forma, antes mesmo da edição da Lei n. 8.953/94 já vinha sendo albergada por parte da jurisprudência, como se vê dos seguintes arestos do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul:

"Embargos de terceiro. Penhora. Registro. Alienação. Fraude à execução. É obrigatório o registro da penhora para produzir efeitos contra terceiros. O registro estabelece presunção de fraude à execução, que atinge qualquer alienação posterior à penhora. A falta de registro implica necessidade de comprovação do consilium fraudis, para afastar a boa-fé do adquirente..." (TARS APC 186039160, Porto Alegre, rel. Sílvio Manoel de Castro Gamborghi, 3ª Câm. Civ., j. 27/8/86).

"...Em suma, o reconhecimento da fraude contra a execução só é declarável ipso jure quando precedida de prova pré-constituída da ilegalidade do ato, tal o que se verificaria ante uma penhora perfectibilizada e constante dos registros públicos competentes. Negado provimento. Unânime" (TARS, AgIn n. 193.156.361, Canoas, rel. Heitor Assis Remonti, 1ª Câm. Civ., j. 28/9/93).

Em outro julgado, ainda, proferido pelo então Ministro do TFR, Antônio de Pádua Ribeiro, hoje Ministro do Superior Tribunal de Justiça, salientou-se que "se o seqüestro não foi lançado no registro de imóveis, procedem os embargos apresentados por terceiro de boa-fé que, em execução contra o proprietário, arrematou o imóvel se-

qüestrado" (REO n. 94.312—RJ, j. 28/5/96, DJU 26/6/86, pág. 11.464).

Do artigo publicado na RT 609-7/14, mencionado no Recurso Especial n. 4.132—MG, da lavra do Ministro Sálvio de Figueiredo, extrai-se o seguinte ensinamento:

"...chega-se à conclusão de que a matéria deve ser apreciada sob o ângulo do ônus da prova. Assim, se o credor não promove o registro da citação, a fraude de execução somente estará caracterizada se ele, credor, vier a demonstrar a ciência, pelo terceiro, adquirente ou beneficiário da oneração, da existência da demanda em curso. De igual forma, a ineficácia da alienação ou oneração somente será reconhecida se o credor demonstrar que o terceiro tinha ciência da existência dos atos constitutivos da penhora, do arresto ou do seqüestro".

Tal entendimento foi ratificado pelo Min. Athos Gusmão Carneiro, citando precedente da 1ª Câmara Civil do Tribunal do Rio Grande do Sul, onde teve a oportunidade de consignar:

"Dou uma importância muito grande aos registros públicos. Acho que quem presumivelmente de boa-fé compra um imóvel confiado no registro público, e depois logra registrá-lo no Ofício Imobiliário, tem a sua posse e o seu domínio tutelados enquanto os seus atos aquisitivos não forem desconstituídos. Não estou de acordo com a orientação de que a penhora, porque realizada em processo judicial, e mesmo não lançada no Registro Imobiliário, como manda o art. 167, I, n. 5, da Lei dos Registros Públicos, possa ainda assim se sobrepor à aquisição feita por pessoas que confiaram no que constava do Registro.

Esta orientação põe de lado a consideração de que está a cargo do credor providenciar no registro do arresto ou penhora (a cargo e a risco), prejudica o comércio jurídico e, afinal, vai em detrimento da boa-fé dos contratantes e da confiabilidade nos registros públicos.

Nesse sentido é, também, o voto proferido no Recurso Especial n. 2.597, prolatado pelo Ministro Eduardo Ribeiro:

“O Código de Processo Civil, cuidando da fraude de execução, não menciona a hipótese de alienação do bem penhorado. Não há como colocar em dúvida, entretanto, que a penhora faz indisponível o bem, vinculando-o ao processo de execução. Se eventualmente alienado, este ato será ineficaz, relativamente ao exequente e ao próprio Juízo. A questão que se coloca, entretanto, é a da oponibilidade dessa circunstância a terceiro de boa-fé que haja adquirido o bem, desconhecendo a penhora. Tenho entendido que se há de prestigiar o que consta dos registros públicos. Quem vai comprar um imóvel haverá de consultar o que consta do respectivo registro. Se nenhum ônus houver sido consignado, é de presumir-se que o bem esteja livre e desembaraçado, no domínio daquele que figura como proprietário. E a lei prevê o registro da penhora como apto a fazer prova de fraude de transação posterior. A finalidade do registro está exatamente em fazer essa prova. Se a alienação do bem penhorado fosse sempre ineficaz, sendo irrelevante a ciência do adquirente, não haveria razão para o registro. Já foi observado que seria de exigir-se particular amor ao próximo por parte de quem se desse ao trabalho de efe-

tuar o registro, arcando com as respectivas despesas, se, independentemente dele, o ato de constrição judicial já fosse opinável erga omnes”.

Na mesma oportunidade, o eminente jurista acrescentou, com toda a propriedade:

“Desvalioso se me afigura, de outra parte, o argumento de que o ato da penhora, sendo processual, é público. Os atos processuais são públicos no sentido de que, em regra, todos podem a eles ter acesso; não que se devam presumir conhecidos de todos” (apud Decio Antonio Erpen, in Revista dos Tribunais 672-80/89).

O Superior Tribunal de Justiça vem mantendo orientação cada vez mais sólida nesse mesmo sentido:

“A penhora de bem imóvel, antes de registrada, vale e é eficaz perante o executado, mas só é eficaz perante terceiros provando-se que estes conheciam ou deviam conhecer a constrição” (STJ, Ac. unân. da 4ª T., REsp. n. 9789—SP, rel. Min. Athos Carneiro).

“Na ausência de registro, ao credor cabe o ônus de provar que o terceiro tinha ciência da demanda em curso” (Min. Sálvio de Figueiredo, RSTJ, vol. 26/347).

“Para que não se desconstitua a penhora sobre imóvel alienado posteriormente à efetivação da medida constritiva, ao exequente que não a tenha levado a registro cumpre demonstrar que dela os adquirentes embargantes tinham ciência (...)” (REsp. n. 37011—SP, Min. Sálvio de Figueiredo, DJU 11/10/93).

“Segundo entendimento que tem sido acolhido no Superior Tribunal



de Justiça com lastro em orientação doutrinária, para caracterização da fraude de execução, ao exeqüente, que não providenciou o registro da penhora, cabe provar que o terceiro adquirente tinha ciência do ônus que recaía sobre o bem em constrição judicial" (REsp. n. 26866—RJ, Min. Sálvio de Figueiredo, DJU 16/11/92).

"Considero, pois, que para que se possa ter ineficaz a venda de imóvel com o simples fundamento de que o bem estaria penhorado, esta a depender de que tenha havido o registro da penhora ou da demonstração concreta da ciência do adquirente" (REsp. 2.653—MS, Min. Eduardo Ribeiro, julg. em 18/9/90).

Ademais, esta Corte de Justiça, em situação análoga, perfilhou tal posicionamento, conforme se constata:

"Embargos de terceiro — Fraude de execução — Imóvel — Alienação posterior à penhora — Constrição não levada a registro — Desconstituição — Precedentes do STJ. Segundo entendimento que tem sido acolhido no Superior Tribunal de Justiça, com lastro em orientação doutrinária, para caracterização da fraude de execução, ao exeqüente, que não providenciou o registro da penhora, cabe provar que o terceiro adquirente tinha ciência do ônus que recaía sobre o bem em constrição judicial. Recurso provido" (Ap. Cív. n. 41.929, de Blumenau, rel. Des. Vanderlei Romer).

Nesta colenda Quarta Câmara Civil, igualmente já se firmou tal entendimento, in verbis:

"Fraude à execução — Art. 593, II, CPC — Imóvel penhorado — Falta de inscrição — Comprador que o

adquiriu de terceiro e não do devedor — Boa-fé presumida — Ônus da prova da má-fé a cargo do credor — Penhora insubsistente — Apelo desprovido.

"Na falta de inscrição da penhora no registro imobiliário, presume-se a boa-fé do adquirente, especialmente se adquiriu o bem de terceiro e não diretamente do devedor; em tal hipótese, transfere-se para o credor o ônus da prova da má-fé pelo terceiro comprador" (Al n. 6.877, de Curitiba, rel. Des. Alcides Aguiar, 22/10/92).

Dessarte, é possível concluir que a fraude à execução, tal como prevista no art. 593, II, do Código de Processo Civil, na pendência do processo executivo, exigirá, além da litispendência e da frustração dos meios executórios, o registro da penhora. Ausente este, o reconhecimento da fraude dependerá da prova, por parte do credor, de que o terceiro tinha conhecimento do ato constritivo. Como tal prova não foi produzida, imerece prosperar a pretensão recursal.

3. Em face de todo o exposto, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a douda sentença impugnada pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar.

Florianópolis, 6 de maio de 1999.

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

**APELAÇÃO CÍVEL N. 98.015779-0, DE TIJUCAS****Relator: Des. Trindade dos Santos**

*Imóvel. Compra e venda. Preço quitado. Mandato outorgado pelos adquirentes ao vendedor para a alienação do bem. Distrato firmado pelo mandatário em seu próprio benefício. Ineficácia do ato. Distrato anulado. Sentença confirmada. Apelo desprovido.*

*Frente ao ordenamento jurídico pátrio, nula é a venda efetuada pelo mandatário a si próprio, nulidade essa que ostenta um caráter absoluto.*

*Com muito maior razão, nulo é o distrato de promessa de compra e venda firmado pelo vendedor constituído procurador pelos adquirentes, quando este firma o termo de distrato como distratante e distratado, quitando, ele próprio, a devolução do preço por si pretensamente feito aos seus representados, pelos quais quita ele o recebimento.*

*Tal situação, a par de antijurídica, reveste-se de intensa imoralidade, gerando a nulidade do ato.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.015779-0, da comarca de Tijucas, em que é apelante Caetano Socas, sendo apelados Ricardo Luiz Santos e Daniela Pinheiro Santos:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por maioria de votos, vencido o eminente Des. Newton Trisotto, negar provimento ao apelo.

Custas legais.

Ricardo Luiz Santos e Daniela Pinheiro Santos ingressaram com ação de declaração de nulidade de ato jurídico c/c suspensão de registro e pedido de tutela antecipada contra Caetano Socas, aduzindo que, em 9/5/95, firmaram com o requerido promessa de compra e venda de um terreno situado no lugar Papagaios, na

cidade de Canelinha, com a área de 5.227.200m<sup>2</sup>, devidamente matriculado no Cartório do Registro de Imóveis de Tijucas sob o n. 23.547 e cadastrado no Incra sob n. 807.060.002.097, ajuste esse registrado no Cartório Imobiliário competente em 12/5/97.

Entretanto, usando de extrema má-fé e sem dar qualquer satisfação aos postulantes, o demandado tentou registrar, no cartório imobiliário, um Termo de Distrato da Promessa de Compra e Venda por ele elaborado e encaminhado, pelo qual, atuando em causa própria, em 27/2/97, distratava o aludido ajuste, dando quitação, pelos postulantes, da devolução do preço pago.

Ao saberem dos interesses espúrios do réu, o qual não comunicou o distrato e também não providenciou a devolução do preço, trataram os re-



querentes de, imediatamente, cancelar a procuração que autorizava o distrato, fato que só se operou por completo em 13/3/97.

Informaram, também, que a legalidade ou não do registro está sendo discutida no procedimento de suscitação de dúvida n. 6.590/97, em tramitação judicial.

Diante disso, entendem os autores que o documento particular de distrato que o requerido pretende registrar é na verdade ato jurídico nulo de pleno direito, pois, como procurador e interessado, assinou ele o termo como distratante e distratado, usando uma procuração como se esta fosse em causa própria.

Apontaram, mais, que, para que pudesse valer em causa própria, o mandato usado deveria conter cláusulas relativas à coisa, ao preço e ao consentimento, poderes esses que, todavia, ausentam-se do aludido instrumento, além do que não receberam eles qualquer valor a título de distrato, distrato esse que, acaso legitimado, gerará o enriquecimento ilícito do acionado.

Finalizando, requereram a concessão de tutela antecipada, para declarar nulo o ato jurídico atacado, julgando-se, após, procedente o pedido, com a condenação do requerido nos ônus da sucumbência.

Indeferido o pedido de tutela antecipada, o demandado, em contestação, aduziu que desnecessária fazia-se a comunicação do distrato, uma vez que a procuração em causa própria foi outorgada com esse fim, livremente e com plena ciência de ambas as partes, consoante autorizado

pelos arts. 1.288 a 1.330 do Código Civil.

Referentemente ao preço, asseverou que a procuração a si outorgada traz as características do bem e a manifestação do consentimento, a par do que, contendo o contrato disposições acerca do preço e estando a procuração intimamente ligada a ele e, também, ao respectivo distrato, desnecessária fazia-se qualquer menção ao valor.

Ressaltou que a procuração traz expressa autorização do autor para que o contestante dispusesse livremente do bem, inclusive para si mesmo, como é elementar numa procuração em causa própria, indicando em seu favor o teor da Súmula 165 do STF.

Enfatizou inexistir nulidade quando ambos os contraentes querem e contratam o desfazimento do negócio e, livremente, pactuam o distrato por escrito, nos termos da lei e com o devido registro.

Argumentou, por derradeiro, que o mandato outorgado pelos autores é irrevogável, posto que outorgado em causa própria; mesmo porque, a revogação levada a efeito somente ocorreu após ter o instrumento procuratório surtido os efeitos orientadores da sua outorga, clamando, então, pela improcedência do pleito deduzido.

Após a manifestação dos autores acerca dos termos da peça de resistência, o MM. Magistrado singular, em sentença, julgou procedente o pedido vestibular, declarando a nulidade do distrato questionado, ao entendimento de que o mandato outorgado ao réu não se enquadra dentre aqueles denominados "em causa própria", eis que estes só valem quando outor-

gados em exclusivo interesse do mandatário.

Acentuou, outrossim, que o demandado não poderia valer-se da procuração para assinar o distrato, que tem, como finalidade, transferir novamente ao mandatário o bem vendido aos mandantes, invalidando, assim, o documento representativo da alienação, constituindo-se, pois, em uma verdadeira aberração jurídica, onde o distratante representa os distratados e amealha para si bem de grande valor em detrimento do patrimônio dos mandantes, sem qualquer anuência destes.

Condenou o requerido ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios.

Apelou o acionado, sustentando ser perfeito e, pois, apto a surtir todos os seus efeitos o ato jurídico declarado nulo, eis que a revogação da procuração ocorreu após a prenotação do distrato, o qual gerou, em seu favor, direito adquirido; no mais, reeditou os argumentos referentes à irrevogabilidade da procuração outorgada em causa própria, a qual autorizava o desfazimento do negócio, conforme art. 1.137 do CC, postulando, então, pela reforma do decisum monocrático.

O recurso deduzido mereceu resposta dos apelados.

É o relatório.

A sentença, pela apreciação correta que fez da matéria sob enfoque na ação proposta pelos apelados, impõe-se subsistente, pelo que desprovido há de ser o inconformismo recursalmente manifestado pelo demandado.

Esclareça-se, de início, que a situação estampada nos autos está a nos revelar que, em 9 de maio de 1995, os postulantes Ricardo Luiz Santos e Daniela Pinheiro dos Santos firmaram, com o apelante, promessa de compra e venda de um imóvel situado no município de Canelinha, imóvel esse com a área total de 5.227.200m<sup>2</sup>, conforme descrição minuciosa constante da inicial, ajustado, como preço da transação, a quantia de R\$ 100.000,00, cujo pagamento foi efetuado a vista, celebração essa registrada, em 12/5/95, no Cartório Imobiliário da comarca de Tijucas.

Já em 30/5/95, os autores e promitentes compradores outorgaram procuração pública dando poderes especiais ao réu para: a) assinar termo de distrato ou anuir na venda do imóvel; b) descrever o imóvel; c) transmitir a posse, domínio, direito e ação; d) dar e receber quitação; e) responder pela evicção e representá-los perante repartições públicas, tudo requerendo e assinando em nome dos outorgantes.

Valendo-se da posse dessa procuração, o postulante recursal, em 24/2/97, realizou o distrato da referida promessa de compra e venda do imóvel descrito, firmando ele o desfazimento do negócio, tanto como distratante e, igualmente, como distratado.

Na evolução dos fatos, o recorrente, em 27/2/97, pleiteou a averbação do distrato em referência no cartório imobiliário competente, distrato esse que não foi completado, sendo que, na seqüência, mais precisamente em 13/5/97, o instrumento de procuração veio a ser revogado pelos outorgantes, conforme mandado de notificação ex-

pedido pelo MM. Juiz de Direito da comarca da Capital.

A exposição até aqui feita retrata os fatos que antecederam o pedido de nulidade de ato jurídico, cujo acolhimento deu ensejo ao reclamo apelatório aqui sob apreciação.

Pela ação em questão, objetivaram os autores a nulidade do termo de distrato, eis que realizado de forma indevida, por meio da procuração tida pelo apelado como em causa própria, sustentando, primeiramente, que a procuração em apreço não foi passada dessa maneira, pois não contém os elementos necessários para que assim seja considerada.

Não bastasse isso, afirmaram os apelados, nulo é o distrato hostilizado, posto que realizado em benefício do próprio mandatário.

Exposto isso, há que se analisar, de início, a procuração que deu azo à realização do distrato, este o ato jurídico pretendido de anulação.

Feita essa análise, imperioso é concluir-se que a procuração outorgada pelos apelados em favor do insurgente não pode ser considerada como daquelas tidas como "em causa própria", pois esta, na verdade, define-se como uma abreviatura da cessão de direitos, em que o vendedor geralmente a outorga ao comprador, para futura transmissão da propriedade, podendo ampliar-se até a realização integral de qualquer contrato.

Saliente-se, ainda, que a procuração em causa própria, para desse modo subsistir, deve produzir mais que os efeitos do mandato, mesmo daqueles com poderes especiais, traduzindo mais que uma mera representação, mas consubstanciando,

acima de tudo, os efeitos de cessão de direitos ou de doação.

De Plácido e Silva, ao tratar dos efeitos da procuração em causa própria, enfatiza:

"O efeito principal, a função jurídica fundamental do mandato em causa própria é a de atribuir ao mandatário a qualidade de dono da coisa ou do negócio, sobre o qual incide o objeto do próprio mandato, seja esta qualidade conseqüente da cessão ou de transferência, que no instrumento se inscrever.

"E, assim, está fora de qualquer dúvida que o mandato em causa própria tem força e serve, não somente para ser um instrumento de cessão de créditos ou de direitos, mas para servir de instrumento de transferência da coisa vendida pelo mandante ao mandatário" (Tratado do Mandato e Prática das Procurações, Ed. Guairá Ltda., 3ª ed., 1963, 1º vol., pág. 460).

E, citando o ilustrado Gonçalves Maia, acrescenta:

"O procurador é dono, por cessão ou venda. O título suficiente da aquisição é o próprio instrumento, que por um eufemismo jurídico se chama procuração. Nem carece de outra prova o cessionário, pois basta exibir o instrumento do mandato. E se ele é legítimo opera por si a tradição" (pág. 461).

Considerado isso, os poderes inscritos na procuração outorgada pelos recorridos ao apelante não podem ser tomados como os de transferência do bem, cessão ou venda do bem ali mencionado; mesmo porque, fosse assim as posições outorgante-outorgado estariam invertidas, vez que a procuração foi outorgada, não

ao comprador, como ali consta, mas sim ao vendedor.

Inexiste lógica na afirmação do apelante de que a questionada procuração foi passada em causa própria, com a intenção de venda do bem, pois o mandatário, quando na posição de proprietário, já havia vendido o imóvel, não se vislumbrando, em assim sendo, qualquer razão plausível para a realização de qualquer “distrato em causa própria”, ao contrário do pretendido pelo irresignado.

O que se entrevê dos termos da procuração sub lumem é a figura inserida no art. 1.294 do CC, ajustando-se ela a um mandato especial.

E consoante com total propriedade definido pelo insigne Carvalho Santos:

“O mandato é especial quando contém poderes para a prática de um ou mais negócios, que na procuração estão especificados. Limita-se, portanto, aos atos especificados na procuração, sem possibilidade de estendê-lo por analogia. O certo, entretanto, é que a extensão dos poderes do mandatário, muitas vezes, não se determina pelo caráter geral ou especial do mandato, mas pelos termos em que está redigida a procuração, quer seja geral, ou especial o mandato” (Código Civil Interpretado, vol. XVIII, Ed. Freitas Bastos, pág. 1.340).

Não subsistem dúvidas, no caso vertente, que a procuração outorgada em favor do recorrente, diante dos poderes nela incluídos, nada mais evidencia do que um mandato com poderes especiais e que, como tal, é passível de revogação, contrariando, pois, a tese contestatória quanto a tratar-se, na hipótese, de procuração em

causa própria e, portanto, irrevogável, o que estaria a validar o termo de distrato atacado.

Desta forma:

“Mandato — Procuração em causa própria — Requisitos — (...).

“Sendo o contrato de mandato baseado na confiança, é lícito ao mandante mantê-lo ou revogá-lo segundo sua conveniência. A procuração em causa própria só assim se considera se o instrumento contiver individualização da coisa, se declare o preço e conste a sua irrevogabilidade. Faltando um desses elementos, o mandato não é em causa própria, podendo ser revogado (...)” (TJDF, AC 45.776/97, 2ª T., rel. Des. Getúlio Moraes Oliveira, DJU de 7/10/98, pág. 67).

Enfocando a matéria, disse este Sodalício:

“Ação de nulidade de ato jurídico. Procuração em causa própria. Para se configurar a procuração em causa própria é necessário constar do instrumento o teor semelhante à escritura de venda: a descrição do imóvel a ser vendido, o número de registro imobiliário, o preço, a quitação e o comprometimento de fazer valiosa a venda e responder pela evicção.

“Não contendo esses elementos, a procuração não é em causa própria, ficando vedado ao procurador vender a si mesmo ou a pessoas nas quais tenha interesse, sob pena de ferir as disposições do artigo 1.132, item II, do Código Civil” (Ap. Cív. n. 27.677, de Taió, rel. Des. Protásio Leal).

Ultrapassada a análise do instrumento procuratório em questão, passemos ao ato que, nos termos da sentença a quo, foi anulado, mercê do

acolhimento do pleito deduzido pelos apelados.

Mencionado termo de distrato, antecipe-se, é, com efeito, nulo de pleno direito!

Valendo-se de mandato típico (não em causa própria), o insurgente desfez o negócio anteriormente realizado por ele próprio com os autores da ação, ou seja, desfez a compra e venda do imóvel descrito na exordial, sem dar ciência desse desfazimento aos mandantes, assinando o distrato tanto pelos distratantes — os apelados — como pelo distratado, ele mesmo.

Como diria Boris Casoy: isto é uma vergonha!

O apelado, em síntese, desfez o negócio consigo mesmo! Devolveu o valor na qualidade de distratante, recebeu e deu quitação do quantum devolvido na posição dos distratados!

Porém, conforme enuncia o art. 1.133, II, do Código Civil, o mandatário não pode comprar do mandante bens de cuja administração ou alienação esteja encarregado.

E, conforme situação estampada nos autos, o mandatário, possuidor de alguns poderes relativos ao imóvel, tratou de desfazer o negócio, cujo resultado veio a beneficiar-lhe, pois o imóvel voltou a ser de sua propriedade.

Equivale a dizer: se o comando do artigo supracitado censura a compra de bens do mandante pelo mandatário, proíbe o inversamente proporcional, que é o desfazimento da venda feita pelo mandatário ao seu mandante.

Interpretando o artigo em comento, o lapidar Carvalho Santos expõe:

“É uma proibição fundada na moral, para evitar, regra geral, que o mandatário fique com os bens pelo preço que ele mesmo fixou, enriquecendo-se à custa do mandante. Mas, mesmo que no mandato consigne o mandante o preço da venda, nem assim poderá o mandatário adquirir os bens, de cuja alienação esteja encarregado, porque, ainda aí, haveria risco de ficar o mandatário com os bens sem pagar o preço, criando-se uma situação difícil para o mandante vendedor, que ficaria obrigado a demandar o mandatário para cobrar-lhe o preço ou rescindir a venda” (Código Civil Interpretado, vol. XVIII, 8ª ed., Freitas Bastos S/A, pág. 133).

Prossegue o emérito civilista:

“(...) o legislador não distinguiu hipóteses: impôs logo uma pena a essa proibição, declarando a nulidade da compra e venda, quaisquer que sejam as circunstâncias em que se verificar a alienação, enquanto perdurar o mandato” (pág. 134).

No mesmo sentido, colhe-se da jurisprudência pátria que:

“O mandatário incumbido da venda de um imóvel não pode vendê-lo a si mesmo, figurando, simultaneamente, como outorgante e outorgado, sob pena de nulidade da compra e venda” (RF 33/355).

Ou:

“É nula a venda feita pelo mandatário a si próprio, nulidade que é absoluta e de pleno direito, não podendo ser, por isso mesmo, suprida pelo juiz” (RT 42/45).

Conclui-se, então, que a procuração outorgada pelos apelados ao apelante, como bem ponderado pelo douto decisor atacado, não o foi em causa própria, pelo que, com efeito poderia ela ser revogada como realmente o foi, a par do que o termo de distrato questionado pelos acionantes é nulo, eis que, por meio dele, o recorrente desfez uma promessa de compra e venda celebrada consigo mesmo.

Nega-se, pois, provimento à insurgência manifestada.

Participou do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto.

Florianópolis, 28 de junho de 1999.

*Carlos Prudêncio,  
Presidente com voto;  
Trindade dos Santos,  
Relator.*

Declaração de voto do Desembargador Newton Trisotto:

De acordo com o artigo 85 do Código Civil, “nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”.

A regra aplica-se ao caso sub iudice. Estou absolutamente convencido de que o fato de o autor/apelado

ter outorgado procuração ao réu/apelante, com poderes para “assinar termo de distrato ou anuir na venda do imóvel”, equivale à manifestação da vontade de distratar.

Como bem anotou o Desembargador João José Schaefer, “a prova oral (como também as demais), quando traz duas versões antagônicas, deve, pelo princípio da persuasão racional (CPC, art. 131), ser analisada, medida e ponderada, posta em confronto com a lógica e as regras da experiência, desprezando-se o inverossímil e o improvável, para acolher-se o que se evidencia racional, coerente e compatível com as circunstâncias” (Ap. Cív. n. 34.133, Des. João José Schaefer).

Não é verossímil, nem lógico e razoável, que o promissário-comprador fosse outorgar mandato ao promitente-vendedor, com os poderes já mencionados, se não houvesse prévio distrato.

A procuração seria dispensável se o contrato de promessa de compra e venda não estivesse registrado no cartório imobiliário. Serviu apenas para elaborar o documento denominado “termo de distrato de promessa de compra e venda de um terreno”, necessário para cancelar o registro.

São essas as razões do dissenso.

*Newton Trisotto.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 99.002717-1, DE CRICIÚMA**

**Relator: Des. Trindade dos Santos**

*Acidente do trabalho. Aposentadoria por invalidez acidentária. Competência recursal. Cancelamento administrativo do benefício.*

*cio. Retorno do obreiro ao mercado de trabalho. Ausência de processo administrativo. Ato desmotivado. Nulidade. Custas. Isenção inexistente. Decisum incensurável. Apelo e remessa desprovidos.*

*— Em se tratando de restabelecimento de aposentadoria por invalidez infortunística cancelada administrativamente ao arrepio das normas legais pertinentes, a competência recursal, consoante reconhecido em copiosos precedentes jurisprudenciais, é do Tribunal de Justiça Estadual.*

*— Por imposição constitucional, ao Instituto Nacional do Seguro Social não é lícito cancelar administrativamente benefícios acidentários concedidos na forma da lei, com base em meros e descomprovados argumentos quanto ao reingresso do obreiro no mercado de trabalho. Tais cancelamentos exigem, acima de tudo, pena de ineficácia, a instauração do competente processo administrativo, com a garantia, ao segurado, do direito do contraditório e da ampla defesa, além de motivação consentânea e que justifique a contento as razões norteadoras do cancelamento.*

*— Sedimentado é o entendimento jurisprudencial de que a isenção de custas instituída por lei federal em benefício da seguradora estatal só tem eficácia nas causas de competência e tramitantes perante a Justiça Federal, não sendo ela estendível às demandas que, como as de índole acidentária, são de competência exclusiva da Justiça Estadual.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.002717-1, da comarca da Criciúma (Vara da Fazenda e Registro Público), em que é apelante o INSS — Instituto Nacional do Seguro Social, sendo apelado Pedro Cipriano:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Trata-se, in casu, de ação ordinária declaratória de direito ao resta-

belecimento de benefício de aposentadoria por invalidez, contra o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, aforada por Pedro Cipriano.

Alegou o autor que, em 17/8/83, foi beneficiado com a concessão de aposentadoria por invalidez acidentária, sendo que, no entanto, em 17/11/93, mais de 10 anos após, o Instituto demandado cancelou ilegalmente o benefício sob o argumento de que não mais existia incapacidade para o trabalho.

Aduziu que a concessão do benefício deu-se a posterior exame peri-



cial a cargo da própria entidade autárquica e, pois, de forma legal, o que não permitiria o cancelamento do benefício sem o levantamento de alguma irregularidade naquele ato administrativo de concessão.

E, sustentou a irrevogabilidade do ato concessivo diante do direito adquirido.

Pugnou pela anulação do ato administrativo que cancelou o benefício, com a condenação do réu ao pagamento das prestações vencidas no curso da suspensão até a data da efetiva reimplantação, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora a partir da citação.

Juntou documentos comprobatórios da concessão da aposentadoria.

Em contestação, o demandado argüiu, em preliminar, carência de ação, pois o autor não possui fundamentação de fato e de direito ante a legislação previdenciária. No mérito, sustentou que o segurado não faz mais jus ao benefício, pois não afirmou na inicial que não possuía condições para o trabalho. Impugna ainda o pedido de pagamento de custas judiciais, caso saia perdedor da demanda.

Juntou documentos decorrentes da concessão da aposentadoria e de cessação do benefício.

Manifestação sobre a contestação às fls. 39 e 40, sustentando o postulante que após a aposentadoria nunca mais voltou a trabalhar, inexistente nos autos qualquer prova que corrobore a pretensão do réu, ou seja, a de que retornou ele voluntariamente ao trabalho.

No parecer que emitiu, o Dr. Promotor de Justiça opinou pela procedência do pedido, visto não ter o réu trazido prova da volta do acionante ao trabalho e da recuperação da respectiva capacidade laborativa, manifestando-se, mais, pelo cabimento de condenação do réu nas custas processuais.

Pela sentença de fls. 63 a 67, o MM. Juiz de Direito, em adotando o parecer ministerial, acolheu o pedido pòrtico, tendo em vista que o ato administrativo que cancelou a aposentadoria não considerou o aspecto decisivo, ou seja, o restabelecimento da capacidade laborativa. Ao final, declarou nulo o ato administrativo atacado, condenando o réu nas prestações vencidas, calculadas em consideração aos respectivos valores nominais, corrigidas até a data da efetiva satisfação pelos índices previstos no art. 20, §§ 5º e 6º, da Lei n. 8.880/94, e alterações legislativas subseqüentes, acrescidas de juros de mora de 0,5% a contar da citação, e condenar nos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação e nas custas processuais.

Irresignado, o réu interpôs o presente recurso de apelação, sustentando, em preliminar, a nulidade da sentença, posto que desconsiderada a necessidade da produção de prova pericial para comprovar a capacidade laborativa do autor.

No mérito, acentuou a falta do exame pericial que comprovaria a capacidade laborativa do autor e que, por conseqüência, justificaria o cancelamento da aposentadoria por invalidez infortunistica, alegando, por derradeiro, que a autarquia recorrente



não está sujeita ao pagamento das custas e honorários advocatícios.

Em resposta, o apelado, aplaudindo o decisum singular, requereu-lhe a manutenção, tendo em vista a ausência de qualquer procedimento administrativo a embasar o cancelamento do benefício.

Tendo o Dr. Promotor de Justiça se manifestado pelo desprovemento da insurgência manifestada, a douta Procuradoria-Geral de Justiça pronunciou-se pela incompetência deste Tribunal de Justiça para julgamento recursal ou, alternativamente, pelo desacolhimento do apelo deduzido.

É o relatório.

Tanto o apelo voluntariamente interposto pela autarquia previdenciária recorrente, como a remessa obrigatória, não estão a comportar agasalhamento nesta esfera recursal.

De início, incumbe-nos examinar a questão da incompetência deste Tribunal para, em grau recursal, conhecer e julgar o processo em tela, consoante argumentado pelo Ministério Público.

A competência recursal, no caso vertente, é indiscutivelmente deste Pretório!

Ocorre que não se trata, aqui, de ação de concessão ou revisional de benefício previdenciário, estas inquestionavelmente de competência da Justiça Federal, mas sim de ação acidentária, na qual o autor pleiteia o restabelecimento de benefício infortunístico.

Destarte, a competência recursal para o conhecimento da matéria é da Justiça Estadual e, portanto, desta Corte, com o assunto encontrando-se

já sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Assim, enfatiza a Súmula 15:

“Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho”.

Tem-se no caso vertente que o Instituto Previdenciário cancelou a aposentadoria por invalidez concedida ao autor, há mais de dez anos, fundamentada na alegativa de que ele teria retornado voluntariamente ao mercado de trabalho, havendo, portanto, recuperado a sua capacidade laborativa, com o apelado ajuizando, então, a ação sob enfoque para anular o ato administrativo cancelador do benefício.

Nos autos juntou-se a documentação que comprova a concessão da aposentadoria por invalidez em agosto de 1983.

Em contrapartida, não há prova alguma da instauração de qualquer procedimento administrativo a embasar o ato que culminou no cancelamento administrativo do benefício em questão.

E, tratando-se de ato administrativo, necessário se faz que, modificando ele situação anteriormente definida e chancelada pela legislação específica, a sua emissão, por vinculada, torna indispensável a precedência de procedimento administrativo, no qual se assegure ao segurado os direitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Dessa forma, reputa-se nulo o ato administrativo que sumariamente, como no caso em face do documento de fls. 36, cancela aposentadoria por invalidez, concedida há dez anos, sob

o argumento de reaquisição parcial, pelo obreiro, da sua capacidade laborativa, sem ao menos submeter-se o segurado a qualquer exame médico, possibilitando a averiguação da situação e permitindo-lhe, quando menos, condições mínimas de defesa.

Aplica-se, no caso, a Súmula 160 do extinto Tribunal Federal de Recursos, cujo verbete dispõe:

“A suspeita de fraude na concessão de benefício previdenciário não enseja, de plano, a sua suspensão ou cancelamento, mas dependerá de apuração em procedimento administrativo”.

Na mesma esteira, traga-se à baila o acórdão assim ementado:

“Suspensão de aposentadoria por invalidez. Benefício concedido há mais de 5 anos. Decisão unilateral do INSS. Ferimento ao art. 5º, LIV, da CF/88. Súmulas 217/STF e 160/TFR.

“1. A Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LIV) estabelece que ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’.

“2. Qualquer que seja a aposentadoria que foi requerida e deferida (por invalidez, por idade, por tempo de serviço), para vingar a sua suspensão, cancelamento ou cassação, deve-se sempre observar o devido processo legal e o contraditório, seja no âmbito administrativo ou judicial, assegurada ao beneficiário a ampla defesa.

“3. ‘Tem direito de retornar ao emprego, ou ser indenizado em caso de recusa do empregador, o aposentado que recupera a capacidade de trabalho dentro de cinco anos, a con-

tar da aposentadoria, que se torna definitiva após esse prazo’ (Súmula 217 do STF)” (TRF 5ª Região, AMS 53.474/PB, 3ª Turma, rel. Juiz Geraldo Apoliano, DJU de 10/5/1996).

Trilhando idêntica linha de raciocínio, dissemos no acórdão referente ao Mandado de Segurança n. 88.078127-6 (8.534), da Capital:

“I — Omissis;

“II — Mesmo que, hipoteticamente, eivado de irregularidade fosse o apostilamento que beneficia o imetrante, ainda assim não é conferido ao Poder Público o direito de, simplesmente, negar-lhe as repercussões jurídicas comportáveis. Integrada a vantagem da agregação ao patrimônio jurídico do servidor público, somente poderá ser ela suprimida mediante processo adequado, obediente ao princípio do contraditório, com a assegução ao beneficiado, pois, do direito de ampla defesa”.

Da mesma forma, enfatizou o colendo Superior Tribunal de Justiça, em hipótese na qual a Administração anulou ato seu, sem ensejar qualquer defesa àquele que, em razão da anulação, teve alterada sua situação:

“Servidor público. Ato administrativo. Ilegalidade.

“O poder de a Administração Pública anular seus próprios atos não é absoluto, sob pena de malferir, como na hipótese, os princípios da ampla defesa e do devido processo legal. Por isso inválido de pleno direito o ato que anula outro sem preceder ao processo administrativo exigido como condição para que o servidor estável possa perder o cargo.

“Recurso provido. Decisão unânime” (RSTJ 46/499).

Ainda:

— Administrativo. ‘A administração pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos’ (Súmula 346 do STF), mas antes de ela própria pronunciar a nulidade, deve propiciar ao interessado o direito de ampla defesa, mormente se inexistente declaração judicial anterior de nulidade do ato.

— Apelo e remessa desprovidos” (ACMS n. 98.011687-2, de Tijuca, rel. Des. João José Schaefer).

“A administração pública pode anular os atos administrativos que não estiverem conforme a lei, mas deve fazê-lo após processo administrativo em que se assegure o direito de ampla defesa ao interessado. Não tendo sido observada essa orientação, concede-se a segurança, para tornar nulo o ato impugnado” (MS n. 96.011566-8, da Capital, relator o signatário deste).

Na mesma linha, proclamou o Excelso Pretório, quando do julgamento do RE n. 158.543-9/RS, relatado pelo eminente Min. Marco Aurélio e publicado no DJU de 1º/10/95, pág. 33.135:

“Ato administrativo. Repercussões. Presunção de legitimidade. Situação constituída. Interesses contrapostos. Anulação. Contraditório. Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, a instauração de processo administrativo que enseja a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legiti-

midade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente porque é comum à Administração e ao particular”.

Ora, claro que no caso o réu não anulou o ato administrativo de concessão de benefício, mas sim declarou a nova situação do segurado, qual seja, a de ter ele recuperado a sua capacidade laborativa (documento de fls. 36), fazendo-o, entretanto, ao desabrigo de qualquer subsídio probatório que esteasse eficazmente o ato de declaração da nova situação do segurado, com o conseqüente cancelamento do benefício instituído em seu favor.

E, com total propriedade ressaltou o culto prolator da sentença sob censura:

“Não se pode debitar ao segurado o ônus da prova de perpetuação de sua capacidade. Mister que assim fosse demonstrado, já na seara administrativa. Ai sim poderia ser prestigiado o princípio da legitimidade dos atos públicos”.

Evidente, pois, a nulidade do ato administrativo referente ao cancelamento do benefício do apelado, posto tratar-se de ato tipicamente administrativo.

Assinale-se que o Direito Administrativo repousa essencialmente, em princípios inarredáveis, que visam garantir a transparência da atividade pública e reger as suas relações com os administrados, avultando de importância, dentre esses princípios, o da motivação dos atos: estes devem ser sempre justificados, sob pena de passar a imperar o arbítrio, o jugo do facciosismo, o reinado da perseguição política ou ideológica.

A respeito desse princípio, escreve o culto Celso Antonio Bandeira de Mello:

“O fundamento constitucional da obrigação de motivar está — como se esclarece de seguida — implícito tanto no art. 1º, inciso II, que indica a cidadania como um dos fundamentos da República, quanto no parágrafo único deste preceptivo, segundo o qual todo o poder emana do povo, como ainda no art. 5º, XXXV, que assegura o direito à apreciação judicial nos casos de ameaça ou lesão de direito. É que o princípio da motivação é reclamado, quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do ‘porquê’ das ações de quem gere negócios que lhe dizem respeito, por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se sujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas às leis.

“Por isso Ramón Real disse que o dever de motivar é exigência de uma administração democrática — e outra não se concebe em um Estado que se declara ‘Estado Democrático de Direito’ (art. 1º, caput) — pois o mínimo que os cidadãos podem pretender é saber as razões pelas quais são tomadas as decisões expedidas por quem tem de servi-los” (Curso de Direito Administrativo, 4ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1993, págs. 57 e 58).

In casu, a par de desatendidos os princípios do contraditório e da ampla defesa, o ato de cancelamento do benefício acidentário que fora outorgado ao recorrido fez-se destituído de qualquer motivação, por mínima que fosse, tendo em vista que o can-

celamento deu-se sumariamente sem antes haver qualquer procedimento administrativo, sendo ele, também por isso, nulo.

E, versando o pedido sobre a anulação do ato administrativo e não em torno da capacidade laborativa do autor, com vistas à outorga de qualquer benesse acidentária, desnecessária de todo era a realização da prova pericial pretendida pela autarquia apelante.

Tal perícia, consigne-se, deveria ter sido realizada, isso sim, no âmbito administrativo, como pressuposto indeclinável da possibilidade do cancelamento de benefício levado a termo pela reclamante recursal.

Nesse quadro, não há como se entrever o invocado cerceamento de defesa, pela não realização da questionada prova técnica.

Incensurável, portanto, o duto provimento jurisdicional exarado em detrimento do insurgente!

No referente à irrisignação manifestada pela autarquia demandada em torno das custas processuais, a sua não isenção, ao inverso da pretensão esposada pelo órgão ancilar apelante, é matéria pacificada em todos os níveis jurisdicionais.

Vencido o INSS em lide de competência da Justiça Estadual e que perante ela se desenvolva, é a autarquia responsável pelo pagamento das custas do processo.

Nesse diapasão, gizamos no acórdão referente à Apelação Cível n. 97.013354-5, da comarca de Criciúma:

“É matéria hoje incontroversa, nas várias esferas judicantes, não mi-

litar, em favor da seguradora estatal, isenção de custas, no tocante às causas acidentárias e previdenciárias que tramitam na Justiça Comum, restringindo-se, posto que decorrente de lei federal, apenas àquelas causas que fluem perante a Justiça Federal. Nesse sentido, aliás, as Súmulas 20 e 178, respectivamente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do Superior Tribunal de Justiça”.

Improsperável, igualmente nesse aspecto, a brilhante sentença atacada!

Da mesma forma, não há isenção da apelante no que tange aos honorários advocatícios, os quais, entretanto, e a exemplo do critério adotado pelo insigne Decisor Monocrático, devem ser estabelecidos em percentual moderado incidente sobre as parcelas vencidas até a data da efetiva liquidação.

Aliás, expressamente estabeleceu a Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça:

“Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre prestações vincendas”.

Neste Pretório, a respeito, tem-se dito:

“Os honorários advocatícios, no âmbito da ação acidentária, devem

ser fixados modicamente, incidindo sobre as prestações vencidas, conforme a Súmula 111 do STJ” (Ap. Cív. n. 46.491, de Criciúma, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

“Os honorários de advogado nas ações acidentárias devem ser calculados no percentual de 10% a 20% sobre o valor da condenação (art. 20, § 3º, do CPC), com exclusão das prestações vincendas” (Ap. Cív. n. 49.028, de Tubarão, rel. Des. Paulo Gallotti).

Confirma-se, em decorrência, a sentença prolatada em todos os seus itens, negando-se provimento ao apelo voluntariamente interposto e à remessa obrigatória.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues, dele participando, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Carlos Henrique Fernandes.

Florianópolis, 7 de outubro de 1999.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Trindade dos Santos,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 99.009407-3, DE IMARÚ**

**Relator: Des. Trindade dos Santos**

*Execução. Contrato de abertura de crédito rotativo. Ação extinta. Transformação da execucional em monitória. Inviabilidade jurídica. Sentença confirmada. Apelo desprovido.*

*Extinta a executória respaldada em contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente, descabida afigura-se a pretensão do credor de vê-la transmudada em ação monitoria. Ainda que adotado o culto à economia processual, inviável faz-se que, em apregoação a esse culto, converta-se o feito executivo em processo de conhecimento, pena de anular-se por completo as fronteiras entre execução e cognição.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.009407-3, da comarca de Imaruí, em que é apelante Banco do Estado de Santa Catarina S/A — Besc, sendo apelados Adelson Monteiro e sua mulher, Cristine Pereira Medeiros Monteiro.*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, desprover o recurso.

Custas na forma da lei.

Banco do Estado de Santa Catarina S/A, com base em contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente (Cheque Nobre), aforou ação de execução por quantia certa contra devedor solvente em desfavor de Adelson Monteiro e sua mulher, Cristine Pereira Medeiros Monteiro.

Penhorado um imóvel como garantia da execução, os executados notificaram haver a constrição judicial incidido sobre bem de família, postulando, então, a respectiva exclusão do mesmo bem da penhora realizada.

Interpostos embargos à execução, estes foram rejeitados por intempestivos, indeferida, mais, a inicial dos embargos de terceiros deduzidos pelos filhos dos devedores.

Entregando a prestação jurisdicional, o MM. Juiz de Direito singular

julgou extinta a executória por ausência de título exequível, impondo ao exequente os encargos da sucumbência, com a fixação dos honorários advocatícios em R\$ 250,00.

Irresignada, a instituição bancária interpôs recurso de apelação pretendendo a anulação do decisum, a fim de converter-se a ação executiva em monitoria, ao pretexto da economia processual.

Alternativamente, salientou que foram interpostos embargos à execução, estes intempestivos e embargos de terceiros, onde a inicial foi indeferida de plano e que, em ambas, não houve condenação em honorários advocatícios por inexistir o contraditório, razão pela qual, por analogia, entende dever ser afastada sua condenação em tal verba.

Não atacou o mérito da questão.

Em resposta, os apelados requereram o aumento da verba honorária para, no mínimo, 10% sobre o valor da causa.

É, em síntese, o relatório.

A insurgência recursalmente manifestada pelo exequente não está a merecer provimento.

Pretende a instituição bancária a anulação da sentença a quo para

que seja convertida a executiva em ação monitória.

Referida pretensão não pode ser acolhida.

Ora, a execução e a monitória têm procedimentos completamente diversos, o que impede a transformação de uma na outra.

Como já ressaltou o eminente Des. Pedro Manuel Abreu, no corpo do acórdão da Apelação Cível n. 97.011530-0, da comarca de Blumenau:

“A assertiva de que seria possível a conversão da execução em ordinária de cobrança ou monitória, de igual modo, revela-se inconsistente, não merecendo acolhida. Não se olvide que, nada obstante venha-se rendendo justas homenagens ao princípio da economia processual, descabido, sob pretexto de respeitar esse postulado, transmutar o processo de execução em processo de conhecimento. A medida implicaria, indisputavelmente, a conspurcação da natureza do processo em análise, fazendo derruir os lindes entre a cognição e a execução”.

Secundando o mesmo entendimento, foi dito quando da prolação do acórdão da Apelação Cível n. 98.004655-6, da comarca de Blumenau, da qual foi relator o Exmo. Des. Orli Rodrigues:

“Quanto à possibilidade pretendida pelo apelante da fungibilidade decretada pelo Juiz da ação de execução para a ação monitória ou ordinária de cobrança, razão não lhe assiste, pois, consabido que após ofertados os embargos, não se torna mais possível a pretendida conversão”.

Da mesma forma, expôs o eminente Des. Newton Trisotto no acórdão da Apelação Cível n. 97.011296-3, de Blumenau:

“O pedido de conversão da execução em ação monitória ou ordinária de cobrança não encontra amparo legal, além da visível incompatibilidade dos ritos processuais”.

De outro lado, improsperável é a pretensão do apelante no que se refere à sua isenção do pagamento da verba honorária, em razão de não ter havido a instauração do contraditório e por não ter o Julgador singular condenado os executados em honorários advocatícios na peça de embargos à execução e nem seus filhos na peça de embargos de terceiros rejeitados liminarmente.

Isso porque, aplica-se às ações de execução, embargadas ou não, o § 4º do art. 20 do CPC na fixação da verba honorária, ou seja, a apreciação equitativa do Juiz, levando-se em consideração o grau do zelo profissional, o local da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu trabalho.

Não se diga, ademais, que não houve o contraditório. Tanto houve os embargos à execução foram recebidos e, posteriormente, declarados intempestivos (fls. 32 e 33).

No caso dos embargos de terceiros e dos embargos à execução sim, podemos abstrair dos autos que não houve qualquer manifestação do exequente/embargado.

Como se extrata da Apelação Cível n. 98.007773-7, da comarca de Criciúma, da qual relator o culto Des. Newton Trisotto:



"Rejeitados liminarmente os embargos, não são devidos os honorários advocatícios, que foram reclamados pelos credores na resposta ao recurso" (TJDF, AC n. 72.519-94, Des. Asdrubal Zola Vasquez Cruixên, e AC n. 80.230-95, Des. Paulo Evandro; TAPR, AC n. 62612600, Juiz Munir Karam).

Na hipótese dos autos, foi o apelante condenado em quantia modesta, R\$ 250,00, diante do valor do crédito executado, ou seja, R\$ 7.470,64.

No entanto, como não houve apelação da parte ex adversa nem re-

curso adesivo, na forma apontada no CPC, deve mencionado valor permanecer intacto.

À vista do exposto, pois, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer.

Florianópolis, 9 de setembro de 1999.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente com voto;*  
*Trindade dos Santos,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 96.001481-0, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Silveira Lenzi**

*Tributário. Ação declaratória c/c repetição de indébito. ICMS. Cobrança antecipada. Regime de substituição tributária. Convênio n. 107/89 e Emenda Constitucional n. 3/93. Legalidade. Precedentes da Corte e do Superior Tribunal de Justiça.*

*A antecipação da cobrança do ICMS pelo Convênio n. 107/89, posteriormente amparada pela Emenda Constitucional n. 3/93, não afronta a legislação federal que proclama que o fato gerador do tributo é a saída de mercadorias de estabelecimento comercial, industrial ou produtor, uma vez que não foi alterada a incidência do fato gerador, mas, tão-somente, antecipado o momento de recolhimento do imposto.*

*Recurso desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.001481-0, da comarca da Capital (Vara da Fazenda — 1º Cartório), em que é apelante Moretti Jordan & Cia.*

*Ltda., sendo apelado o Estado de Santa Catarina:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.



Custas na forma da lei.

## I — Relatório

Moretti Jordan & Cia Ltda. propôs ação ordinária c/c repetição de indébito contra o Estado de Santa Catarina, alegando ser concessionária da Ford do Brasil S/A, e contribuinte, portanto, do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS).

Aduziu que, em 24/10/89, entrou em vigor o Convênio ICMS n. 107/89, antecipando a cobrança do imposto à ocorrência do fato gerador e que referido convênio nulificou os elementos constitutivos do ICMS, tornando-o imposto cumulativo, definindo o fato gerador como a aquisição das mercadorias e a base de cálculo por valor presumido.

Requeru a procedência da ação com a declaração do direito de apurar e pagar o imposto pelo regime constitucional e legal em vigor; a suspensão da aplicação do referido convênio e legislação estadual específica; o reconhecimento da ocorrência do fato gerador somente quando da saída do veículo novo do seu estabelecimento; que a base de cálculo corresponda ao valor efetivo da operação; que somente esteja obrigada a pagar o ICMS após a ocorrência do fato gerador, não podendo ser compelida a pagá-lo antecipadamente e, finalmente, a restituição dos valores pagos antecipadamente e a maior, desde a entrada em vigor do Convênio n. 107/89.

Contestando o feito, alegou, o demandado, preliminarmente, a ilegitimidade ativa da autora, uma vez que na substituição tributária a relação ju-

rídico-tributária se estabelece entre substituto e pessoa jurídica tributante, sendo que o substituído não tem qualquer relação com o Fisco.

Aduziu que, no momento da propositura da ação, a legislação impugnada não se encontrava mais em vigor, pelo que o pedido declaratório não merece acolhida; não existe mácula ao princípio da legalidade, já que a substituição em tela não foi disciplinada e regulamentada apenas em convênio, mas está autorizada por lei complementar, por lei estadual (Lei n. 7.547/89) e está regulamentada por decreto do Poder Executivo (Dec. n. 3.017/89); não há violação ao princípio da não-cumulatividade uma vez que o Convênio n. 107/89 e o RICMS/SC garantem o abatimento do imposto devido pela operação praticada pelo substituto; a autora pretende a restituição do que alega ter pago indevidamente na antecipação do ICMS, incidente sobre as operações de aquisição de veículos automotores que realiza, mas não comprovou ter assumido efetivamente este encargo.

O Ministério Público manifestou-se pela improcedência do pedido.

Sentenciando, o Magistrado a quo julgou improcedente a pretensão (fls. 99/104).

Inconformada, apela a vencida, sustentando que: a) é ilegal a antecipação do ICMS amparada pelo Convênio n. 107/89; b) o recolhimento do tributo só poderia se consumir quando concretizado o fato gerador do imposto, que é a venda do produto ao consumidor e que a antecipação incide sobre o valor da tabela do fabricante e não sobre o valor real da operação.

Em contra-razões, o apelado afirma que o Convênio n. 107/89 já estava revogado à época da propositura da ação pelo Convênio n. 132/92, no qual ficou estabelecido que a substituição tributária nas operações com veículos automotores não é mais obrigatória, dependendo de opção do contribuinte e reitera a constitucionalidade e legalidade da antecipação do pagamento do tributo. Finaliza dizendo que não existe comprovação do recolhimento do imposto em valor superior ao preço efetivo de venda entre a apelante e consumidores finais, motivo pelo qual o pedido de repetição de indébito deve ser rejeitado.

Instado, o Ministério Público manifestou-se pelo desprovimento do apelo.

Alçaram os autos a esta Superior Instância, onde a Procuradoria-Geral de Justiça reitera a posição de sua congênera a quo.

## II — Voto

Cinge-se a controvérsia sobre a legalidade ou não da exigência antecipada do ICMS, em virtude do regime de substituição tributária instituído, inicialmente pelos Convênios interestaduais ns. 66/88 e 107/89 — posteriormente respaldados pela Emenda Constitucional n. 3/93 —, e regulamentados pela Lei Complementar n. 87/96 e Lei Estadual n. 10.297/96.

O regime da substituição tributária encontra amparo no art. 155, inc. XII, b, da Constituição Federal de 1988, que dispõe ser matéria de lei complementar a disposição legal sobre o instituto.

Na ausência de lei complementar, o § 8º do art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias dispôs que “se no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição, não for editada a lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o art. 155, I, b, os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio, celebrado nos termos da Lei Complementar n. 24, de 7 de janeiro de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria”.

Nota-se, pois, que, por imperativo constitucional, foi delegada aos Estados competência para legislar sobre substituição tributária provisoriamente por meio de convênios. Para tanto foram criados os Convênios ns. 66/88 e 107/89 no intuito de suprir a ausência da exigida lei complementar referida no texto da Carta Magna de 1988.

Assim, instituiu o Convênio n. 107/89 em sua cláusula primeira:

“nas operações interestaduais com veículos classificados nas posições 87.02 a 87.06 e 87.09 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias — Sistema Harmonizado, fica atribuída ao estabelecimento industrial fabricante a responsabilidade pela retenção de mercadorias e recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e de Prestação de Serviços devido na subsequente saída ou na entrada com destino ao ativo imobilizado”.

Na cláusula terceira estabeleceu:

“a base de cálculo para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço de venda a consumidor constante de tabela estabele-

cida pelo órgão competente ou, na falta desta, pelo fabricante, acrescido do valor do frete e do IPI”.

Por seu turno, a Lei Estadual n. 7.547/89, que instituiu o ICMS de Santa Catarina, dispôs sobre a substituição tributária, acrescentando no art. 27 que são responsáveis pelo pagamento do imposto, na condição de substituto tributário (inc. IX), o produtor, extrator, gerador, inclusive de energia elétrica, industrial, distribuidor, comerciante ou transportador, quanto às operações subseqüentes (alínea b).

Já no art. 39, § 4º, III, definiu expressamente que é lícito ao Poder Executivo antecipar o pagamento nos casos de substituição tributária.

Após a entrada em vigor dos Convênios ns. 66/88 e 107/89, que dispunham sobre a possibilidade de antecipação do ICMS, sobreveio o § 7º do art. 150 da Constituição Federal de 1988, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional n. 3, de 17/3/93, definindo que “a lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido” (grifei).

Tal dispositivo representa a denominada substituição tributária para frente, embasando-se na figura do fato gerador presumido.

Nota-se que na parte final do dispositivo constitucional garante-se ao contribuinte, caso inócorra o fato imponível, a imediata e preferencial restituição do tributo pago.

A partir da constitucionalização do regime da substituição tributária para frente, pela citada Emenda Constitucional n. 3/93, controvérsias têm sido instauradas na doutrina e na jurisprudência, onde se tem defendido que o instituto afronta princípios inerentes aos tributos, como a tipicidade tributária; não-cumulatividade e capacidade contributiva.

Todavia, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça respaldou a doutrina que defende a utilização do regime. Nesse diapasão oportuno destacar do corpo do REsp. n. 95.650/MG, relatado pelo culto Ministro Milton Luiz Pereira:

“Consiste a substituição tributária para frente em obrigar alguém a pagar, não apenas o imposto atinente à operação por ele praticada, mas, também, o relativo a operação ou operações posteriores.

“(…)

“da mesma forma que o direito processual passa por verdadeira revolução visando a concretizar o princípio da efetividade da jurisdição, com a criação de diversos institutos novos (ampliação das cautelares e antecipação de tutela, dentre outros), o direito tributário não pode passar imune a essa evolução da sociedade, deixando de acolher a figura da substituição tributária para frente, que numa visão analógica, apresenta certo caráter cautelar; objetiva tornar efetiva a responsabilidade tributária. Note-se que o destinatário legal tributário, como o substituto, tem sempre assegurada a possibilidade de recuperar o que despender para pagamento de tributo gerado por outrem” (in RSTJ 98, (a.9), pág. 101).

Sasha Calmon Navarro Coelho recorda que “quando o poder constituinte derivado permitiu, mediante a Emenda n. 3 à Constituição de 1988, a ‘substituição tributária para frente’, condicionou a sua prática a que, em não se realizando a operação ou fosse ela realizada em valor inferior ao real, se restituísse de modo imediato e preferencial a quantia paga em excesso” (Curso de Direito Tributário Brasileiro, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1999, pág. 618).

O renomado tributarista entende que tal medida é o antídoto para a aparente inconstitucionalidade do regime. Isso porque, buscando-se preservar o princípio da não-cumulatividade do ICMS, resulta que a base de cálculo estimada pelo Fisco, no regime de substituição tributária para frente, nunca poderá ser superior ao preço efetivamente praticado. Caso isso ocorra, o imposto torna-se cumulativo e com efeito de confisco, o que é vedado pelo art. 150, IV, da Constituição Federal de 1988.

Ocorre, porém, que a restituição imediata prevista na referida Emenda n. 3, impede que ocorra a quebra do princípio da não-cumulatividade, uma vez que cabe ao contribuinte creditar-se, independente de qualquer requerimento administrativo ou judicial, da quantia paga a maior.

Novamente recordando a lição de Sasha Calmon, oportuno ressaltar que “imediato é o momento seguinte. Não há falar em pedido de restituição, administrativo ou judicial, ou em precatório, ou em autorização fiscal. Preferencial significa, em primeiro lugar, antes de qualquer outro interesse” (op. cit., pág. 618).

Oportuno esclarecer, ainda, que a antecipação da cobrança do tributo não afronta a legislação federal que proclama que o fato gerador do ICMS é a saída de mercadorias de estabelecimento comercial, industrial ou produtor, uma vez que não foi alterada a incidência do fato gerador, mas, tão-somente, antecipado o momento de recolhimento do imposto.

Concluindo, assim, que o Convênio n. 107/89 não afronta as exigências legais que apóiam o regime da substituição tributária para frente, e que a legalidade da cobrança do tributo tem sido amparada pelo Superior Tribunal de Justiça, tem-se que não merece respaldo a tese do apelante no sentido de que o regime torna a cobrança do imposto ilegal e inconstitucional.

Desse Tribunal, oportuno colacionar os seguintes precedentes:

“Mandado de segurança. Recolhimento antecipado do ICMS. Regime de substituição tributária. Convênio Confaz 66/88. Emenda Constitucional n. 3/93. Ilegalidade inexistente. Sentença reformada.

“Após sérias divergências pretorianas, a jurisprudência atual encontra-se pacificada no sentido de que a chamada ‘substituição tributária para frente’, prevista no Convênio Confaz 66/88, prossegue com eficácia, abonada que foi pela Emenda Constitucional n. 3/93.

“Consoante proclamado, o regime do recolhimento do ICMS antecipado por aqueles eleitos como substitutos tributários, a par de não ofender os princípios constitucionais da legalidade, da capacidade contributiva e da não cumulatividade do imposto, não implica, por igual, em qualquer vincula-

ção entre substituto tributário e fato gerador” (ACMS n. 97.001622-0, de Itajaí, Des. Trindade dos Santos, julgada em 27/5/97).

E ainda:

“Mandado de segurança — Recolhimento antecipado do ICMS — Substituição tributária — Empresas distribuidoras de derivados de petróleo e os demais combustíveis e lubrificantes — Emenda Constitucional n. 3/93 — Sistemática da antecipação do recolhimento do tributo instituída por convênio — Matéria pacificada pelo STJ — Legalidade na cobrança antecipada do ICMS — Sentença confirmada — Recurso improvido.

“É legal a exigência de antecipação de ICMS sobre futuras vendas. O recolhimento antecipado do ICMS, pelo substituto tributário, não caracteriza pagamento do imposto antes da ocorrência do fato gerador” (ACMS n. 5.692, da Capital, Des. Cláudio Barreto Dutra, julgada em 15/4/97).

Sobre o tema convém ressaltar recentes pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça:

“Tributário. ICMS. Recolhimento antecipado. Substituição tributária. Exigência legítima.

“1 — O recolhimento antecipado do ICMS, pelo substituto tributário, não caracteriza pagamento do imposto antes da ocorrência do fato gerador.

“2 — O momento de incidência da Lei para fazer gerar a obrigação tributária não se confunde com o ato de recolhimento do tributo.

“3 — O Dec.-Lei n. 406/68, recepcionado pela CF/88, alterado pela Lei Complementar n. 44/83, e tendo convivência harmônica com o art. 128

do CTN, consagra a regra de substituição tributária.

“4 — O regime de recolhimento do ICMS antecipado por substituto tributário não pratica ofensa ao princípio da legalidade, da capacidade contributiva e da não-cumulatividade do tributo. Não caracteriza, também, vinculação do substituto tributário com o fato gerador.

“5 — A Emenda Constitucional n. 3/93 veio reafirmar a sistemática da antecipação do recolhimento do tributo instituída por Convênio.

“6 — Recursos providos” (REsp. n. 193.258/PR, Min. José Delgado, in DJ de 26/4/99, pág. 58).

E também:

“Tributário. ICMS. Antecipação do pagamento. Possibilidade.

“1 — Não há qualquer ilegalidade no ato legislativo que antecipa a data do pagamento do ICMS, valendo-se da entidade denominada de substituição tributária.

“2 — Embora controvertido o tema no âmbito doutrinário e, inicialmente, na jurisprudência, está, hoje, estabilizado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, pela sua Seção especializada em direito público, que é legítima a exigência do recolhimento antecipado do ICMS, em regime de substituição tributária, em transações definidas pelo Fisco.

“3 — O Decreto-Lei n. 406/68, recepcionado na Nova Carta, alterado pela Lei Complementar n. 44/83, e o art. 128 do CTN, que se complementam, consagram a regra da substituição tributária.

"4 — Consolidação do entendimento com a Emenda Constitucional n. 3/93.

"5 — Recurso provido" (REsp. n. 176.973/PR, Min. José Delgado, in DJ de 26/10/98, pág. 62).

Ou então:

"ICMS — Substituição tributária — Legalidade.

"O regime de substituição tributária é previsto pela Constituição vigente (artigo 155, inciso XII, letra b), pelas leis e convênios firmados pelos Estados, com base no artigo 34, §§ 3º e 8º, do ADCT.

"Com o pagamento antecipado, não ocorre o recolhimento do imposto antes do fato gerador. Não se pode confundir momento da incidência do tributo com sua cobrança.

"Recurso improvido" (ROMS n. 8.886/ES, Min. Garcia Vieira, in DJ de 10/8/98, pág. 13).

E mais:

"Tributário. ICMS. Operações de vendas de veículos automotores. Antecipação de recolhimento. Regime de substituição tributária.

"ADCT, art. 34, § 8º. LC n. 44/83. Dec.-Lei n. 406/68. Convênios ns. 66/88 e 107/89.

"1. Superada a divergência jurisprudencial, na venda de veículos automotores, assoalhou-se a legalidade da exigência de antecipado recolhimento do ICMS, nos lindes da substituição tributária.

"2. Jurisprudência harmonizada em embargos de divergência.

"3. Recurso provido" (REsp. n. 130.501/RJ, Min. Milton Luiz Pereira, in DJ de 22/6/98, pág. 31).

Por fim:

"Processual civil e tributário. ICMS. Veículos. Legitimidade ad causam. Fato gerador. Ocorrência. Recolhimento antecipado. Precedentes.

"O industrial, o comerciante ou o prestador de serviços são sujeitos passivos por substituição, relativamente ao imposto devido pelas anteriores ou subseqüentes saídas de mercadorias ou prestações de serviço.

"A antecipação do prazo de recolhimento do imposto não violou a legislação federal, porque não houve modificação quanto ao fato gerador do tributo que é a saída de mercadoria do estabelecimento do contribuinte" (REsp. n. 59.610/SP, Min. Peçanha Martins, in RSTJ 95, (a.9), de julho de 1997).

Sendo, portanto, legítima a cobrança antecipada do ICMS instituída pelo Convênio n. 107/89, da mesma forma não merece guarida a pretensão de repetição de indébito formulada pela apelante, uma vez que inexistindo ilegalidade ou cobrança a maior, não há o que ser restituído.

### III — Decisão

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra e Sérgio Paladino. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 5 de outubro de 1999.

*Eder Graf,  
Presidente;  
Silveira Lenzi,  
Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 96.005593-2, DE VIDEIRA**

**Relator: Des. Silveira Lenzi**

*Tributário. Declaratória de inexistência de obrigação tributária. IPVA. Exigência de instituição por lei complementar. Inconstitucionalidade. Inocorrência.*

*O IPVA foi instituído pela Lei Estadual n. 6.710/85 após ter sido criado pela Emenda Constitucional n. 27/85, portanto sob a égide da Constituição anterior que não exigia fossem os tributos disciplinados por lei complementar.*

*Sua cobrança não afronta a atual Constituição Federal, uma vez que a nova ordem constitucional recepcionou a legislação ordinária estadual atribuindo a esta eficácia de lei complementar.*

*Verba honorária. Ação declaratória. Percentual sobre o valor da causa. Possibilidade.*

*Nada obsta que a verba honorária nas ações declaratórias, que deve ser arbitrada de acordo com a apreciação equitativa do Magistrado, seja fixada em percentual sobre o valor da causa.*

*Recurso parcialmente provido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.005593-2, da comarca de Videira (2ª Vara/Fazenda Pública), em que são apelantes Clemente Renê Cavon e outros, sendo apelado o Estado de Santa Catarina:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

### **I — Relatório**

Trata-se de ação declaratória de inexistência de obrigação tributária ajuizada por Clemente Renê Cavon, Rosane Bertolin, José Carlos Pereira, Tânia Regina Pereira, Marlene de Fátima Merege Pereira e Valdir José Bridi contra o Estado de Santa Catarina.

Os autores afirmaram que são proprietários de veículos automotores, sendo, portanto, contribuintes do



IPVA (Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores).

Sustentaram que o IPVA somente poderia ser instituído mediante lei complementar e não diretamente por lei ordinária estadual e que os Estados, em 9/12/86, firmaram o Protocolo n. 1/86 estabelecendo normas gerais relativas ao tributo, que somente poderiam ser veiculadas por lei complementar.

Ressaltaram que: com a promulgação da Constituição Federal de 1988 não existem mais dúvidas acerca da necessidade de edição de lei complementar para dispor sobre o tributo; a Lei n. 7.543/98 definiu, ao arripio da Constituição Federal, o contribuinte, fato gerador, alíquotas e base de cálculo do imposto; evidencia-se a presença de conflitos de competência no tocante à cobrança do IPVA, que somente podem ser dirimidos por meio de lei complementar.

Contestando o feito, o Estado argüiu, preliminarmente, exceção de incompetência, por entender que a ação deveria ter sido proposta na comarca da Capital. No mérito, alegou que a decisão contrária à cobrança do IPVA abriria um precedente perigoso que atentaria contra o princípio da isonomia; que o IPVA já existia antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, tendo sido recepcionado por esta; que a lei ordinária anterior ganha eficácia de lei complementar pela nova ordem constitucional.

O Ministério Público manifestou-se pela improcedência do pedido.

Réplica às fls. 116/119.

Sentenciando, o Magistrado julgou improcedente a pretensão (fls. 120/138).

Inconformados, apelam os autores vencidos, reiterando os argumentos expendidos na peça inicial. Ao final, pretendem a minoração da verba honorária fixada em R\$ 3.000,00 (três mil reais), sendo R\$ 500,00 (quinhentos reais) para cada um dos autores, uma vez que tal quantia representa 313,2% do valor dado à causa.

O Estado apresentou suas contra-razões, objetivando a manutenção da sentença.

Alçaram os autos a esta Superior Instância, onde o Ministério Público, em ambos os graus de jurisdição, opina pelo desprovimento do apelo.

O autor, Clemente Renê Cavon, peticiona nos autos pretendendo a desistência da ação, renunciando ao direito sobre o qual ela se funda, logrando obter o benefício instituído pela Lei n. 10.789/98.

Manifestando-se sobre o pedido, o Estado ressaltou que somente o autor Clemente Renê Cavon poderá ser excluído do feito, uma vez que a petição foi subscrita apenas por este, advogando em causa própria, sendo que os demais possuem procuradores distintos nos autos, não tendo manifestado, oportunamente, sua vontade de desistir do pleito.

## II — Voto

Quanto ao pedido de desistência da ação formulado pelo autor Clemente Renê Cavon, resta saber se efetivamente foram preenchidos os requisitos exigidos pelo art. 27 da Lei n. 10.789/98, que diz:

“Fica dispensado do recolhimento dos honorários de sucumbência o autor de demanda de natureza



tributária, proposta contra a Fazenda Pública Estadual, que desistir da ação e renunciar judicialmente ao direito sobre o qual ela se funda, desde que:

“I — a decisão judicial não tenha transitado em julgado;

“II — a renúncia judicialmente efetuada e o pedido de conversão do depósito em renda do Estado, se for o caso, sejam protocolizados até 60 (sessenta) dias da data da publicação desta Lei”.

No tocante ao primeiro requisito não há o que se questionar. Quanto ao segundo, nota-se que a lei em questão foi publicada no Diário Oficial de 3/7/98 e o pedido protocolizado no dia 1º/9/98, portanto antes de decorrido o prazo de 60 (sessenta) dias previsto no inc. II do artigo citado.

Assim, atendidos os pressupostos legais, deve ser deferido o pedido de exclusão do autor Clemente Renê Cavon, sendo o depósito convertido em renda do Estado.

Contudo, aos demais autores a pretensão de desistência da ação deve ser negada, uma vez que a petição de renúncia foi subscrita somente pelo autor renunciante, advogando em causa própria.

Apesar de o autor Valdir José Bridi estar representado nos autos pelo peticionário, nota-se que o instrumento de mandato outorgado a fls. 34 não prevê expressamente o poder de o mandatário renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, o que obsta a prática do ato.

Resta analisar o apelo dos demais autores.

Cinge-se o recurso sobre a constitucionalidade da cobrança do

Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), por ter sido disciplinado por legislação ordinária estadual e não por lei complementar.

O IPVA foi instituído pela Lei Estadual n. 6.710/85 após ter sido criado pela Emenda Constitucional n. 27/85.

Na antiga ordem constitucional, os tributos poderiam ser instituídos por legislação ordinária estadual, o que, na sistemática constitucional atual, é expressamente vedado.

Tendo sido o IPVA criado quando não havia exigência de lei complementar para a instituição dos tributos, resta saber se as legislações ordinárias estaduais que disciplinavam este imposto foram recepcionadas pela nova ordem constitucional.

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins esclarecem que:

“O IPVA surgiu por legislação ordinária, após ter sido criado pela Emenda Constitucional n. 27/85. O perfil de todos os tributos na antiga ordem poderia não ser plasmado por lei complementar. Na nova ordem a exigência é expressa.

“Pergunta-se se seria possível a nova ordem recepcionar imposto conformado por lei ordinária, quando seu comando maior exige o perfil de qualquer tributo plasmado por lei complementar.

“Entendo que sim. O princípio da recepção permite que o veículo legislativo inexistente no passado — e sob este ângulo a instrumentalização anterior não foi contestada —, se exigido pela nova ordem, não elimine a recepção dos comandos anteriores,

que, todavia, apenas poderão ser alterados pela nova forma.

“Em outras palavras, a lei ordinária anterior ganha eficácia de lei complementar, pela nova ordem, e apenas poderá ser alterada por esse tipo de legislação superior” (Comentários à Constituição do Brasil, 6º vol., tomo I, Saraiva, 1990, pág. 358).

A conclusão obtida pela doutrina é que a legislação ordinária estadual, com a promulgação da nova ordem constitucional, foi recepcionada por esta com força de lei complementar, o que permite deduzir que a cobrança do IPVA, cuja instituição foi feita pela Lei n. 6.710/85, não pode ser considerada inconstitucional.

Para que não fiquem dúvidas, necessário recordar que o art. 34, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias possibilitou aos Estados, Distrito Federal e Municípios editarem as leis necessárias à implantação do sistema tributário previsto na nova Carta Constitucional.

A matéria não é nova nessa Corte de Justiça, merecendo destaque:

“IPVA — Lei complementar federal — Desnecessidade.

“1. Os Estados podem instituir o IPVA (Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores) independente de lei complementar federal (ROMS n. 6.462, Min. Ari Pargendler)” (Ap. Cív. n. 96.011397-5, de Videira, Des. Newton Trisotto, julgada em 24/3/98).

E ainda:

“Tributário — Imposto sobre propriedade de veículos automotores (IPVA) — Alegação de inconstitucionalidade de sua exigência por ausência de lei complementar repelida — Imposto devido — Ação declaratória de inexistência de obrigação tributária improcedente — Honorários advocatícios — Incidência do § 4º do art. 20 do CPC — Sentença mantida — Recurso desprovido.

Para exigência do IPVA é presumível a existência de lei complementar específica, pois não há qualquer conflito de competência entre a União e o Estado de Santa Catarina quanto à legitimidade para legislar sobre tal imposto com simples invocação do art. 146 da CF/88, porque esta apenas traça as normas gerais para o sistema tributário, conceituando as espécies de tributos e estabelecendo os fatos geradores e quem são os contribuintes sem, no entanto, impedir que os Estados Membros legislem especificamente a respeito do mencionado IPVA” (Ap. Cív. n. 96.004519-8, de Videira, Des. Nilton Macedo Machado, julgada em 13/3/97).

Ou então:

“Tributário — IPVA — Pretensa declaração de inconstitucionalidade da cobrança — Desnecessidade de lei complementar — Conflito de competência tributária afastado — Honorários advocatícios — Incidência do § 4º do art. 20 do CPC — Valor que ultrapassa em muito o cunho patrimonial da pretensão — Verba reduzida.

“É prescindível a existência de lei complementar para a existência do IPVA, e não há qualquer conflito de competência entre a União e o Estado de Santa Catarina, quanto à legitimidade para legislar sobre o imposto relativo à propriedade de veículo automotor, não bastando que se indique o

art. 146, inc. I, da Constituição Federal de 1988, porque a CF apenas traça as normas gerais do sistema tributário e dos impostos, conceituando as espécies de tributos, estabelecendo quais são os fatos geradores, quem são considerados contribuintes, sem, no entanto, impedir que os Estados legislem especificamente a respeito do IPVA' (Dr. Wlaumar Alves da Silva, Procurador de Justiça)" (Ap. Cív. n. 96.004520-1, de Videira, Des. Orli Rodrigues, julgada em 22/10/96).

Por fim, resta analisar a insurgência dos apelantes no tocante à verba honorária, fixada na sentença em R\$ 3.000,00 (três mil reais), sendo R\$ 500,00 (quinhentos reais) para cada autor.

Nesse particular, o apelo merece ser provido, já que o valor fixado pelo Magistrado não encontra respaldo na simplicidade da matéria debatida.

Nota-se que o valor atribuído à causa totaliza a quantia de R\$ 958,00 (novecentos e cinquenta e oito reais). E, embora deva ser aplicada à espécie a regra do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, por se tratar de demanda de natureza declaratória, nada obsta que a verba honorária seja arbitrada em percentual sobre o valor da causa.

Nesse sentido:

"Nas causas em que não há condenação, a apreciação equitativa

do juiz para a determinação dos honorários de advogado não afasta a possibilidade de que os mesmos sejam arbitrados em percentual sobre o valor da causa (art. 20, § 4º, do CPC)" (REsp. n. 5.704/MG, Min. Dias Trindade, in DJU de 10/6/91, pág. 7.846).

Assim, tendo a verba honorária sido arbitrada em quantia excessiva, merece ser minorada para 15% (quinze por cento) do valor dado à causa.

### III — Decisão

Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, tão-somente para fixar a verba honorária em 15% (quinze por cento) sobre o valor dado à causa.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra e Sérgio Paladino.

Pela Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros.

Florianópolis, 9 de novembro de 1999.

*Eder Graf,*  
*Presidente;*  
*Silveira Lenzi,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 97.011957-7, DE JOINVILLE****Relator: Des. Silveira Lenzi**

*Responsabilidade civil. Erro médico. Agravo retido. Cerceamento de defesa. Impossibilidade de realização da prova pericial em razão do estado de esqueletização do cadáver. Cerceamento de defesa não caracterizado. Agravo retido desprovido.*

*O cerceamento de defesa caracterizar-se-ia caso a realização da prova pericial tivesse sido despropositadamente indeferida pelo juiz, mas nunca em razão da impossibilidade física de se realizar o exame — estado de esqueletização do cadáver —, elucidada pelo perito judicial e sequer contestada, de forma convincente, pelo agravante.*

*Prescrição de “buscopan composto” ao paciente alérgico à “dipirona”. Morte por choque anafilático. Médico que não indagou o paciente da possível hipersensibilidade ao composto. Negligência caracterizada. Indenização devida.*

*Age com negligência o médico que, em atendimento emergencial em hospital público, receita medicamento ao paciente sem questionar, quando da realização da anamnese, a existência de anterior reação alérgica ao composto, causando-lhe a morte por choque anafilático.*

*Responsabilidade civil do Estado. Ato de preposto. Responsabilidade objetiva.*

*De acordo com o § 6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988, o Estado responsabiliza-se objetivamente por ato de seu preposto, tornando-se solidariamente responsável na reparação dos prejuízos.*

*Recursos voluntários e remessa desprovidos.*

*Amaral, sendo apelados Terezinha Schmoller Monteiro e outros:*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.011957-7, da comarca de Joinville (3ª Vara e Fazenda Pública), em que são apelantes o Estado de Santa Catarina e Francisco José Salfer do*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao agravo retido, aos recursos voluntários e à remessa.

Custas na forma da lei.

## I — Relatório

Terezinha Schmoller Monteiro e seus filhos menores, Kátia Terezinha Monteiro, Cláudia Terezinha Monteiro e Marcos Venício Monteiro, por si representados, ajuizaram ação de ressarcimento de danos pessoais contra Francisco José Salfer do Amaral, Hospital Regional Hans Dieter Schmidt e Fundação Hospitalar de Santa Catarina.

Alegaram que a primeira autora era casada com Venício Monteiro e que a 1 hora do dia 1º/2/87, aquele foi levado ao Hospital Regional de Joinville, em razão de uma leve indisposição.

Atendido pelo médico, ora demandado, este, sem determinar a produção de qualquer exame profilático, receitou-lhe o medicamento “buscopan composto”, desencadeando-lhe uma reação alérgica, causando a sua morte às 3 horas do mesmo dia.

Diante desse fato, alegando que está caracterizado típico caso de negligência médica, pretendem o recebimento da verba indenizatória correspondente aos 20 (vinte) anos e 5 (cinco) meses de vida provável do falecido, calculada com base no salário que este percebia.

Devidamente citadas, a Fundação Hospitalar de Santa Catarina e Fundação Hospitalar de Joinville — Hospital Regional Hans Dieter Schmidt, apresentaram contestação.

O Dr. Francisco José Salfer do Amaral, igualmente, apresentou a peça contestatória, alegando, preliminarmente, incompetência do Juízo,

ilegitimidade passiva e carência de ação. No mérito, afirmou que ministrou o medicamento ao falecido sem qualquer ressalva por parte deste quanto à hipersensibilidade ao composto e que o “buscopan” é utilizado pelos estabelecimentos hospitalares sem prévio exame profilático porque apenas 2% (dois por cento) dos receptores apresentam incompatibilidade com o medicamento. Finalizou dizendo que a hipótese poderia ser enquadrada como culpa concorrente.

O Estado de Santa Catarina passou a integrar a lide no lugar da Fundação Hospitalar de Santa Catarina, em razão da extinção desta pelo Decreto n. 1.535/92.

Finalizada a instrução processual, sendo requerida prova pericial para a exumação do cadáver, que foi deferida, bem como a ouvida de testemunhas, as partes apresentaram suas alegações finais.

O Ministério Público manifestou-se pela procedência da pretensão.

Sentenciando, o Magistrado a quo julgou procedente o pedido inicial, condenando os réus, solidariamente, a pagar aos autores a verba indenizatória correspondente a uma pensão mensal, calculada em 2/3 do último salário percebido pela vítima, desde a data do óbito até o momento em que esta completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade.

Tempestivamente, apela o Estado de Santa Catarina, defendendo a tese de que não poderia ser-lhe atribuída qualquer responsabilidade pelo evento danoso, porque o comportamento omissivo do médico afasta a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva do ente público.

Apela, também, o réu Francisco José Salfer do Amaral, colocando como preliminares o pedido de apreciação do agravo retido de fls. 200 e as alegações de incompetência do Juiz, porque a sentença foi prolatada por julgador diverso do que encerrou a instrução processual, e incompetência do Juízo, já que as ações deflagradas contra o Estado de Santa Catarina devem ser processadas na comarca da Capital.

No mérito, sustenta o facultativo que, embora fosse conhecida do falecido e de sua esposa a hipersensibilidade no tocante à droga conhecida como "dipirona", permaneceram silêntes e que apesar de ser praxe médica indagar o paciente sobre a sensibilidade a determinados medicamentos, esta não é uma obrigação conferida aos médicos, sendo obrigação do paciente informar a existência de hipersensibilidade a medicamentos, quando existente.

Alega que os autores não lograram provar que a causa da morte da vítima efetivamente deu-se em decorrência de choque anafilático provocado pelo medicamento e que foi adequado o procedimento utilizado quando da tentativa de recuperação do indigitado paciente.

Apresentadas as contra-razões, o representante do Parquet opina pelo desprovimento dos apelos.

Alçaram os autos a esta Superior Instância, onde a Procuradoria-Geral de Justiça reitera a posição de sua congênera a quo.

## II — Voto

### 1. Agravo retido

Como preliminar no recurso, pede o apelante a apreciação do agravo retido interposto à fls. 200 dos autos, alegando cerceamento de defesa pelo indeferimento da prova pericial requerida.

A realização da perícia médica postulada foi autorizada pelo Magistrado às fls. 179, tendo sido nomeado o Dr. Moacir Canter como perito judicial, que prestou os seguintes esclarecimentos quanto à finalidade pericial:

"Tendo em vista o tempo decorrido desde a morte, o cadáver está em fase de esqueletização e isto dificulta a verificação de outros fatores que possam ter concorrido para a morte;

"Outrossim quanto à necessidade e à oportunidade de aplicação do medicamento buscopan, somente um exame no paciente vivo poderia permitir uma resposta" (fls. 186).

Portanto, não há falar em cerceamento de defesa, uma vez que o exame pericial foi devidamente deferido pelo Magistrado e não foi realizado, tão-somente, em virtude de sua inutilidade ao caso presente, fundamentadamente esclarecida pelo perito judicial, em razão do estado de esqueletização do cadáver.

O cerceamento de defesa caracterizar-se-ia caso a realização da prova pericial tivesse sido despropositadamente indeferida pelo juiz, mas nunca em razão da impossibilidade física de realizar-se o exame, elucidada pelo perito judicial e sequer contestada, de forma convincente, pelo agravante nas suas razões de recurso.

Nega-se, pois, provimento ao agravo retido.

### 2. Recurso do médico

Preliminarmente, alega o médico, ora apelante, a incompetência do juiz porque a sentença foi prolatada por outro Magistrado que não aquele que encerrou a instrução processual.

Pelo princípio da identidade física do juiz insculpido no art. 132 do Código de Processo Civil, “o juiz titular ou substituto que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, caso em que passará os autos a seu sucessor”.

No caso em apreço, o juiz substituto que concluiu a instrução do feito não foi aquele que proferiu a sentença pelo simples fato de que havia sido transferido para outra Vara da comarca de Joinville.

A expressão “afastado por qualquer motivo” inserida no texto do art. 132 do CPC pela Lei n. 8.637/93 permite que se dê ao dispositivo interpretação ampla, sendo acolhida pela exceção a transferência do juiz que concluiu a instrução do feito para outra vara, ainda que na mesma comarca.

Nesse sentido o Des. Eder Graf já se pronunciou:

“Conflito de competência — Princípio da identidade física do juiz — Limite — Exegese do art. 132 do CPC.

“De acordo com a nova redação do art. 132 do CPC, dada pela Lei n. 8.637/93, a vinculação do juiz, titular ou substituto, que concluiu a audiência, cessa nos casos de convocação, licenciamento, promoção, aposentadoria ou afastamento por qualquer motivo.

‘A designação de Juiz auxiliar ou substituto, para ter exercício em outra vara, consoante facultado pela lei de organização judiciária, equipara-se à transferência, fazendo cessar a vinculação’ (TJSP)” (CC n. 99.001425-8, da Capital, julgado em 27/4/99).

Depois, alega o recorrente a incompetência do Juízo porque as ações deflagradas contra o Estado de Santa Catarina devem ser processadas na comarca da Capital.

Igualmente razão não lhe assiste, pois os Estados federados não gozam de foro privilegiado, mas, tão-somente, de juízo privativo, podendo ser demandados tanto no foro da Capital quanto no do lugar do ato ou fato (art. 100, inc. V, do CPC).

É nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“Processual civil. Competência. Ação proposta contra Estado Membro. Inexistência de foro privilegiado. Precedentes.

“Por não gozarem os Estados Membros de foro privilegiado, mas apenas de juízo privativo (Vara Especializada), podem ser demandados fora da Capital, no foro onde ocorreram os fatos que deram origem à lide” (REsp. n. 120.245/MG, Min. Francisco Peçanha Martins, in DJU de 28/6/99, pág. 00078).

A alegação de que a responsabilidade pelo evento danoso deve ser atribuída, tão-somente, ao Estado de Santa Catarina, não é de prosperar, já que o apelante pode ter sido o causador direto do dano.

Esta é a interpretação que se faz do art. 1.545 do CC:



“Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento”.

Afastadas as preliminares examina-se o mérito.

A questão resume-se a saber se o Dr. Francisco José Salfer do Amaral obrou com culpa, em qualquer de suas modalidades, ao ministrar o medicamento “buscopan composto” à vítima Venício Monteiro em atendimento emergencial no Hospital Regional Hans Dieter Schmidt, ocasionando a sua morte por choque anafilático às 3 horas do dia 1º/2/87.

O medicamento em questão é amplamente difundido nos estabelecimentos hospitalares e vendido nas farmácias, até mesmo sem necessidade de apresentação de receita médica, devido ao seu baixo índice de rejeição pelos receptores.

Porém, ainda que seja comum à classe médica ministrar este medicamento nas emergências dos hospitais, como no caso em julgamento, nem por isso os facultativos podem esquecer da obrigação técnica e ética de, antes de receitar o remédio, ao menos inquirir se o paciente é portador de hipersensibilidade à “dipirona” ou outra droga qualquer.

Esta precaução não se constitui apenas como uma faculdade do médico, mas uma obrigação, já que ensinada ainda nos primeiros anos do curso de medicina como parte integrante do procedimento inicial do exame clínico, que é a anamnese.

A palavra “anamnese” significa “trazer de volta à mente todos os fatos relacionados com a doença e com a pessoa doente”, sendo que este procedimento “tem objetivo e finalidade preestabelecidos, isto é, a reconstituição dos fatos e dos acontecimentos direta ou indiretamente relacionados com uma situação anormal da vida do paciente” (Porto, Celmo Celeno, “Exame Clínico”, 2ª ed., Rio de Janeiro, Guanabara Koogan S/A, 1992, pág. 29).

Assim, é dever do médico investigar sobre reações alérgicas possivelmente sofridas pelo paciente, seja por alimentos, medicamentos, ou quaisquer outras substâncias.

Não seria exagero transcrever a lição do facultativo citado na obra acima:

“Os antecedentes pessoais patológicos, por sua vez, compreendem os seguintes itens:

“Alergias. Quando se depara com um caso de doença alérgica, esta investigação passa a ter relevância especial, mas, independente disso, é possível e útil tomar conhecimento da existência de alergia a alimentos, medicamentos ou outras substâncias. Se o paciente já sofreu de afecções de fundo alérgico (eczema, urticária, asma), este fato merece registro” (op. cit., pág. 45) (grifei).

O que se pretende demonstrar com estas ilustrações é que o apelante não poderia ter deixado de perguntar ao paciente, quando da realização da anamnese, se este já tinha sofrido qualquer reação alérgica ao uso de “dipirona”, pelo simples fato de que este procedimento é elementar na prática médica.



Caso tivesse feito este questionamento, certamente, a vítima não teria vindo a falecer, uma vez que esta tinha conhecimento de sua hipersensibilidade à "dipirona" que compõe o medicamento "buscopan", já que este alerta consta, de forma destacada, na ficha médica da vítima na empresa onde trabalhava (pág. 247).

E como se não bastasse a literatura médica dando conta de que o procedimento narrado é indispensável no exame clínico, o Código de Ética Médica denuncia a atitude do apelante quando diz que "o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional" (art. 2º).

Assim sendo, considerando que a vítima não teria falecido caso o médico, ora apelante, tivesse tomado as devidas precauções antes de ministrar-lhe o medicamento, não há dúvidas de que obrou com negligência, devendo arcar com a devida reparação.

A jurisprudência do Estado do Rio Grande do Sul, em situação semelhante, já registrou:

"Receita de aplicação de injeção de despacilina — 400 mil unidades. Efeito imediato da injeção com a paciente sentindo-se mal e falecendo logo após. Choque alérgico. Responsabilidade do facultativo consubstanciada no fato de não ter inquirido a consulente sobre uso anterior de penicilina e nem a advertido sobre a medicação, com o que poderia ser diminuída a possibilidade do evento. Dano moral: é possível a cumulação com o dano material. Perda da mãe, ficando

com duas filhas com 7 e 3 anos de idade" (RJTJRS 160/294) (grifei).

Do corpo do acórdão extrai-se:

"Se é certo que o contrato entre paciente e o médico é, em princípio, de meio e não de resultado, não se pode olvidar que o facultativo deve empregar todos os cuidados pertinentes, não podendo obrar com culpa.

"Se é certo que a penicilina é largamente usada desde muito tempo e que as reações alérgicas são em número reduzido, não se pode deixar de sopesar que Eunice não teve sequer a chance de ser inquirida sobre eventual problema anterior com o medicamento.

"(...)

"De qualquer forma, não era obrigação da paciente a especificação de dados anteriores, mas sim do facultativo, pessoa profissional e formado na ciência médica. A ele competia formular as questões sobre o histórico do paciente" (op. cit., págs. 458/459).

Ao contrário do afirmado pelo apelante, não existia obrigação legal nenhuma do paciente informar voluntariamente se apresentava algum quadro de hipersensibilidade medicamentosa, sendo diferente a situação, quando o paciente é devidamente interrogado pelo médico acerca dessas circunstâncias e nega a existência de qualquer problema alérgico, o que não ocorreu no caso vertente, já que o próprio apelante confessou em seu depoimento pessoal que "não perguntou à vítima se a mesma tinha alergia ao buscopan, porque se tratava de um atendimento emergencial" (fls. 253).

Cai por terra, igualmente, a alegação de que não restou comprovado ter sido a causa da morte o choque anafilático causado pelos efeitos da “dipirona”, porque todos os elementos dos autos dão conta de que esta foi a causa única do falecimento da vítima, inexistindo qualquer outro em sentido contrário.

Ademais, o próprio apelante firmou o atestado de óbito da vítima, informando como causa da morte “parada cardíaca choque anafilático (administração de buscopan composto)” (fls. 21).

Quanto ao pedido de redução da verba indenizatória, não é de ser conhecido no apelo, uma vez que desprovido da necessária fundamentação, requisito exigido expressamente pelo art. 282, inc. III, do CPC.

### 3. Apelação do Estado de SC

Alega o Estado de Santa Catarina que não poderia ser-lhe atribuída qualquer responsabilidade pelo evento danoso, porque o comportamento omissivo do médico afasta a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva do ente público.

Tem razão o Estado apelante quando diz que a obrigação de indenizar — quando a conduta estatal for omissiva — somente surgirá quando a culpa estiver caracterizada.

É o que ensina José dos Santos Carvalho Filho:

“O Estado causa danos a particulares por ação ou omissão. Quando o fato administrativo é comissivo, podem os danos ser gerados por conduta culposa ou não. A responsabilidade objetiva do Estado se dará pela presença de seus pressupostos — o fato

administrativo, o dano e o nexo causal.

“Todavia, quando a conduta estatal for comissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a atividade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos.

“A consequência, dessa maneira, reside em que a responsabilidade civil do Estado, no caso de conduta omissiva, só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizem a culpa. A culpa origina-se, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano” (Manual de Direito Administrativo, 5ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 1999, pág. 395).

Porém, não está correto quando afirma que esta é a hipótese do caso presente, pelo simples motivo de que a conduta do médico causadora da morte da vítima não foi omissiva. Ou seja, a prescrição do medicamento à vítima, que foi a causa direta do dano, não pode ser considerada uma atitude omissiva, mas, sim, comissiva.

Ocorreu que o médico adotou o infeliz procedimento sem atentar às cautelas necessárias e exigidas pela praxe médica. Isto é, receitou o medicamento sem perguntar à vítima sobre sua hipersensibilidade à “dipirona”.

Em momento algum esta conduta é omissiva, eis que o médico não

deixou de fazer algo, ele fez, ou seja, praticou um ato, apenas sem a devida cautela e zelo profissional.

Dessa forma agiu com culpa, eis que dentre suas modalidades, localiza-se a negligência, perfeitamente enquadrável como atitude comissiva, ainda que possa ser caracterizada pela indolência, inércia, passividade.

Pode-se dizer, assim, que no caso presente a responsabilidade do Estado é objetiva, aplicando-se o § 6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988, que afirma:

“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Sabe-se que pela teoria da responsabilidade objetiva “havendo dano enexo causal, o Estado será responsabilizado patrimonialmente, desde que provada a relação entre o prejuízo e a pessoa jurídica pública, fonte da descompensação ocorrida” (Cretella Júnior, ‘O Estado e a obrigação de indenizar’, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1980, pág. 105) de modo que somente a força maior ou a culpa da vítima exonerariam a Administração da obrigação reparatória” (Rui Stoco, Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1994, pág. 273).

Sobre o tema já decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

“Civil. Reparação de danos. Cumulação. Dano patrimonial e moral. Responsabilidade objetiva do órgão fundacional. Maioria.

“Provado o ato da Administração, o fato danoso e onexo causal entre um e outro, obriga-se o Poder Público a reparar o dano sofrido pela parte lesada, sendo irrelevante, no caso, o aspecto da culpa do preposto que deu causa ao evento eis que presente a responsabilidade objetiva do Estado” (Ap. Civ. n. 35495/95, Des. Júlio de Oliveira, julgada em 10/6/96).

E mesmo se fosse considerada a responsabilidade do Estado como subjetiva — hipoteticamente enquadrando a atitude do médico como omissiva — estaria igualmente obrigado a reparar os danos sofridos pelos apelados, já que a culpa do facultativo restou suficientemente caracterizada.

Por fim, o quantum indenizatório arbitrado em 2/3 do valor da última remuneração percebida pela vítima, desde a data do evento até o momento em esta completaria 65 (sessenta e cinco) anos de vida, deve ser mantida, eis que se coaduna com a melhor interpretação doutrinária e jurisprudencial.

### III — Decisão

Diante do exposto, nega-se provimento ao agravo retido, ao recurso do réu Francisco J. S. do Amaral, à remessa e ao recurso voluntário do Estado de Santa Catarina.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra e Sérgio Paladino. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Medeiros.

Florianópolis, 15 de fevereiro de 2000.

*Eder Graf,  
Presidente;  
Silveira Lenzi,  
Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 99.011304-3, DE XANXERÊ**

**Relator: Des. Silveira Lenzi**

*Responsabilidade civil. Médico que, no momento do parto da paciente, realiza operação de obstrução de trompas uterinas sem o prévio consentimento desta. Erro grosseiro. Exegese do art. 1.545 do CC. Reparação devida.*

*Tendo o facultativo realizado, no momento da cesariana da paciente, procedimento cirúrgico para a obstrução das trompas uterinas desta, sem prévia autorização, não restam dúvidas de que obrou com culpa grave, já que este ato pode ser considerado erro grosseiro dentro da prática médica, tendo o dever de reparar os prejuízos causados, a teor do art. 1.545 do CC.*

*Considerando que o planejamento familiar é garantido constitucionalmente como livre decisão do casal (art. 226, § 7º, da CF/88) e que a autora manifestou legítimo interesse em ter outros filhos com seu companheiro, não se pode negar a devida reparação pelos prejuízos morais sofridos, sob a alegação de que ela possui idade avançada e outros filhos.*

*Recurso desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.011304-3, da comarca de Xanxerê (1ª Vara/Inf. e Juv./Reg. Público), em que é apelada Luiz Ascanio Luvisotto, sendo apelada Benocy Rodrigues de Oliveira:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

### **I — Relatório**

Benocy Rodrigues de Oliveira ajuizou ação de indenização por ato ilícito e reparação de dano moral contra Luiz Ascanio Luvisotto, julgada procedente pela sentença de fls. 73/78.

Inconformado, apela o vencido, alegando, preliminarmente, cerceamento de defesa porque não foi regularmente intimado da audiência de instrução e julgamento.

No mérito, afirma que, não obstante serem aplicáveis os efeitos da revelia, a presunção de veracidade dos fatos alegados pela autora não é absoluta, e que a esterilidade da autora, bem como sua causa, somente pode ser comprovada por meio de prova pericial. Finaliza pedindo a redução do quantum indenizatório para 10 (dez) salários mínimos, porque a autora, além de possuir 4 filhos, conta com 43 anos de idade, estando, portanto, próxima da esterilização natural.

Apresentadas as contra-razões, alçaram os autos a esta Superior Instância.

## II — Voto

Quanto ao cerceamento de defesa, alega o apelante que ocorreu por não ter sido regularmente intimado da designação da audiência de instrução e julgamento, porque a pessoa que recebeu a contrafé — Valéria —, ao contrário do afirmado pelo Sr. Oficial de Justiça na certidão acostada às fls. 62, não é a sua esposa.

Efetivamente, o apelante comprovou, juntando sua certidão de casamento aos autos, que o nome de sua esposa não é Valéria, mas Denise, o que compromete a validade da certidão de intimação.

Ocorre que nenhuma nulidade poderá ser apontada neste momento processual, pois atingida pelos efeitos da preclusão, já que “a nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão” (art. 245 do CPC).

Verifica-se que, após a realização da audiência e juntada da referida

certidão aos autos, o apelante peticionou requerendo a anexação do instrumento procuratório e vista do processo pelo prazo legal, o que foi deferido pelo Magistrado (fls. 70).

Omitiu-se, contudo, de apontar qualquer nulidade no ato de intimação, sendo inarredável, portanto, os efeitos da preclusão.

Nesse sentido, oportuno o magistério de Pontes de Miranda:

“A falta ao direito de arguição pode ser expressa. Se a nulidade é sanável, tendo a parte de falar no feito, deve arguí-la. Se não a argúi, passa-se o que se previu no art. 245, isto é, a perda do direito de arguí-la, pelo fato de não se ter exercido. Não se trata, aí, de renúncia tácita; mas de sanção ao dever de arguição” (Comentários ao Código de Processo Civil, tomo III, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, pág. 371).

Quanto ao mérito, tem razão quando afirma que, não obstante serem aplicáveis os efeitos da revelia, a presunção de veracidade dos fatos alegados pela autora não é absoluta.

Theotonio Negrão em nota de rodapé anota:

“Se o réu não contestar a ação, devem ser reputados verdadeiros os fatos afirmados pelo autor. Todavia, o juiz, apreciando as provas dos autos, poderá mitigar a aplicação do art. 319 do Cód. de Proc., julgando a causa de acordo com o seu livre convencimento” (RF 293/244)” (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 28ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, pág. 288).

Portanto, tratando-se de processo indenizatório com base em res-

ponsabilidade contratual médica, deverão ser objeto de apuração, no presente caso, o dano, a culpa e o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente.

Ao médico, ora apelante, é atribuída a responsabilidade de ter realizado na autora, ora apelada, no momento do parto — cesariana — de seu quarto filho, a obstrução de suas trompas uterinas sem o seu prévio consentimento.

Em que pese a revelia do apelante, necessário que todos os elementos dos autos sejam analisados para que possa ser atribuída a ele com segurança a responsabilidade de reparar os prejuízos morais sofridos pela autora, porquanto a presunção de veracidade, gerada pelos efeitos da revelia, é relativa e não absoluta.

Por meio do exame “histerossalpingografia” realizado em 3/5/95, restou comprovada a obstrução bilateral das trompas uterinas da autora (fls. 13), ficando comprovado, também, que o apelante foi o médico responsável pelo seu parto.

Pelo depoimento do companheiro da autora conclui-se que o procedimento cirúrgico, ora contestado, foi somente descoberto no momento da alta médica da autora, quando o apelante procurou cobrar R\$ 300,00 (trezentos reais) pelo procedimento.

Extrai-se também do referido depoimento que o casal procurou pedir explicações ao médico apelante quanto ao ocorrido, tendo este respondido que “se vocês não me pediram então eu fiz enganado de paciente” (grifei — fls. 58).

A negativa de autorização para a realização da laqueadura restou

confirmada, não logrando o facultativo, ora apelante, produzir qualquer prova que pudesse elidi-la.

Portanto, tendo realizado no momento da cesariana da autora procedimento cirúrgico para a obstrução de suas trompas uterinas sem prévia autorização — provavelmente por ter confundido a autora com outra paciente — não restam dúvidas de que obrou com culpa grave, nas modalidades de negligência e imperícia, já que este ato pode ser considerado erro grosseiro dentro da prática médica.

Desse modo, considerando que o planejamento familiar é garantido constitucionalmente como livre decisão do casal (art. 226, § 7º, da CF/88) e que a autora manifestou legítimo interesse em ter outros filhos com seu companheiro, não se pode negar a devida reparação pelos prejuízos morais sofridos, sob a alegação de que ela possui 43 anos de idade e outros 4 (quatro) filhos.

Sendo assim, o apelante tem o dever de reparar os danos causados, a teor do art. 1.545 do CC que diz:

“os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento”.

A atitude do apelante é também denunciada pelo Código de Ética Médica dispondo que “o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional” (grifei — art. 2º).

É certo que os casos de responsabilidade civil médica merecem redobrada atenção do julgador, por ser “um caso delicado, de difícil solução por envolver questões relativas à ciência e artes médicas, em que o Magistrado, como leigo, há de se apoiar nos dados de comum experiência, sem se esquecer, porém, do conselho dos entendidos” (Des. Nogueira Garcez, Lex 76/201 apud Miguel Kfourri Neto, Responsabilidade Civil do Médico, 3ª ed., São Paulo, RT, 1998, pág. 65).

Todavia, o caso presente não trata de saber se o procedimento médico utilizado pelo facultativo foi adequado para atingir a cura do paciente. Trata a hipótese de erro grosseiro — trocar uma paciente por outra — em que a culpa do médico é incontestável, em prejuízo da imagem de toda a profissão.

Em caso idêntico já foi decidido:

“Legitimidade ativa. Responsabilidade civil. Médico. Laqueadura tubária, para fins contraceptivos, realizada sem autorização. Dano moral. Violação constitucional ao direito de planejamento familiar. Legitimidade ativa e interesse do marido, para juntamente com a esposa, pleitear reparação — CF/88, art. 226, § 7º.

“Processual. Prova. Ação indenizatória por intervenção cirúrgica não autorizada. Laqueadura tubária. Planejamento familiar. Pretensão dos réus para que os autores demonstrem sua renda familiar. Impertinência.

“(…)

“Se o planejamento familiar é um direito de livre decisão do casal, assegurado constitucionalmente (CF/88, art. 226, § 7º), forçoso reconhecer que a desnecessária e desautorizada intervenção médica que veio a impossibilitar a mulher de procriar afeta diretamente o direito do casal, causando-lhe, em tese, danos morais. Daí surge o legítimo interesse moral do marido quanto à pretensão de ressarcimento de danos (...) (TJPR — AI n. 41.551-8 — rel. Des. Carlos Hoffmann, j. 20/6/95, in PJ 49/65)” (Miguel Kfourri Neto, Responsabilidade Civil do Médico, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, pág. 270).

Portanto, não há reparos a fazer na sentença atacada, devendo inclusive ser mantido o quantum indenizatório em 80 (oitenta) salários mínimos, com a finalidade de compensar a dor moral da autora que não poderá mais ter filhos naturalmente.

### III — Decisão

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra e Sérgio Paladino.

Florianópolis, 15 de fevereiro de 2000.

*Eder Graf,*  
*Presidente;*  
*Silveira Lenzi,*  
*Relator.*



**APELAÇÃO CÍVEL N. 99.007584-2, DE BRUSQUE****Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra**

*Cobrança. Intermediação. Compra e venda de máquinas de origem estrangeira. Ilegitimidade passiva. Sucessão irretorquível. Litigância de má-fé. Hipóteses do artigo 17 do Código de Processo Civil não verificadas. Prova documental. Impugnação destituída de amparo. Rejeição.*

*Percentual de 2% incidente sobre uma das vendas. Critérios para a fixação. Passagens e estadias. Dispêndio que não pode ser imputado à vendedora, por ausência de convenção expressa.*

*Sucumbência recíproca (artigo 21 do CPC). Honorários do procurador da demandada. Redução.*

*Provimento parcial do recurso do autor, desprovido o da ré.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.007584-2, da comarca de Brusque (2ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública), em que são apelantes Herbert José Schlindwein, e Himatex Ingolstadt Textilmaschinen, e apelados Herbert José Schlindwein, Himatex Ingolstadt Textilmaschinen e ATG Allgemeine Textiltechnik GmbH:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, rejeitar a preliminar, desprover o recurso da ré e prover parcialmente o recurso do autor.

Custas na forma da lei.

**I — Relatório**

Na 2ª Vara Cível da comarca de Brusque, Herbert José Schlindwein ajuizou ação de cobrança contra ATG Allgemeine Textiltechnik GmbH e Himatex Ingolstadt Textilmaschinen, para quem intermediou a venda de máquinas têxteis a empresas brasileiras,

dentre as quais a Fábrica da Pedra S/A, de Delmiro Gouveia-AL, e Fibra — Fiação Botuverá Ltda., de Botuverá/SC, objetivando, em síntese, a percepção de comissões que deixaram de ser pagas.

Devidamente processado o pedido, inclusive com a tradução dos documentos acostados à inicial e das peças que instruíram a rogatória, e verificando que, não obstante a revelia, fazia-se necessária a produção de provas, deferiu-as o Magistrado conforme fls. 199/200.

Encerrada a instrução, sobrevieram as alegações finais, inclusive de uma das demandadas, que foram seguidas da sentença de fls. 365/389 que acolheu, em parte, o pedido inicial, julgando extinta, sem julgamento do mérito, a cautelar inominada.

Acolhidos os embargos declaratórios, a parte dispositiva do julgado passou a corresponder ao que consta às fls. 395/397.



A ré Himatex recorreu a esta Corte, oportunidade em que levantou sua ilegitimidade passiva e impugnou a prova documental, requerendo a condenação do autor na pena por litigância de má-fé.

No mérito, refutou as teses que embasaram a sentença e registrou que o autor decaiu de parte substancial do pedido, devendo, por isso, os honorários recair sobre valores e não sobre os percentuais referidos no dispositivo.

Não se conformando, o requerente também apelou objetivando a reforma da decisão a fim de: aumentar o índice fixado no item 2; fazer incluir na condenação as despesas com passagens e estadias; reduzir o percentual dos honorários do advogado da ré, assim como o relativo às custas processuais, compensando-se o que já foi pago.

Preparados os recursos e oferecidas as contra-razões, os autos foram encaminhados a este Tribunal.

É o relatório.

## II — Voto

Recurso da ré:

A demandada arguiu sua ilegitimidade passiva, aduzindo que ela e a empresa ATG detêm personalidade jurídica e obrigações contratuais distintas, e que as contratações feitas pelo autor envolveram, na verdade, esta última.

Tal alegação, todavia, não merece contornos diferentes daqueles traçados pelo Juiz às fls. 377/378, porquanto embasados em elementos dos autos que não deixam dúvida em relação à sucessão/substituição havi-

da entre a empresa extinta e a ora apelante.

Esta Corte já se pronunciou a respeito:

“Ilegitimidade de parte. Empresa que nega ser sucessora da devedora. Elementos probatórios, todavia, que evidenciam a sucessão ou, quando não, uma espécie de fusão ou incorporação. Sucessão do passivo inegável. Obrigatoriedade de satisfazer o quantum executado evidente. Recurso desprovido” (Ap. Cív. n. 97.015376-7, de Criciúma, rel. Des. Vanderlei Romer).

E ainda:

“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” (Ap. Cív. n. 97.011178-9, de Taió, rel. Des. Silveira Lenzi).

Visando à condenação do autor à pena por litigância de má-fé a requerida contesta as correspondências de fls. 33 a 40, dizendo referirem-se à ATG; os documentos de fls. 41/42, por conterem anotações que não podem ser consideradas o de fls. 44 por estar adulterado; assevera que a negociação com a empresa Fábrica da Pedra foi realizada pela ATG, conforme fls. 51/53; os documentos de fls. 41, 44 e 63 são montagens; o de fls. 16 está ilegível; os de fls. 66/73 não têm assinatura; os documentos de fls. 81/85 não têm remetente nem destinatário; o de fls. 86/87 não está assinado pela suposta remetente; o de fls. 88/91 faz

prova de que os negócios eram realizados com a empresa ATG e não Himatex; registra estranheza quanto ao idioma usado em algumas das correspondências, já que a maioria delas era redigida em alemão; e, ainda, contradição entre os documentos de fls. 46 e 50.

Aludidas impugnações, longe de atribuir ao requerente a condição de litigante de má-fé, implicam, sim, na assertiva de que a requerida foi quem agiu de forma censurável, pois as razões do recurso não passam de reprodução das alegações finais, que foram analisadas à saciedade na sentença juntamente com a prova colacionada.

Outrossim, para a suscitação de falsidade, a norma processual prevê, expressamente, o meio adequado (artigo 390 e seguintes do CPC), não sendo possível afirmar que o proceder do autor, quanto à produção das provas, ajuste-se em alguma das situações previstas no artigo 17 do Código de Processo Civil, visto que o acesso ao Judiciário constitui direito assegurado constitucionalmente.

No mérito, vê-se que a demandada resumiu o inconformismo nos critérios de que o Togado valeu-se para estabelecer a sucumbência, pois, no seu entender, o autor decaiu em relação ao percentual de uma das vendas (que era de 10% mas obteve 2%) e também quanto ao valor sobre o qual deveriam incidir. A base da condenação, segundo ela, está assentada na diferença entre um e outro porque o autor deixou de ganhar, também, nesse particular.

Realmente, o pedido a que alude o Memorando Interno de fls. 28 (re-

lativo à venda de uma máquina RU 11 e um autoconer), analisado juntamente com a Fatura Proforma n. 7/92 (fls. 51, traduzida às fls. 315), esclarece que, apesar de constar o preço da máquina como sendo de DM500.000,00, o valor real da venda foi de DM425.000,00, e a comissão do autor, que neste caso apenas regularizou a importação, foi reduzida de 10% para 2% conforme consta às fls. 383/384.

Contudo, a solução oferecida pelo Magistrado não padece de qualquer reforma, já que a sentença, ao contrário do que sustenta a ré, utilizou métodos apregoados pela doutrina e jurisprudência, não deixando de lado os temas acima mencionados, tanto que consignou no dispositivo:

“No pedido inicial o autor perseguia o pagamento de comissões à base de 10% e despesas de passagens. Destes pedidos específicos é que decaiu, em parte, porquanto a comissão foi fixada em 2% consoante o item ‘2’ às fls. 387, e foi rejeitado o pagamento das passagens.

“Obviamente que o entendimento judicial não visava aplicar a sucumbência sobre a diferença de preços, eis que isto tornaria extremamente oneroso ao autor e, com certeza, pouco ou nada restaria como crédito a receber das rés.

“Relativamente ao cálculo desta sucumbência recíproca, o critério a ser adotado não enseja maiores indagações. A partir do ajuizamento da ação, será atualizado monetariamente o valor pedido como indenização das passagens e, sobre tal valor, será aplicado o percentual fixado (20%).

“No tocante à sucumbência da comissão (item 2 às fls. 387), a fórmula a ser observada para o cálculo levará em consideração o critério de cálculo do crédito do autor.

“Deverão ser realizados dois cálculos, um, com incidência do percentual de 10% e, outro, com incidência de 2%. Tais valores serão convertidos para a moeda corrente nacional pelo câmbio da data do ajuizamento da ação e, então, aplicado o percentual de 20% da sucumbência. Feito assim, partir de então, o valor devido pelo autor será atualizado monetariamente” (fls. 396).

De acordo com o disposto no artigo 21 do Código de Processo Civil, “Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas”. Logo, se o autor pleiteou um determinado percentual e obteve outro, e se este percentual incidiu sobre valor abaixo daquele postulado na inicial, é justo que os honorários do advogado da outra parte incidam sobre a diferença entre os percentuais (e não valores) de uma das vendas, já que em relação às despesas de viagem a sucumbência foi integral.

É da jurisprudência:

“A lei não distingue: se houve sucumbência recíproca, deve haver compensação de honorários, ou fixação proporcional destes (RTJ 86/245), salvo se a sucumbência foi mínima” (Theotonio Negrão, Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor, 28ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, pág. 99).

Tendo em vista que “cada parte deve suportar a verba advocatícia

na proporção da sua derrota, bem como recebê-la na medida de sua vitória” (STJ — 2ª Turma, Resp. n. 13.526-SP, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro)” (apud Theotonio Negrão, ob. cit., pág. 99), o que o autor deixou de ganhar e, por conta disso, a parcela a que sucumbiu, restou corretamente ministrado e deve ser mantido.

Recurso do autor:

Não se conformando com a prestação jurisdicional que lhe foi desfavorável, o autor postula a reforma da decisão, a fim de ver elevada para 10% a comissão da venda referida no item 2 da parte dispositiva da sentença.

Os elementos de prova, notadamente a testemunhal, deixam antever que, de fato, serviu como elo de ligação entre a ré e os interessados na aquisição dos produtos fabricados por ela. Particularmente em relação à transação da máquina RU 11 e do autoconer, conforme mencionou o Magistrado às fls. 385: “as declarações da testemunha Nelson Bruno Krieger, representante legal da empresa Brusque Importação e Exportação Ltda., se coaduna com as afirmações do representante legal das rés, de que o mesmo não intermediou a venda das máquinas descritas na fatura de fls. 51 e 315. Tão-somente tratou dos procedimentos para regularização da importação das máquinas.

“Na correspondência de fls. 97, enviada pela ré ATG ao autor, datada de 30/12/91, esta salienta que ‘conforme combinamos durante minha visita, a comissão máxima é de 10%...’, ou seja, tendo o autor se dirigido à empresa compradora somente para regularizar a documentação de importa-

ção, entendo deva ser mantido o ajuste de 2% sobre o valor da venda, que restou comprovado ser de DM425.000,00, correspondente a DM8.500,00”.

Entre intermediar a venda e viabilizar a importação existe diferença e os depoimentos a que o autor se reporta para defender a mediação não passam de alusões genéricas, mormente porque esbarram na prova documental. E esta, de acordo com a tradução de fls. 28, foi categórica em afirmar que nesse particular sua função não passou da esfera burocrática da importação. Correto, portanto, o percentual deferido na sentença (2%).

Quanto às despesas com viagens, no Brasil e exterior, não obstante os autos informem que teriam sido realizadas com o objetivo de viabilizar as vendas das máquinas fabricadas pela ré, não se pode olvidar que, ainda que dispendioso, tal procedimento fazia parte do trabalho a que o autor se propôs, visto que, por maior que fosse o esforço na aproximação dos interessados, não há dúvida que o contato pessoal (principalmente em se tratando de empresa estrangeira) tenha sido relevante para o êxito das tratativas. E é justamente em face desse esforço e do sucesso das vendas que faz jus à respectiva contra-prestação, seus honorários.

Em acórdão do Excelso Pretório, publicado na RTJ 90/663, sustentou o relator Ministro Thompson Flores que, “segundo Bolafio, o mediador vende ‘o resultado útil de seu trabalho’, na citação de Carnelutti (Rev. Dir. Comercial, 191, I, 23)”.

Acrescentando, mais adiante, que “a comissão decorre, pois, do lu-

cro ou vantagem que o negócio proporcionou”. E adverte: “Admite-se que na sua realização haja o intermediário despendido tempo, empenho e trabalho. Não são bastantes para originar a paga, pois ela está vinculada ao próprio fim, o qual, inalcançado, não lhe origina, per se, integrando-se no próprio risco, mormente à atividade do corretor” (apud Ap. Cív. n. 97.008661-0, da Capital, rel. Des. João José Schaefer).

Nada o impedia, contudo, de estabelecer condição expressa acerca do reembolso de despesas, eis que perfeitamente previsíveis, dada a distância entre a vendedora e os compradores brasileiros. Só que esse silêncio, mesmo em prejuízo do corretor, não pode gerar a compensação pretendida, já que inexistem informações de que a ré tenha sujeitado a venda dos produtos a eventuais viagens do autor até a sua sede.

O recurso é também contra os critérios da sucumbência. Segundo ele, o percentual dos honorários do advogado da ré é elevado porque sua atuação resumiu-se ao comparecimento em uma das audiências e às alegações finais.

Realmente, o que se verifica é que a primeira intervenção da ré, que é revel, ocorreu às fls. 280, quando pediu vista dos autos. Consta também (fls. 289/294) que esteve representada por advogado na audiência onde foi colhida a prova testemunhal; anexou os documentos de fls. 307/310, ofereceu alegações finais (fls. 348/364) e, por último, o recurso.

Por esse serviço, seus advogados foram beneficiados com o equiva-

lente a 20% sobre a parte do pedido do qual o autor decaiu.

Já os causídicos que patrocinam o autor dispensaram esforço redobrado desde o início do processo, bastando verificar que só para a citação houve dispêndio de tempo e dinheiro com a tradução de documentos e remessa via postal (fls. 110 e 149), sem contar o desgaste burocrático perante os Ministérios da Justiça (fls. 155) e das Relações Exteriores (fls. 178/180), não obstante constar, nos autos, informação de que a citação havia chegado a seu termo (fls. 180, traduzido às fls. 187). E não é só isso, pois deslocaram-se para o Estado de Alagoas, comarca de Delmiro Gouveia, onde participaram da audiência de inquirição de uma testemunha.

Tais elementos são importantes na medida em que informam: o grau de zelo do profissional; o lugar da prestação do serviço; e a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, ao mesmo tempo em que fazem a distinção entre o trabalho de um e de outro profissional. O do procurador da ré, foi, sem dúvida, consideravelmente menos fatigante.

Sendo assim, e tendo em vista que “os honorários devem ser repartidos na proporção do interesse de cada um na causa e da gravidade da lesão ocasionada ao vencedor, podendo, portanto, ser desigual a cota de cada vencido” (RSTJ 48/395), é justo que a remuneração do advogado da ré seja reduzida para 10%.

A jurisprudência, nesse sentido, proclamou:

“Afirmando o julgador que um dos litigantes foi vencido em parcela menor que a outra, mas não que houvesse decaído em parte mínima, a ele também deve ser imposta condenação em honorários, proporcionalmente à sua sucumbência, procedendo-se a compensação” (RSTJ 11/437).

E ainda:

“Desacolhidos dois dos pedidos formulados na inicial e rateadas as despesas processuais na proporção de 40% a cargo da autora e 60% a cargo da ré, impõe-se, ante o inequívoco reconhecimento da sucumbência recíproca, distribuir e compensar, também proporcionalmente, as verbas honorárias devidas pelos litigantes’ (STJ — 4ª Turma, REsp. n. 32.476-6—MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 4/5/93, deram provimento, v.u., DJU 7/6/93, pág. 11.263)” (apud Theotonio Negrão, ob. cit., pág. 100).

O outro aspecto com que o autor não se conforma é o percentual da sucumbência (40% das custas e despesas processuais), eis que entende desproporcional à sua derrota.

Todavia, consta às fls. 12 que postulou 10% sobre: DM623.000,00, DM500.000,00, DM240.000,00, e DM500.000,00 (que totalizaria DM186.300,00), mas obteve 10% de: DM445.500,00, DM240.000,00, DM425.000,00, e 2% de DM425.000,00 (num total de DM119.550,00). A diferença entre um e outro valor gira em torno de 60%, não sendo possível concluir que o Magistrado tenha dividido o ônus de forma desigual, além do que o ressarcimento das despesas com viagens, foi indeferido por inteiro.

Em relação ao terceiro e último tema, diz o autor que os critérios apli-

cados pelo juiz para a correção, tanto do que tem a receber, quanto da diferença que sucumbiu, foram-lhes desfavoráveis.

Na decisão (fls. 388), modificada em parte pela que acolheu os embargos declaratórios às fls. 395/397, ficou estabelecido que “os valores já recebido pelo autor e mencionado pelas rés no Memorando Interno e não contestado, de DM23.325,00 (vinte e três mil trezentos e vinte e cinco marcos alemães), deverão ser deduzidos do valor devido.

“Para este cálculo, também será observado o critério referido acima, ou seja, o valor recebido deverá ser convertido para a moeda corrente nacional pelo câmbio do dia das datas mencionadas às fls. 30 (DM 2.000,00 a partir de 21/9/91; DM1.000,00 de 22/1/93; DM325,00 a partir do mês de janeiro de 1993; e DM20.000,00 a partir de 3/3/93)”.

Da leitura dos dois dispositivos, o que se deduz é que as bases adotadas para a correção do que o autor ganhou e da parcela da comissão que deixou de ganhar são as mesmas: os valores deverão ser convertidos para a moeda corrente nacional pelo câmbio do dia da emissão das faturas (importâncias a receber) e do efetivo pagamento (importâncias já recebidas), respectivamente, e, a partir de então, serão acrescidos de correção monetária. A variação do câmbio, por óbvio, incidirá sobre a sucumbência que terá de suportar, mas também sobre os

créditos que tem a receber, não havendo sustentáculo apto a determinar qualquer mudança na sentença, já que foi confirmada pelo acolhimento parcial dos embargos declaratórios, na parte onde diz: “no tocante à sucumbência da comissão (item 2 às fls. 387), a fórmula a ser observada para o cálculo levará em consideração o critério de cálculo do crédito do autor” (fls. 396).

No mais, o julgado imprimiu a solução adequada e deve ser mantido.

### III — Decisão

Pelo exposto, a Câmara, em votação unânime, rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva, negou provimento ao recurso da ré e proveu parcialmente o do autor, a fim de reduzir os honorários do advogado da parte adversa para o percentual de 10% (dez por cento), que incidirão sobre a parte do pedido do qual decaiu, mantendo-se os demais consectários da sentença.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino.

Florianópolis, 30 de novembro de 1999.

*Eder Graf,*  
*Presidente com voto;*  
*Cláudio Barreto Dutra,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 98.007653-6, DA CAPITAL****Relator: Des. Sérgio Paladino**

*Alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão convertida em ação de depósito. Pessoa jurídica. Ilegitimidade passiva ad causam decretada pela sentença que extinguiu o processo, sem apreciação do mérito. Encargos e responsabilidades de fiel depositário impostos ao representante legal da empresa. Recurso provido para anular a sentença e determinar o prosseguimento do processo.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.007653-6, da comarca da Capital (3ª Vara), em que é apelante Amauri Administradora de Consórcios S/C Ltda. e apelados Araújo Construções Ltda. e outros:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Amauri Administradora de Consórcios S/C Ltda. intentou ação de busca e apreensão, fundada no Decreto-Lei n. 911/69, contra Araújo Construções Ltda., Vilmar José de Araújo e Maria de Fátima Luiz de Araújo, alegando, em suma, que os requeridos adquiriram, no dia 20/6/90, uma cota de consórcio do grupo CAM006, n. 039, tendo recebido na mesma data, por força de contrato de alienação fiduciária, um caminhão marca Volkswagen, modelo 13130, cor amarela, chassi n. VO21743.

Diante da inadimplência dos devedores, postulou a concessão da medida initio litis e a procedência do pedido com todos os seus consectários.

Deferida a liminar, os requeridos opuseram exceção de incompetência, ao argumento de que tramita perante a 2ª Vara Cível da mesma comarca ação que denominou de sustação de protesto cambial, devolução de veículo e restituição de parcelas já pagas, além da ação principal.

Na seqüência, ofereceram resposta, sustentando, em síntese, a carência de ação e a litigância de má-fé diante da caução prestada na ação por eles intentada.

Como o mandado de busca e apreensão liminar não houvesse sido cumprido, porque não encontrado o caminhão em poder dos réus, o autor postulou a conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito, pleito que restou acolhido.

Contestando a ação de depósito os requeridos argüiram, preliminarmente, a continência e a litispendência do pedido. No mérito, reiteraram todos os argumentos utilizados nos processos por eles desencadeados.

Replicou o autor e apresentou documentos.

Sentenciando, o Dr. Juiz a quo reconheceu a ilegitimidade passiva dos réus e julgou extinto o processo, sem apreciação do mérito.



Inconformado, apelou o vencido, arguindo a nulidade da sentença, à consideração de que tanto a doutrina quanto a jurisprudência consagraram entendimento consoante o qual o representante legal da pessoa jurídica tem legitimidade passiva para a ação de busca e apreensão convertida em depósito.

Sem contra-razões, ascenderam os autos a este Grau de Jurisdição.

É o relatório.

A questão, reconhece-se, é deveras polêmica, quer na doutrina, quer na jurisprudência. Todavia, mister que se a solucione no cumprimento do ofício jurisdicional.

Invocando o escólio de Pontes de Miranda, Ernane Fidelis dos Santos elucida o assunto, nestes termos:

“Se o depositário é pessoa jurídica, a pena há de ser cominada a quem for o representante dela em Juízo. Trata-se de efeito de pretensão civil e não criminal, de modo que o argumento da personalidade não cabe. O princípio de que a pena não passa da pessoa do delinqüente é de direito penal e não civil’.

“Tal dúvida, realmente, parece que vai ficar no passado, prevalecendo, com toda a sua força, o ensinamento de Pontes de Miranda. Na realidade, a (sic) contrário do que entendia Sebastião de Souza, a pena de prisão nunca foi da essência da ação de depósito. O Código de 1973 assim o entendeu e até a tornou facultativa (§ 1º do art. 902). Não se pode, por outro lado, ignorar outros importantes efeitos que decorrem da ação de depósito, como se verifica, por exemplo, agora, no art. 906 do Código de Processo Ci-

vil, a que a pessoa jurídica, logicamente, está sujeita.

“Mas, o que ocorre, na verdade, é que a solução preconizada por Pontes de Miranda sempre foi a correta. Os administradores das pessoas jurídicas sofrem todos os efeitos da ação de depósito, porquanto não se pode confundir efeitos decorrentes da própria compleição das sociedades, sejam elas da espécie que for, com a responsabilidade decorrente da lei, atingindo a pessoas outras que não a pessoa jurídica. E, tais efeitos, embora se revelem através da ação de depósito, são, realmente, de direito material, já que eles se estabelecem por determinação legal de responsabilidade. Isto equivale a dizer que a responsabilidade dos administradores da pessoa jurídica não existe em razão de sua posição de sócio ou até de administrador como tal, posição genericamente considerada. Mas, sim, porque a lei os considera responsáveis pelo depósito, nada mais. Responsabilidade, aliás, que não fica apenas na órbita da prisão civil, conforme se verá em comentários ao art. 906.

“Conclui-se, pois, que a pessoa jurídica pode perfeitamente ser parte passiva da ação para devolução de coisa depositada e sujeita a todas as conseqüências previstas, inclusive à medida coercitiva de prisão. Tal medida há de se (sic) recair sobre o representante legal respectivo que tenha agido pela representada no contrato ou tenha em substituição se tornado o representante” (Dos Procedimentos Especiais do Código de Processo Civil, vol. VI, Rio de Janeiro, Forense, 1999, págs. 51/52).



Nesse rumo, assentou esta Câmara:

“Alienação fiduciária em garantia. Busca e apreensão convertida em ação de depósito. Financiamento para obtenção de capital de giro com taxa variável. Depositário. Pessoa jurídica. Benefício da assistência judiciária. Pedido julgado procedente. Sentença parcialmente reformada.

— É entendimento jurisprudencial que ao representante legal (ou aos representantes legais) de pessoa jurídica é que cabe fazer a restituição do bem depositado (in RTJ, vol. 79, págs. 846 a 852)” (Ap. Cív. n. 38.830, de São José, rel. Des. Wilson Guarany).

Destarte, exsurgindo dos autos que a empresa foi devidamente representada pelo Sr. Vilmar José

de Araújo (fls. 79v. e 83) a este impostsos os encargos e responsabilidades de fiel depositário diante da cláusula quarta do contrato de fls. 5, não se pode falar em ilegitimidade passiva ad causam.

Ante o exposto, deu-se provimento ao recurso para anular a sentença e determinar o prosseguimento do processo até seus ulteriores termos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Silveira Lenzi.

Florianópolis, 26 de outubro de 1999.

*Eder Graf,*

*Presidente com voto;*

*Sérgio Paladino,*

*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 99.009436-7, DE SEARA**

**Relator: Des. Sérgio Paladino**

*Embargos à execução. Contrato de abertura de crédito fixo. Demonstrativo discriminado da evolução da dívida incompleto. Extinção do processo, sem que se ensejasse ao credor oportunidade para sanar a irregularidade. Falta que pode ser sanada, a teor do preceituado no art. 616 do CPC. Recurso provido para anular a sentença e ordenar ao juiz que permita ao credor o suprimento.*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por maioria de votos, dar provimento ao recurso.

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.009436-7, da comarca de Seara, em que é apelante o Banco do Estado de Santa Catarina S/A – Besc, e apelados João Luiz Leite ME e Idacir Ângelo Finger:*

Custas na forma da lei.

Inconformado com a prestação jurisdicional entregue nos autos dos embargos do devedor opostos por João Luiz Leite ME e Idacir Ângelo

Finger à execução que contra eles intentou, a qual extinguiu o processo, à consideração de que não aparelhada, o Banco do Estado de Santa Catarina S/A — Besc apelou, pretendendo a sua reforma.

Postula a anulação da sentença, ao argumento de que a extinção do processo em razão da ausência do demonstrativo atualizado do débito só poderia ter ocorrido após a intimação do exequente para sanar a irregularidade.

Com as contra-razões, ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

Assiste razão ao apelante. Com efeito, a Lei n. 8.898/94, eliminando a liquidação por cálculo, impõe ao credor o ônus de apresentar a memória discriminada e atualizada do quantum debeat até a data do desencadeamento da execução, documento indispensável à luz do preceituado no art. 614, II, do CPC.

Por outro vértice, estatui o art. 616 do Código de Processo Civil, verbis:

“Verificando o juiz que a petição inicial está incompleta, ou não se acha acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da execução, determinará que o credor a corrija, no prazo de dez dias, sob pena de ser indeferida”.

Nesse rumo, verificada a ausência do demonstrativo, cuja elaboração deve observar as diretrizes traçadas pelo aludido art. 614, II, do estatuto processual, incumbia ao Dr. Juiz a quo determinar a intimação do credor para sanar a irregularidade, e não extinguir o processo sem ensejar

oportunidade ao credor para providenciá-lo.

A propósito, veja-se a lição do festejado jurista J. J. Calmon de Passos:

“A falta de juntada desse demonstrativo importa indeferimento? Inclino-me pela resposta negativa. É sanável a falta e deve o juiz marcar prazo para que o autor corrija a irregularidade. Persistindo, impõe-se o indeferimento da inicial. Caso passe despercebida ao juiz a irregularidade, citado o réu, pode ele objetar, independentemente de seguro o juízo, pois a matéria escapa ao objeto dos embargos do devedor, dizendo respeito à relação processual da execução, denunciando a irregularidade, para que seja corrigida, só após o que ocorrerá seu prazo para pagar ou nomear bens a penhora” (Inovações no Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1995, págs. 136/137).

Ante o exposto, deu-se provimento ao recurso para anular a sentença e determinar ao Dr. Juiz de Direito que faculte ao credor o suprimento da falha, a teor do preceituado no art. 616 do Código de Processo Civil.

Participou do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Silveira Lenzi.

Florianópolis, 14 de dezembro de 1999.

*Eder Graf,*

*Presidente com voto;*

*Sérgio Paladino,*

*Relator.*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Silveira Lenzi:

Dissenti do posicionamento da douta maioria e fiquei vencido, pois após a citação e a interposição de embargos à execução não é mais possível a providência prevista no art.616 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido destaco os seguintes julgados: Ap. Cív. n.

98.011357-1, de São José, Des. Newton Trisotto; e Ap. Cív. n. 98.005946-1, de Chapecó, relatada pelo subscritor deste.

*Silveira Lenzi.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.007856-3, DE LAGUNA**

**Relator: Des. Solon d'Eça Neves**

*Apelação cível — Ação de dissolução de sociedade de fato c/c alimentos — Pedido inacolhido em Primeiro Grau — União findada antes da vigência da Lei n. 9.278/96 — Aplicabilidade das disposições contidas na Lei n. 8.971/94 — Acervo probatório apontando para o cumprimento do interregno previsto na mencionada lei — Inafastabilidade do reconhecimento da união concubinária — Cooperação indireta na formação do patrimônio — Resguardo do direito à partilha dos bens angariados pelo casal — Provimento parcial do recurso.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.007856-3, da comarca de Laguna (2ª Vara/Fazenda Pública), em que é apelante C. M., sendo apelado o espólio de G. T.:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Custas na forma da lei.

C. M. aforou ação de dissolução de sociedade de fato c/c alimentos contra G. T., alegando, em síntese, que manteve com o requerido relação concubinária desde fins do

ano de 1989, perdurando tal união por mais de cinco anos.

Alega que na constância da sociedade conjugal, com esforço e trabalho de ambos, o casal adquiriu diversos bens, razão pela qual pleiteou a dissolução da sociedade de fato, com a conseqüente partilha dos bens descritos na exordial, bem como a fixação de alimentos provisórios na base de 20 salários mínimos.

O pedido de alimentos provisórios restou indeferido, tendo a autora aditado a inicial.

Citado, o requerido apresentou resposta em forma de contestação, re-

conhecendo o relacionamento, sustentando contudo que passaram a viver juntos no ano de 1991 até 1993.

Sustenta, ainda, que alguns dos bens relacionados na exordial não lhe pertencem, e que os demais foram adquiridos antes do início do relacionamento. Requereu, afinal, a improcedência da ação.

Houve réplica (fls. 113/115).

Designada a audiência, habilitou-se o espólio, em face do falecimento do requerido (fls. 129/132). Após a instrução do feito, as partes ofertaram suas alegações derradeiras.

Sentenciando, o ilustre Magistrado julgou improcedente a demanda alegando que a autora não comprovou a convivência com o requerido por mais de cinco anos, nem a necessidade de alimentos nem a sua contribuição na aquisição dos bens.

Inconformada, apelou a requerente objetivando a reforma da sentença, ao argumento de que existem provas nos autos a demonstrar que conviveu com o de cujus por cinco anos, bem como comprovou sua contribuição para a aquisição dos bens.

Não houve contra-razões.

Com a manifestação do Ministério Público de Primeiro Grau, subiram os autos a esta Instância, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinado pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

A sentença prolatada está a merecer reparo.

Do cotejo dos autos, inexoravelmente extrai-se que a convivência em epígrafe ultrapassou o prazo de

cinco anos, ao revés do que afirmou o apelado.

Prima facie, importante gizar que quando do desencadeamento da demanda, em 15/5/95, a autora afirmou que a relação teve início em 1991 — o que implicaria no descumprimento do interregno de cinco anos — para, ao depois, em emenda à inicial, aduzir que o concubinato iniciou, de fato, no ano de 1989 (fls. 25).

Na mesma data da propositura da demanda a apelante também protocolou medida cautelar inominada, na qual figuram as mesmas partes, aduzindo neste petitório que “a requerente viveu em regime de concubinato com o requerido por mais de seis anos...”.

Constata-se, dessa feita, que realmente ocorreu o aventado erro de digitação, perdurando a relação por mais de cinco anos.

A mesma ilação se depreende do cartão encartado as fls. 10 que o apelado remeteu à apelada do qual se extrai que a união concubinária é muito anterior (598 dias) à sua datação (24/4/91), corroborando o retroexpendido.

Também, em reforço ao acervo probatório que aponta a existência da união em exame, tem-se comprovada a existência de conta conjunta entre as partes, bem como as fotos acostadas denunciam sobejamente a relação familiar que se procura, sem sucesso, descaracterizar.

Ora, dos depoimentos prestados em Juízo, principalmente aqueles colhidos da lide cautelar, como bem assentou o ilustre Promotor de Justiça, nos mostram que “a prova material produzida pela requerente, em con-

sonância com prova testemunhal, traduz certeza da existência da sociedade conjugal havida desde 1989, apresentado-se à sociedade como se legitimamente casados fossem, desempenhando, a autora, o papel de companheira do réu" (fls. 182).

Apenas para ilustrar, vale trazer a lume excerto dos depoimentos das testemunhas ou informantes prestados no bojo do processo cautelar, em harmonia com o esposado pela apelante:

"que conhece o requerido desde o ano novo de 1990, quando foi apresentado 'como companheiro' da requerente, e que autora e requerido moravam juntos na cidade de Porto Alegre..." (fls. 10).

"que a depoente, por comentários, sabe que as partes conviveram juntos a seis anos" (fls. 11).

"que requerente e requerido conviveram desde 1990, na passagem do ano de 89 para 90; que nesta época residiam em Porto Alegre..." (fls. 12).

"que a depoente conhece autora e réu, sabendo que ambos conheceram-se em 1989 e já no início de 90 começaram a morar juntos..." (fls. 13).

Inexoravelmente, verifica-se, pelo arcabouço probatório, a existência da união concubinária por período superior a cinco anos.

Importante frisar que dita união teve seu término em 1995, de consequente, inaplicável a normativa contida na Lei n. 9.278/96, pelo que se impõe a sua análise de acordo com o teor da Lei n. 8.971/94.

Tal assertiva é feita não obstante a tese esposada por Belmiro Pe-

dro Welter de que "as Leis da união estável, notadamente também o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, devem ser aplicados a todos os processos pendentes, desde que não tenha havido a coisa julgada material, envelopando, portanto, os processos pendentes de recurso".

Entretanto, melhor razão assiste a Francisco José Cahali quando afirma:

"Ao lado da aplicação imediata da norma, ressalva-se em nosso ordenamento civil e a sua irretroatividade, no sentido de que a lei nova não pode ser aplicada às situações jurídicas pretéritas, já encerradas, com os seus efeitos jurídicos produzidos à luz do sistema vigente.

"(...) Assim, a Lei n. 8.971/94 aplica-se às uniões estáveis existentes quando da sua vigência, ainda que iniciada a convivência anteriormente, mas não atinge as relações extintas até 29 de dezembro de 1994..." (in União Estável e Alimentos Entre Companheiros, pág. 158).

Mutatis mutandis, o mesmo se diga com relação à Lei n. 9.278/96 e a sua aplicabilidade.

Acerca da partilha dos bens decorrente da dissolução da sociedade concubinária, Belmiro Pedro Welter, registra:

"A impressão que se extrai do artigo 3º da Lei n. 8.971/94 é a de que este dispositivo legal somente é aplicável após a morte de um convivente, pelo que descaberia a partilha dos bens quando a dissolução da união estável ocorrer em vida" (Estatuto da União Estável, Porto Alegre, Ed. Síntese, 1999, pág. 240).

Contudo, como conclui o autor, a sobredita norma também contempla a divisão do patrimônio comum em vida, porquanto sob a alusão a direito sucessório não se pode olvidar que o artigo 3º trata, na realidade, da meação da companheira e não de sucessão, e, uma vez assegurada a meação em caso de óbito do companheiro, inafastável se mostra o mesmo direito quando o desfazimento da união se der por outro motivo, v. g. o caso dos autos.

Mais adiante complementa:

“A doutrina e a jurisprudência, antes do advento das Leis dos conviventes, divergiam quanto à concessão do direito à meação dos bens, na hipótese de contribuição indireta. Os que a aceitavam diziam que a contribuição ‘indireta, ainda que eventualmente restrita ao trabalho doméstico, poderá ser o bastante’.

“Esse é também o entendimento sufragado pelo Tribunal de Justiça do RS, pois ‘comprovada a união estável, faz jus a companheira à meação dos bens amealhados no período de convivência, pouco importando a natureza da atividade por esta desenvolvida’.

“Discordamos frontalmente dos que reclamam contribuição direta para dividir o patrimônio amealhado durante a entidade familiar, porque a união estável é prova *in re ipsa* do direito à meação (e não apenas fração) dos bens colhidos, desnecessitando qualquer prova da contribuição dos conviventes.

“Conseqüentemente, a expressão utilizada pelo artigo 3º da Lei n. 8.971/94 [resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) compa-

nheiro(a)] deve ser entendida como a simples existência da união estável, já que se presume que no casamento e na união estável as atividades de coabitação, fidelidade recíproca, vida em comum (no domicílio conjugal), mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, exigem colaboração mútua.

“É certo que habita no Supremo Tribunal Federal o verbete n. 380, com o seguinte enunciado: ‘Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum’ (destacamos).

“Esta Súmula, porém, não é mais aplicável à união estável, seja porque as Leis foram editadas posteriormente, seja porque não se perquire, dos conviventes, se desenvolveram esforço comum na aquisição do patrimônio, na medida em que, conforme acima afirmado, a comprovação da união estável é a prova *in re ipsa* da contribuição comum, até porque no casamento não se exige o esforço comum para ter direito à meação dos bens. Então, não sendo necessária a função lucrativa aos casados, não se pode exigir esse encargo dos conviventes, tendo em vista a equiparação da união estável ao casamento” (op. cit. pág. 245).

E traz, o referido doutrinador, um julgado do acervo gaúcho para confortar o seu posicionamento:

“A união concubinária até bem pouco tempo, só gerava relações de caráter obrigacional e não familiar (Súmula 380 do STF), mas a nova Carta Política elevou-a à categoria de ‘entidade familiar’ (art. 226, §§ 3º e 4º,

da CF), cuja dissolução importa na partilha dos bens. Por esta nova concepção, a partilha não terá causa, apenas no fator 'aquisição', mas, também, na tarefa da manutenção e conservação do patrimônio, pelo esforço comum" (TJRS, rel. Des. Clarindo Favretto, in RJTJRS 149/595, j. em 21/6/90).

Finalizando, o mencionado escritor conclui que na esteira deste entendimento doutrinário e jurisprudencial é que foi redigido o art. 5º da Lei n. 9.278/96 que traz em seu bojo a presunção de que "os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito".

De outra banda, anota Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

"A respeito do tema, a jurisprudência nunca demonstrou uniformidade de entendimento, sendo certo que inicialmente a orientação foi a de exigir a efetiva contribuição econômico-financeira de ambos os companheiros para reconhecer o esforço comum e, conseqüentemente, a sociedade de fato, com partilha de bens no caso de dissolução.

"...A doutrina mais recente se posiciona no sentido de admitir a contribuição indireta. Há, ainda, aqueles que defendem, no companheirismo, a existência de efeitos no patrimônio adquirido por um dos companheiros em favor do outro pelo simples convívio.

"Álvaro Villaça Azevedo, ao cuidar do tema, após mencionar posição dos tribunais no sentido de exigir a prova da colaboração econômica ou financeira para a formação da sociedade de fato, assim se manifesta: 'Em que pese esse posicionamento de torrencial jurisprudência, entendo que, sendo o concubinato puro, união estável, basta a convivência concubinária para que seja de admitir-se o condomínio. Neste caso, deve presumir-se o esforço comum dos concubinos, pois não se uniram eles sob mera sociedade de fato, em qualquer empresa em que se vislumbre interesse meramente econômico, mas com o propósito de constituírem família (...) Mas esse apoio à relação concubinária pura, que pretendo, deve ser retirado quanto ao concubinato impuro ou desleal; nesse caso deve ser exigida prova da aquisição patrimonial'.

"Quanto aos modos de contribuição, merece destaque a lição de Adahyl Lourenço Dias:

'A formação patrimonial da união concubinária, tanto se opera com o produto material empregado pelo companheiro comprador, como concomitantemente pela companheira, que o auxiliou nos esforços e trabalhos domésticos, no lar ou fora dele"' (O Companheirismo, Uma Espécie de Família, São Paulo, Ed. Revista do Tribunais, 1998, pág. 268).

E mais adiante:

"Urge salientar que com o advento das Leis ns. 8.971/94 e 9.278/96, novas perspectivas surgiram no tocante à construção patrimonial na sociedade mantida entre companheiros, o que será analisado em tópico próprio. Finalmente: a Súmula



380 do Supremo Tribunal Federal ainda é perfeitamente aplicável em relação às outras espécies de uniões informais, que não se encaixem na noção de companheirismo..." (op. cit., pág. 273).

Em comentário à Lei n. 8.971/94, mais precisamente acerca do seu artigo 3º, menciona em sua obra a ensinância de Leoni Lopes de Oliveira: "com a vigência da Lei n. 8.971/94, o critério da efetiva participação deverá ser substituído pelo da meação (...) Em que pese tal norma estar destinada ao direito sucessório, acreditamos que deverá ela ser aplicada, por analogia, às ações que visem à partilha dos bens dos concubinos (união estável). Tudo leva a crer que o legislador considera a concubina como meeira dos bens adquiridos na constância do concubinato. De fato, só em relação a estes bens se dá a meação entre concubinos, como se verifica do texto do art. 3º da Lei n. 8.971/94".

Para em seqüência se posicionar:

"Inicialmente cabe deixar assentado que a regra estatuída no art. 3º da Lei n. 8.971/94 não instituiu os companheiros meeiros, mas sim previu que o patrimônio adquirido na constância da sociedade dos companheiros, desde que com o produto da atividade do companheiro que contou com a colaboração do seu consorte, será dividido em partes iguais, não tendo ocorrido a equiparação entre os companheiros e os casados sob o regime da comunhão parcial de bens.

"...Álvaro Villaça Azevedo, ao analisar o dispositivo mencionado, comenta: 'o art. 3º da lei, sob foco, em caso de sucessão por morte, concede

direito à metade dos bens adquiridos pelos concubinos, ao sobrevivente, quando este patrimônio resultar de atividade em que haja colaboração deste último. Cuida-se, neste caso, portanto, de meação e não de herança'.

"...Carlos Alberto Menezes Direito, ao cuidar do conceito de 'bens que resultarem de atividade em que haja colaboração', afirma: 'Não se cuida aqui de buscar um conceito econômico, quantitativo, sob pena de repetir-se a mesma falácia da divisão patrimonial ao tempo em que se aplicava a doutrina da sociedade de fato. A prova da colaboração é a evidência de haver a companheira, ou companheiro, participado, efetivamente, da vida comum, apoiando afetiva e moralmente o autor da herança, seja com a manutenção da vida doméstica, seja na solidariedade em horas difíceis, seja na educação da prole, se houver'.

"...Portanto, a despeito do dispositivo ser omissivo a respeito dos casos de dissolução do companheirismo em vida, deve-se adotar a analogia para também considerar os efeitos do artigo 3º da Lei n. 8.971/94" (op. cit., págs. 284 a 289).

De qualquer sorte, como no caso dos autos deflui nítida a participação da companheira na aquisição do patrimônio comum, mesmo que indiretamente, nos afazeres do lar, na manutenção da casa e no apoio ao companheiro, impositiva se mostra a partilha dos bens adquiridos no interregno do concubinato.

Nesse passo, oportuna é a observação do representante do Parquet:.

"Embora, pouco tempo tenha a autora trabalhado em serviços exter-



nos, prestou os serviços domésticos no período de convivência more uxorio, posto que o requerido não apresentava condições físicas para tal (possuía braço imobilizado)" (fls. 183).

A jurisprudência não destoa, apontando para a necessidade da repartição dos bens angariados pelo casal:

"Provada a existência de concubinato e a efetiva participação da mulher na formação do patrimônio do companheiro, ainda que de forma indireta, reconhecível é o direito daquela à partilha dos bens, ao se dissolver a sociedade de fato" (TAMG, Ap. n. 104.927-4, j. em 18/2/91, rel. Juiz Herculano Rodrigues).

"Partilha de bens adquiridos durante a convivência. Mulher que se dedica exclusivamente ao lar. Irrelevância. Esforços comuns na formação do patrimônio. Procedência" (TJPR, Ap. n. 11.284-3, rel. Des. Nunes do Nascimento).

"União estável. Interpretação do § 3º do art. 226 da CF de 1988. O que se tratava como sociedade concubinária, produzindo efeitos patrimoniais, com lastro na disciplina das sociedades de fato, do Código Civil, passa ao patamar da união estável, reconhecida constitucionalmente como entidade familiar. Como tal, gozando da proteção do Estado, está legitimada para os efeitos da incidência das regras do Direito de Família, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento. Provada a união estável pela longa convivência comum é cabível a meação dos bens adquiridos na constância desta" (TJRJ, Ap. n. 3600/88, j. em 2/5/89, rel. Des. Carlos Alberto Menezes Direito).

"Concubinato. Conceito. Efeitos jurídicos. Regime de bens. Ao concubinato more uxorio podem ser atribuídos todos os efeitos do casamento, desde que não firam direitos de terceiros. O regime será o de comunhão parcial, não tendo mais aplicação a Súmula 380 do STF após a vigência da CF de 1988, pois dispensado o esforço comum na amealhação do patrimônio" (TJRS, Ap. n. 594083826, j. em 21/12/94, rel. Des. Paulo Heerd).

Em nossa Câmara já se decidiu:

"Concubinato — Dissolução — Partilha de bens — Patrimônio adquirido na constância da vida more uxorio — Labor doméstico — Estímulo ao companheiro — Cooperação indireta na formação da sociedade de fato — Direito à meação — Apelo desprovido. O trabalho desenvolvido no lar pela concubina, propiciando tranqüilidade e alento ao companheiro para os seus negócios, autoriza, em caso de dissolução da sociedade de fato, a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum" (Ap. Cív. n. 41.387, rel. Des. Alcides Aguiar).

Destarte, faz jus a apelante à metade dos bens comprovadamente amealhados pelo casal; insta ressaltar o imóvel e a linha telefônica, porquanto adquiridos no ano de 1994, como atestam os documentos de fls. 8 e 65, respectivamente.

No tocante aos alimentos, a concubina deixou de comprovar a sua necessidade, bem como, verificando-se o óbito do réu, denota-se que, neste ponto, andou bem o Magistrado negando, pois, os alimentos pretendidos.

Pelas razões expendidas, em consonância com as lições doutrinárias e jurisprudenciais colacionadas, dá-se provimento parcial ao recurso ofertado.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Jus-

tiça, o Exmo. Sr. Dr. Átilla Antônio Rothsahl.

Florianópolis, 25 de novembro de 1999.

*João José Schaefer,*  
*Presidente com voto;*  
*Solon d'Eça Neves,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.009455-0, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Solon d'Eça Neves**

*Apelação cível — Compra e venda de imóvel — Apresentação de contestação sem o respectivo instrumento de mandato do advogado — Peça reputada inexistente — Pluralidade de réus — Defesa apresentada por um deles — Incidência do artigo 320, I, do CPC — Não ocorrência dos efeitos da revelia.*

*Sócio-gerente da empresa construtora que responsabilizou-se pessoalmente, caso a obra não fosse entregue — Ilegitimidade passiva ad causam configurada, tendo em vista que a causa de pedir refere-se à diminuição da área total pactuada do apartamento e ao atraso na sua conclusão.*

*Obrigações na entrega de apartamento e respectiva garagem não previstos em contrato — Transferência da obrigação de construir para terceira empresa — Desobrigação desta no pagamento da cláusula penal anteriormente acordada — Cláusula nula — Incidência do artigo 51, III, do Código de Defesa do Consumidor — Ônus de sucumbência — Aplicação do artigo 21, parágrafo único, do CPC — Recurso parcialmente provido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.009455-0, da comarca da Capital (Unidade de Justiça Intensiva — UJI), em que é apelante Maura Cassiano, sendo apelados Civil Construções e Incorporações Vitorino Ltda. e outros:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Custas na forma da lei.

Maura Cassiano ajuizou ação ordinária de cumprimento de obrigação contratual cumulada com perdas

e danos contra Civil Construções e Incorporações Vitorino Ltda., Maurli Vitorino e Zacal Construções e Incorporações Ltda., alegando que celebrou com a primeira requerida contrato de compra e venda, por meio do qual ficou acertado que venderia um terreno situado na Rua São José, no bairro Estreito, e, em troca, receberia um apartamento e respectiva garagem, com aproximadamente 110m<sup>2</sup>, a ser construído no imóvel supramencionado. Que como complemento do preço de referida transação deu também outro apartamento n. 304, localizado na Rua Henrique Boiteux, bloco B, conjunto Barriga Verde, também no bairro Estreito, e a importância de NCr\$ 3.000,00, no ato da assinatura do contrato, em 10/6/89.

Disse, ainda, que ficou estipulado um prazo de 12 (doze) meses para que a ré entregasse o imóvel, contados a partir da data da aprovação dos respectivos projetos ou, alternativamente, de 6 (seis) meses, contados da assinatura do instrumento, prevalecendo o termo que ocorresse antes.

No entanto, vencido o prazo em 10/12/90, o apartamento não foi entregue, tendo então que locar outro imóvel para sua moradia. Em 27/3/92, anuiu com a transferência da obrigação da primeira ré para Zacal Construções e Incorporações Ltda.

Concluída a obra fora do prazo estipulado no termo de anuência, a autora foi residir no imóvel, momento em que verificou que este não possuía a área a que se comprometeram os requeridos, tampouco a vaga de garagem a que fazia jus.

Requeru, por fim, que lhe seja entregue a vaga de garagem pactua-

da; um apartamento com a área estipulada no contrato (aproximadamente 110m<sup>2</sup>); o pagamento da cláusula penal pactuada entre as partes, além das perdas e danos decorrentes do pagamento de aluguel durante o período de atraso na entrega da obra.

Regularmente citados, todos os réus contestaram, sendo que Civil Construções e Incorporações Vitorino Ltda. e Maurli Vitorino levantaram a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam do segundo, em razão de ter firmado o contrato somente na qualidade de representante legal do primeiro. No mérito, refutaram toda a matéria da inicial, sob o fundamento de que todas as obrigações assumidas foram cumpridas no prazo pactuado.

Em sua resposta, Zacal Construções e Incorporações Ltda. também arguiu sua ilegitimidade passiva ad causam, por não ter firmado a primeira avença com a autora. No mérito, explanou que adimpliu todas as obrigações que expressamente assumiu.

A prova pericial requerida não foi produzida, ante o não pagamento dos honorários do perito judicial nomeado.

Após a audiência de instrução, em que foram ouvidos a autora e 2 (duas) testemunhas, as partes apresentaram suas alegações finais, quando então o juiz a quo proferiu sentença, julgando, quanto ao réu Maurli Vitorino, extinto o processo sem julgamento de mérito ante a sua ilegitimidade passiva ad causam, condenando a autora ao pagamento de R\$ 500,00, a título de honorários advocatícios. Quanto à ré Civil Construções e Incorporações Vitorino Ltda., julgou parcialmente procedente o pedido, condenando-a

ao pagamento da cláusula penal estipulada, deduzido o valor já pago quando da assinatura do termo aditivo. Todavia, condenou a autora ao pagamento de R\$ 700,00 de honorários advocatícios. Com relação à ré Zacal Construções e Incorporações Ltda., julgou improcedente o pedido, condenando a autora ao pagamento de R\$ 700,00, como verba honorária.

Irresignada, a autora apelou, alegando que deve ser declarada à revelia dos réus Civil Construções e Incorporações Vitorino Ltda. e Maurli Vitorino, porquanto suas contestações foram apresentadas por procurador sem habilitação nos autos. Diz, ainda, que não há falar em ilegitimidade do apelado Maurli Vitorino, pois, a teor da cláusula oitava do contrato firmado, obrigou-se pessoal e solidariamente com eventual inadimplemento contratual. Aduz, também, que ficou sobejamente provado que a obrigação dos apelados era na entrega de um imóvel com 110m<sup>2</sup>, correspondente à soma da área do apartamento (92m<sup>2</sup>) e da garagem (12m<sup>2</sup>) e que a apelada Zacal Construções e Incorporações Ltda. deve, também, responsabilizar-se por todas as obrigações inadimplidas. Termina pedindo a reforma do ônus de sucumbência fixado.

Rebatido o feito somente por Civil Construções e Incorporações Vitorino Ltda., os autos ascenderam a esta Superior Instância.

É o relatório.

Realmente, a contestação apresentada pelos apelados Civil Construções e Incorporações Vitorino Ltda. e Maurli Vitorino (fls. 38/41) deve ser reputada como inexistente.

O Código de Processo Civil é específico, quando trata do assunto:

“Art. 37. Sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido a procurar em Juízo. Poderá, todavia, em nome da parte, intentar ação, a fim de evitar decadência ou prescrição, bem como intervir, no processo, para praticar atos reputados urgentes. Nestes casos, o advogado se obrigará, independentemente de caução, a exibir o instrumento de mandato no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável até outros 15 (quinze), por despacho do juiz”.

Poderia ser suprida esta falha, caso fossem juntadas as peças faltantes nos 15 (quinze) dias posteriores à apresentação da contestação, no entanto, com a protocolização desta em 15/8/94 (fls. 38, verso), o advogado subscritor somente juntou os respectivos instrumentos de mandato em 3/12/96 (fls. 104, verso) e em 25/6/98 (fls. 139).

E o parágrafo único do artigo supra-referido determina o efeito gerado por esta falha:

“Parágrafo único. Os atos, não ratificados no prazo, serão havidos por inexistentes, respondendo o advogado por despesas e perdas e danos”.

Contudo, mesmo tendo-se como inexistente a contestação destes dois apelados, não se pode ter como verdadeiros os fatos alegados pela apelante na inicial (art. 319 do CPC), como pretende esta, porquanto a terceira recorrida Zacal Construções e Incorporações Ltda. apresentou tempestivamente sua resposta, juntamente com a procuração outorgando poderes a seu advogado. E a teor do artigo 320, I, do Codex instrumental:

“Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente:

“I — se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação”.

Sobre a ilegitimidade passiva ad causam de Maurli Vitorino, entendeu o Juiz a quo por excluí-lo da lide, porque somente se responsabilizou por eventual indenização, caso o edifício construído no terreno da apelação não fosse concluído.

Já a recorrente afirma que Maurli Vitorino responsabilizou-se solidariamente por todas as obrigações assumidas pela empresa Civil Construções e Incorporações Vitorino Ltda., da qual é sócio-gerente.

No primeiro contrato firmado entre as partes, anexado às fls. 10/14, consta na cláusula oitava:

“Se a promitente compradora se houver em dificuldades financeiras, demonstrando insolvência ou vier a falir; se por estas ou quaisquer outras razões não concluir o empreendimento que pretende sobre o terreno descrito na cláusula primeira, os atuais sócios da promitente compradora responderão particularmente e com seus bens pessoais, pelo pagamento da indenização, cujo valor será encontrado consoante o previsto na cláusula sétima” (fls. 12).

Assim, percebe-se que o Magistrado de Primeiro Grau agiu com acerto, pois a pretensão indenizatória da apelante tem como causa de pedir a diminuição da área total pactuada do apartamento e o atraso na sua conclusão, fatos estes que não englobam a responsabilidade solidária que o apelado Maurli Vitorino expressamente firmou.

Pretende, ainda, que seja reformada a sentença na parte que lhe negou o direito de receber um apartamento com 110m<sup>2</sup>, incluída, aí, uma vaga de garagem, em razão de ter ficado sobejamente demonstrado nos autos que foi este o sentido que quis ser dado à cláusula terceira do contrato.

Razão não lhe assiste.

Os apelados efetivamente entregaram um apartamento com área total superior (125,9163m<sup>2</sup>) àquela convencionada (110m<sup>2</sup>). E na cláusula terceira (fls. 11) ficou expressamente disposto que: “cabendo à promitente compradora, em troca, pelos imóveis e valores, acima recebidos, dar, devidamente quitado, livre de quaisquer ônus e desembaraçado, 1 (um) apartamento, localizado no Edifício Dona Dolores, medindo, aproximadamente, 110m<sup>2</sup> (cento e dez metros quadrados) de área, a ser construído no terreno acima descrito, ora transacionado (...)” (grifo nosso).

Ou seja, não há qualquer estipulação que obrigasse os apelados a dar um imóvel, cuja área aproximada de 110m<sup>2</sup> englobasse aquela referente a uma garagem.

Tal fato, inclusive, é ratificado no instrumento que transferiu a obrigação de construir para a apelada Zaccal Construção e Incorporação Ltda., onde consta às fls. 19:

“A promitente compradora se compromete ao término da obra entregar a anuente o apartamento de n. 201, conforme o projeto aprovado, livre e desembaraçado de qualquer ônus, conforme o compromisso anterior entre vendedor e anuente”.

E não se pode extrair outro sentido do depoimento de Isabel Sommer (fls. 93), que não presenciou quando as partes firmaram o contrato, tampouco leu seu conteúdo, antes ou depois de fechado.

Saliente-se, quanto a este item ainda, que não pode o julgador dar solução ao litígio, tendo por base pura e simples lógica comercial, mas sim as provas constantes nos autos, principalmente quando se pretende dar outra conotação para cláusula expressamente firmada entre as partes.

O apelo, no entanto, merece provimento quanto à responsabilização da apelada Zacal Construção e Incorporação Ltda. no pagamento da cláusula penal estipulada, ante o atraso na entrega da obra.

Na realidade, com a transferência da construção da obra da apelada Civil Construções e Incorporações Vitorino Ltda. para Zacal Construção e Incorporação Ltda., assumiu este também a responsabilidade por qualquer transgressão do contrato original, principalmente o prazo para a entrega do imóvel.

É inconcebível que uma empresa assumia todos os direitos decorrentes de um negócio, exonerando-se ou transferindo qualquer obrigação para terceiros, conforme dispõe o Código de Defesa do Consumidor, perfeitamente aplicável à espécie, em seu artigo 51:

“Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas con-

tratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

“III — transfiram responsabilidades a terceiros”.

A correta interpretação da cláusula terceira, do termo aditivo (fls. 15), deve ser no sentido de que a apelada Civil Construções e Incorporações Vitorino Ltda. somente responsabilizou-se solidariamente na penalidade decorrente do atraso da obra a ser entregue pela apelada Zacal Construção e Incorporação Ltda.

Por fim, o ônus de sucumbência fixado na sentença não merece reparos, pois, além de não se ter operado os efeitos da revelia, mesmo com a responsabilização da apelada Zacal Construção e Incorporação Ltda., no pagamento da cláusula penal estipulada, a apelante decaiu de parte considerável de seu pedido.

Por tais razões, dá-se provimento parcial ao recurso, para também responsabilizar a empresa Zacal Construção e Incorporação Ltda. no pagamento da cláusula penal estipulada.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar.

Florianópolis, 11 de novembro de 1999.

*João José Schaefer,*  
*Presidente com voto;*  
*Solon d’Eça Neves,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 98.011043-2, DA CAPITAL****Relator: Des. Solon d'Eça Neves**

*Apelação cível — Ação de rescisão contratual c/c reintegração de posse — Compromisso de compra e venda — Sentença que extingue o processo admitindo coisa julgada em relação ao primeiro demandado e ausência das condições da ação em relação ao segundo, esta em face de notificação prévia ineficaz — Insubsistência da admissão da coisa julgada, considerando-se que o processo originário não adentrou no mérito da demanda — Contudo, reconhecimento de ofício, neste Grau de Jurisdição, da imprescindibilidade da regular interpelação prévia também em relação ao primeiro demandante — Carência de ação decretada.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.011043-2, da comarca da Capital (1ª Vara), em que é apelante Aracy Waltrick de Lima Moraes, sendo apelados o espólio de Salvatina Ramos Bastos e Julio Cesar Duarte:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e, de ofício, reconhecer a carência de ação, julgando extinto o processo.

Custas na forma da lei.

Perante o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Florianópolis, Aracy Waltrick de Lima Moraes aforou ação de rescisão de contrato cumulada com reintegração de posse em face de espólio de Salvatina Ramos Bastos e Julio Cesar Duarte, aduzindo que entre as partes foi pactuado um contrato de promessa de compra e venda, datado de 27/2/87, no valor à época de Cz\$ 500.000,00.

A primeira parcela, no valor de Cz\$ 100.000,00, ficaria a encargo da promitente compradora (Salvatina Ra-

mos Bastos), sendo que o saldo de Cz\$ 400.000,00 seria devido pelo Sr. Julio César Duarte, a ser efetivado à empresa Kobrasol Emp. Imob. Ltda.

Aduz ainda que, como não foi efetuado nenhum pagamento à referida empresa, a autora se valeu de um primeiro processo para ver reconhecido o seu direito, no entanto este restou extinto por carência de ação, o que levou a autora a interpelar judicialmente os ora réus, para ver cumprida a obrigação contratual.

Permanecendo inertes os devedores, uma vez expirado o prazo da interpelação, pretende a autora a rescisão do pacto descumprido, com a conseqüente reintegração de posse no imóvel objeto do contrato.

Juntou aos autos os documentos de fls. 5 usque 19, entre os quais a interpelação promovida.

Citados, os réus ofertaram a contestação de fls. 39 a 51, arguindo preliminarmente a inobservância do art. 268 do CPC, bem como a ineficácia da interpelação prévia, e a configuração da coisa julgada.



No mérito, aplaudiu a sentença proferida nos autos da ação primeiramente proposta, que assentou restar à autora apenas o cumprimento da obrigação pecuniária em relação ao demandado Julio César Duarte, e aduzindo que falta pressuposto para a rescisão de contrato com a promitente compradora em face da transferência da responsabilidade pelo saldo devedor ao terceiro.

Acrescentou que o saldo de Cz\$ 400.000,00, assumido pelo demandado Julio César Duarte, foi parcialmente pago por este, o que demonstra a inépcia ou ineficácia da interpelação levada a cabo, em decorrência da iliquidez do valor da obrigação.

Requeru ao final a improcedência do pedido esposado na exordial, ante a inexistência da liquidez e certeza da dívida, postulando pela produção de provas e juntando documentos.

Manifestando-se sobre a contestação, a autora rebateu as preliminares levantadas, aduzindo inexistir coisa julgada porque o processo antes manejado não foi julgado com a apreciação do mérito, bem como a interpelação cuja falta desaguou na carência acolhida pelo Magistrado naquele feito, se encontra presente nesta demanda.

Alega, ainda nesta petição, serem inverídicas as alegações quanto aos pagamentos, até porque os cheques, que lhe foram entregues, o foram na condição de garantia da dívida, inservíveis, desta feita, para a cobrança.

As partes por mais de uma vez compareceram aos autos, sendo que, na data de 7/6/96, foi realizada audiência de instrução e julgamento, na

qual restou infrutífera a proposta conciliatória, pelo que, após o depoimento pessoal da autora, as partes novamente manifestaram-se, ouvindo-se inclusive uma instituição bancária acerca de depósitos havidos em conta da autora.

Após as alegações derradeiras, o Magistrado entregou a prestação jurisdicional, reconhecendo a coisa julgada em relação ao espólio e a ausência das condições da ação em relação ao segundo demandado, julgando extinta a ação desencadeada.

Inconformada, a vencida ofereceu recurso de apelação, renovando os argumentos expendidos na exordial e alegações finais, combatendo a sentença prolatada e afirmando a necessária procedência do pedido deduzido na peça inaugural.

Preparado e contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

É o breve relatório.

A sentença objurgada extinguiu o processo ao argumento da existência de coisa julgada em relação ao espólio, e a ausência de condições da ação em relação ao réu Julio César Duarte.

Quanto à aventada coisa julgada, merece acolhida a irresignação estampada no recurso.

Ora, é da literalidade da primeira parte do artigo 268 do Caderno de Processo Civil que a extinção do processo sem julgamento do mérito não obsta a que o autor intente de novo a ação, ressalvado o disposto no artigo 267, V — que por sua vez trata de preempção, litispendência ou de coisa julgada.



E, como ressaltou o recorrente, não há falar em coisa julgada, quando ausente a análise do mérito, é o que nos mostra também a preciosa lição do insigne Moacyr Amaral Santos:

“De que somente as sentenças de mérito fazem coisa julgada, mais uma vez o diz o mesmo Código no art. 474: ‘Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido’.

“Como conseqüência do exposto, fazem coisa julgada as sentenças que extinguirem o processo com julgamento do mérito, ocorridas as hipóteses previstas no art. 269 do referido Código”.

E continua o renomado doutrinador:

“Salvo as sentenças definitivas, ou de mérito, os demais atos decisórios, mesmo classificados como sentença, não produzem coisa julgada.

“a) Assim, as sentenças terminativas, que põem termo ao processo, mas não decidem do mérito. Transitam elas em julgado, mas não fazem coisa julgada. Com sua prolação, sentença que põe termo ao processo sem julgamento do mérito (Cód. Proc. Civil, art. 267. Ver 2º vol., n. 383), — seja proferida conforme o estado do processo (Cód. Proc. Civil, art. 329), ou mesmo após os debates da audiência de instrução e julgamento, ou em outra fase processual — decidiu-se apenas quanto ao processo, não quanto ao mérito. Imprejuicado ficou este, continuando as partes na mesma situação em que se achavam antes do início do processo, nada obstando que a

lide seja novamente instaurada e decidida noutro processo, salvo quando a extinção do processo, sem julgamento do mérito, se tenha dado pelo acolhimento da alegação de perempção, de litispendência ou de coisa julgada (Cód. Proc. Civil, art. 268)” (in Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 13ª edição, 3º vol., São Paulo, Saraiva, 1993, pág. 53).

No mesmo sentido a orientação pretoriana:

“Não pode ser reconhecida a coisa julgada material se a sentença anterior não enfrentou o mérito da questão, julgando o autor carecedor da ação, ainda que tenha, na motivação, feito referências incidentais aos fatos ocorridos” (TRF, 4ª R. — AC n. 90.04.21510-7 — rel. Juiz Vladimir Freitas) (RJ 183/96).

“Inexiste coisa julgada se a anterior decisão restringiu-se a questões meramente processuais, sem exame do mérito” (Ap. Cív. n. 26.507, rel. Des. Amaral e Silva).

“É, pois, de inadmitir-se a AR — Ação Rescisória — contra a sentença que extinguiu o processo sem julgamento do mérito, com base no art. 267, VIII, do CPC, porquanto, não decidindo o mérito, não faz coisa julgada (TRF, 5ª R., rel. Juiz Nereu Santos — DJU 30/8/1991) (grifo meu).

Portanto, imperativo o acolhimento da súplica deduzida, no concernente à coisa julgada admitida no Juízo a quo sem o agasalho da legislação processual pátria.

Ainda assim, não tendo sido proferida sentença de mérito, mas tão-somente admitida a coisa julgada em relação ao espólio, e a ausência das condições da ação em relação ao

segundo demandado — esta, ante a inexistência de notificação regular — cumpre, neste Grau de Jurisdição, reconhecer a aplicabilidade do último argumento também ao primeiro demandante.

É que de fato a notificação levada a cabo não serve para o fim a que se destina, pois o valor nela estampado supera a obrigação dos notificados, ora recorridos.

Dessome-se dos autos que o contrato foi feito no valor de Cz\$ 500.000,00, sendo que o primeiro pagamento, no valor de Cz\$ 100.000,00, seria de responsabilidade da promitente compradora, quando da assinatura do contrato, e o saldo remanescente estaria a encargo do Sr. Julio César Duarte, tudo consoante a inicial.

Ora, a interpelação de fls. 6 usque 24 foi feita para a efetivação do pagamento “da importância de Cz\$ 400.000,00, vencida desde 27/2/87, devidamente atualizada até a data aprazada, juros de mora, além das perdas e danos resultantes e demais cominações para os fins legais” (fls. 8), sem ressalvar, no entanto, os pagamentos já efetivados — vale notar, recibo de fls. 77 no valor de Cz\$ 100.000,00, emitido pela recorrente por pagamento efetuado pelo Sr. Julio César Duarte, constando no mesmo: “referente ao saldo devedor do apto. Normandie”, sendo que, na audiência de fls. 99, a recorrente confirma ter assinado o recibo mencionado; os depósitos de fls. 76 e 77, o primeiro no valor de Cz\$ 74.000,00 e o segundo no valor de Cz\$ 30.000,00 efetuados na conta da recorrente, corroborados

pelos extratos de fls. 120 e 122 — mostrando-se, desta feita, ineficaz.

O insigne Pontes de Miranda deixou escrito: “o devedor interpelado não incorre em mora se ficar decidido, depois, que se exigiu antes do vencimento, ou que se exigiu outra coisa, ou que se exigiu mais” (Tratado de Direito Privado, tomo XXIII, § 2.803, 3).

Também escreveu o Des. Osório de Azevedo Jr: “A notificação para produzir os seus principais efeitos, deve ser, na linguagem lapidar do Des. Carlos Ortiz, ‘completa, precisa, clara’, indicando o valor a ser pago e a que se refere este valor...” (in Compromisso de Compra e Venda, 3ª ed., pág. 155).

A jurisprudência não destoa:

“É eficaz a notificação judicial para constituir em mora o promitente comprador em atraso no pagamento de prestações. Mas ela se torna ineficaz se exigir, além desse pagamento, outras verbas, a critério do promitente vendedor” (RT 537/117).

“Compromisso de compra e venda — Constituição em mora — Interpelação prévia do devedor que é pressuposto pré-processual da ação de rescisão — Ausência dos valores das verbas devidas e seus acréscimos — Notificação ineficaz — Extinção do processo sem julgamento do mérito. Ao ser promovida, pelo promitente vendedor, a interpelação prévia do compromissário comprador no afã de constituí-lo em mora, com o fito de rescisão da avença, necessário se torna que esta notificação tenha todos os valores das verbas devidas e seus acréscimos, vez que, sem estes dados aquela se torna ineficaz, impossi-

bilitando o devedor, no prazo da graça, purgando a mora (RT 717/160).

“Compromisso de compra e venda — Interpelação premonitória — Exigências indevidas — Ineficácia — Ação de rescisão — Carência — Apelação não provida. A interpelação premonitória ao promitente comprador é ineficaz se o vendedor exige mais do que lhe é devido” (RT 510/149).

No mesmo norte, no seio do Superior Tribunal de Justiça já se asentou:

“Civil e processual civil (...) Compromisso de compra e venda — Notificação para efeitos de mora — Ineficácia (...) e, ao demais, a notificação havida para esse fim, todavia, foi desconsiderada, por ineficaz, porque nela se exigiu do devedor pagamento a maior, daquele decorrente da obrigação que este assumira por ocasião do Compromisso de Venda e Compra” (STJ, REsp. n. 7.930/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. em 23/4/1991).

“Promessa de compra e venda — Mora — Necessidade de interpelação, que haverá de revestir-se da indispensável clareza. A falta dessa equipara-se a sua inexistência (STJ, REsp. n. 41.368/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 7/6/1994).

“...É ineficaz notificação para constituir em mora o devedor quando não mencionar o quantum exigido e nem se revestir da necessária clareza...” (STJ, REsp. n. 58463/RJ, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. em 11/6/1996).

E mais:

“Compromisso de compra e venda. Mora. Necessidade de interpelação. Hipótese em que o quantum

devido não fora ainda definitivamente fixado, ao proceder-se à notificação, por pender recurso de sentença de liquidação (...) A ulterior confirmação da sentença não poderia convalidar notificação que se teve como ineficaz” (STJ, REsp. n. 45632/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 3/10/1995).

No caso dos autos, o valor foi fixado na notificação judicial, porém a maior, porquanto parte da dívida primitiva foi efetivamente paga, como faz prova os recibos e depósitos encartados nos autos; no entanto, não houve por parte da notificante o necessário desconto, do que se colhe que a interpelação impeliu — ou objetivava impelir — os devedores a pagar valor indevido, daí exsurgindo a sua ineficácia.

Então, em harmonia com o expendido, a prévia e eficaz interpelação é condição essencial para a proposição da demanda, tanto para o primeiro quanto para o segundo demandado.

Eis a dicção jurisprudencial:

“Compromisso de compra e venda — Rescisão — Mora — Interpelação prévia — Indispensabilidade — Citação irrelevante. A falta de registro do compromisso de compra e venda de imóvel não dispensa a prévia interpelação para constituir em mora o devedor” (STJ, Súmula 76). Não a supre a citação para ação resolutória (REsp. n. 9.528). (Ap. Cív. n. 48.542, rel. Des. Newton Trisotto).

“Sendo ineficaz a interpelação ao promitente vendedor, não cabe ação para rescindir o compromisso” (RT 522/131).

“Contrato — Compromisso de compra e venda — Rescisão — Cláusula resolutiva expressa — Necessi-

dade, no entanto, de notificação prévia, para constituir o réu em mora — Prevalência do Decreto-Lei Federal n. 745, de 1969, sobre a regra do parágrafo único do art. 119 do Código Civil — Carência da ação — Recurso não provido — O Decreto-Lei Federal n. 745, de 1969, contém norma de ordem pública que, tendo em vista o interesse social, dirige-se à parte que precisa de maior proteção, sobrepondo-se à regra do parágrafo único do art. 119 do Código Civil” (TJSP, rel. Des. Accioli Freire, j. 25/8/94, in JTJ — LEX n. 165/43).

“Promessa de compra e venda. Mora. A constituição em mora depende de prévia interpelação. Há o promissário comprador de ser interpelado com essa finalidade. A interpelação prévia irregular (ou notificação prévia, segundo o acórdão local) equipara-se a sua inexistência (ver REsp. n. 41.368, DJ de 27/6/94). É ineficaz, portanto. A citação para a ação não supre a falta de interpelação, que é imprescindível. Decreto-Lei n. 745/69, art. 1º. Recurso Especial conhecido e provido” (STJ, REsp. n. 43377/RJ, rel. Min. Nilson Naves, j. em 9/4/1996).

No mesmo sentido a lição de Orlando Gomes:

“A dissolução do contrato de compromisso de compra e venda obedece a regras especiais. Não se rompe unilateralmente sem intervenção judicial. Nenhuma das partes pode considerá-lo rescindido, havendo inexecução da outra. Há de pedir resolução. Sem sentença resolutória, o contrato não se dissolve, tenha como objeto imóvel loteado ou não.

“A causa mais comum de resolução é a mora do compromissário no

pagamento das prestações periódicas em que divide o preço. Depende de interpelação, não se lhe aplicando a regra *dies interpellat pro homie*. Ainda que deles conste cláusula resolutiva expressa, a constituição em mora do promissário comprador depende de prévia interpelação judicial, ou por intermédio do cartório do registro de títulos e documentos, com quinze dias de antecedência” (Contratos, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991, pág. 281).

José Osório de Azevedo Júnior leciona que, após a edição do Decreto-Lei n. 745, de 1969, “mesmo constando do contrato cláusula resolutiva expressa, a constituição em mora do compromissário comprador depende de prévia interpelação” (in *Compromisso de Compra e Venda*, Malheiros, 3ª ed., 1992, pág. 142).

E uma vez imprescindível a notificação regular, não há margem para outra alternativa, senão o reconhecimento neste Grau de Jurisdição da carência de ação, de ofício, consoante a lição pretoriana colhida da Ap. Cív. n. 98.010853-5, relatada pelo eminente Des. Newton Trisotto:

“A hipótese é de não concorrência de condição essencial para a propositura da ação de rescisão fundada em mora do devedor, não constituída por via de regular notificação estatuída em lei. O art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil ordena, mais do que faculta, ao juiz conhecer, de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, as matérias constantes dos ns. IV, V e VI do mesmo dispositivo, assim, no que interessa

ao caso sub judice, a verificação dos pressupostos e condições da ação.

“É que tais temas, de acordo com o preciso magistério de Moniz de Aragão, extravasam ‘do poder dispositivo das partes, ficando incluídos entre os que se sujeitam a investigação de ofício, os pressupostos do processo e as condições da ação, mesmo que ocorra a revelia do réu. O limite, posto pela norma, a essa apreciação é o pronunciamento da sentença de mérito, vale dizer, a que julga procedente ou improcedente o pedido, compondo a lide’ (‘Comentários ao Código de Processo Civil’, vol. II, Ed. Forense, 2ª ed., 1976, pág. 526).

“Nesse mesmo diapasão, veja-se a conclusão do Simpósio de Curitiba, com o respaldo de vários dos mais insígnis processualistas brasileiros: ‘Em se tratando de pressupostos processuais e condições da ação não há preclusão, mesmo existindo explícita decisão a respeito. Trata-se de matéria indisponível’ (in Revista do Processo, n. 3, item 29, pág. 143).

“Ainda que, pois, não tenham os réus contestado e a questão de falta de notificação, de ordem pública, deveria ser ex officio apreciada e decidida”.

Também em conforto ao decidido, traz-se outro aresto deste Sodalício:

“Ação de rescisão contratual com reintegração de posse. Ausência de prévia interpelação judicial. Carência de ação. Extinção do processo. Recurso prejudicado” (Ap. Cív. n. 41.813, rel. Des. João Martins).

E da parte dispositiva do mencionado julgado se extrai:

“Ante o exposto, de ofício, declara-se a carência da ação, invertendo-se o ônus da sucumbência” (grifo meu).

Insuperável a falta apontada, impositiva a extinção do feito sem adentrar no mérito, por carência de ação, nos moldes do art. 267, VI, do Caderno de Processo Civil.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar.

Florianópolis, 9 de dezembro de 1999.

*João José Schaefer,*  
*Presidente com voto;*  
*Solon d’Eça Neves,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 99.003209-4, DE SÃO MIGUEL DO OESTE**

**Relator: Des. Solon d’Eça Neves**

*Apelação cível — Ação de investigação de paternidade c/c alimentos — Reconhecimento da paternidade — Exame de DNA — Filho menor — Verba acertadamente fixada em três salários mínimos — Empresário — Possibilidade de arcar com o quantum — Recurso desprovido — Sentença mantida.*

*Restando demonstrado por meio de contrato social que a empresa possui grande número de filiais, e sendo o alimentante o único proprietário, suficientes são os indícios para demonstrar a possibilidade deste em arcar satisfatoriamente com o quantum, sem qualquer prejuízo ao seu patrimônio.*

*A declaração de retirada do pró-labore em valor irrisório, por si só, não demonstra o verdadeiro ganho do alimentante; necessário se faz associá-la a indícios e demais provas dos autos.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.003209-4, da comarca de São Miguel do Oeste (1ª Vara, Infância e Juventude e Registros Públicos), em que é apelante D. Z., sendo apelado F. B., rep. p/sua mãe, R. M. B.:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

F.B., representado por sua mãe, R.M.B., interpôs ação de investigação de paternidade c/c alimentos contra D.Z., alegando que a requerente foi doméstica na casa do investigado por 4 (quatro) anos, vindo a manter um relacionamento amoroso com o investigado, ocasião em que ficou grávida. Requereu o reconhecimento da paternidade judicial, bem como a condenação ao pagamento dos alimentos.

Contestando a ação o investigado aduziu não ser o pai do menor, razão pela qual pede a realização do exame de DNA para que, ao final, seja julgado improcedente o pedido.

Réplica às fls. 15.

Na audiência de instrução e julgamento não houve conciliação ante a ausência do investigado, sendo con-

vertido o julgamento em diligência, a requerimento do Ministério Público, para juntada de documentos.

Alegações finais pelas partes por meio de memoriais.

O representante do Ministério Público opinou pela procedência do pedido, devendo ser fixados os alimentos em 4 (quatro) salários mínimos.

Sentenciando, o Magistrado julgou procedente o pedido inaugural, condenando o investigado ao pagamento de 3 (três) salários mínimos.

Inconformado, o vencido apelou, requerendo a reforma da sentença para diminuir o valor da pensão alimentícia fixada no patamar do mínimo legal, não tendo ele condições de arcar com a verba, pois possui o encargo de sua família.

Contra-razões pela apelada no sentido da manutenção da sentença guerreada.

O representante do Parquet opinou pelo desprovimento do apelo.

Após contados e preparados, os autos ascenderam a esta Instância.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da Dra. Rosa Maria Garcia, opinou pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

É o relatório.

A celeuma da matéria encontra-se na redução da verba alimentar, pois alega o apelante não possuir condições de arcar com o valor fixado em virtude de ter família, com prole, e ainda ser apenas um dos sócios da empresa, tendo como ganho apenas R\$ 875,00 a título de pró-labore, conforme declaração de imposto de renda.

Questiona-se, contudo, a veracidade destas alegações, pois confrontando com as provas requeridas pelo representante do parquet outra situação desponta, ficando certa dúvida sobre o que é certo.

A quarta alteração contratual da empresa do apelante muda o endereço de duas filiais (diga-se que tal empresa é composta de sete filiais, todas em pleno funcionamento) além de alterar o quadro societário, ficando ao final composto por dois sócios, sendo o apelante como majoritário e outro quotista, este sua filha. Ora, como uma empresa, que tem como sócios membros da mesma família, composta por sete filiais, possui apenas um rendimento parco no valor de R\$ 875,00 por mês a título de pró-labore?

Referente a este valor não entrarei no *meritum*, pois é notório haver uma retirada superior à declarada, largamente utilizada pelos empresários para burlar o Fisco.

Concluindo, se possui ele sete filiais, todas, acredito, com empregados (fica até certo ponto difícil de analisar com mais acuidade pela falta da declaração de imposto de renda pessoa jurídica) e, sendo ele o sócio majoritário, cabendo gerir todo este patrimônio, o valor que foi fixado em nada prejudicará seu rendimento.

Ademais, a fixação da verba deve seguir o binômio necessidade e possibilidade, além do que a decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer momento ser revista, desde que presentes os pressupostos do art. 400 do Código Civil, conforme estatui o art. 401 do mesmo diploma.

Na lição do também renomado Washington de Barros Monteiro, no que concerne à mutabilidade do quantum da pensão alimentícia, “não é inalterável o quantum da pensão alimentícia fixada pelo juiz na ação ordinária de alimentos. Referido quantum é arbitrado depois de convenientemente sopesadas as necessidades do alimentado e a idoneidade financeira do alimentante, circunstâncias eminentemente variáveis no tempo e no espaço. De pleno direito, o julgamento proferido submete-se à condição de que os dados permaneçam no mesmo estado, *rebus sic stantibus*” (Curso de Direito Civil, 2º vol., Saraiva, São Paulo, 1994, 34ª edição, pág. 290).

Por seu turno, Arnaldo Wald leciona:

“Os elementos básicos para que surja o direito aos alimentos são o vínculo de parentesco, a possibilidade econômica do alimentante e a necessidade do alimentando. O critério de fixação do quantum dos alimentos depende da conciliação desses dois elementos, possibilidade e necessidade. Os alimentos são determinados pelo juiz atendendo à situação econômica do alimentando e às necessidades essenciais de moradia, alimentação, vestuário, tratamento de saúde, e, se for menor, educação do recla-



mante" (Curso de Direito Civil Brasileiro, 9ª ed., vol. IV, SP, RT, pág. 41).

E prossegue:

"As pensões alimentares são assim essencialmente variáveis, sendo modificadas quando houver alteração das necessidades do reclamante ou das possibilidades do alimentante, podendo ocorrer, conforme o caso, exoneração, redução ou agravação do encargo" (op. cit., pág. 41).

É da jurisprudência:

"Alimentos. Fixação. Filhos menores sob a guarda da mãe. Critério a ser adotado ao fixar-se a pensão. Não havendo critério rígido na fixação dos alimentos, até porque a decisão não faz coisa julgada material, deve-se atender às necessidades do credor e as possibilidades do alimentante" (JC 55/134).

E ainda:

"Alimentos. Quantum. Fixação. Art. 400 do Código Civil.

"A fixação dos alimentos, levando-se em consideração as necessida-

des de quem os reclama e as possibilidades econômico-financeiras daquele que está obrigado a prestá-los, deverá ser feita com a observância das particularidades que a situação concreta apresenta, porquanto não se dispõe de um critério meramente matemático para se chegar ao quantum ideal" (Ap. Cív. n. 98.017784-7, de Chapecó, rel. Des. Eder Graf).

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Sra. Dra. Rosa Maria Garcia.

Florianópolis, 11 de novembro de 1999.

*João José Schaefer,*  
*Presidente com voto;*  
*Solon d'Eça Neves,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 28.202 (88.026826-1), DA CAPITAL**

**Relator: Des. Vanderlei Romer**

*Ação ordinária de rescisão contratual c/c seqüestro de notas promissórias.*

*Contrato de financiamento direto ao consumidor. Nulidade do contrato de compra e venda, cujo objeto se pretendia quitar pelo numerário obtido por seu intermédio, que não se estende o contrato, formalmente perfeito. Atos diversos.*

*Conquanto obviamente nulo o contrato de compra e venda, porque eivado de inescandível vício o seu objeto, não pode ter o mesmo tratamento de contrato de financiamento celebrado com o intuito*



*de quitar o débito contraído com a vendedora e formalmente perfeito, uma vez que a financiadora é estranha ao negócio firmado.*

*A ineficácia da compra e venda não leva à nulidade do negócio principal consubstanciado no contrato de mútuo.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 28.202 (88.026826-1), da comarca da Capital (5ª Vara), em que são apelantes Valmy Bittencourt e Zilma Martins Bittencourt, sendo apelada Direção S/A — Crédito, Financiamento e Investimento:*

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

## I — Relatório

Versam os presentes autos sobre ação ordinária de rescisão contratual c/c seqüestro de notas promissórias ajuizada por Valmy Bittencourt e esposa, Zilma Martins Bittencourt, contra Master Ware — Indústria e Comércio Ltda., na pessoa do síndico Artur Alves Amorim Júnior e Direção — Crédito, Financiamento e Investimento.

A inicial narra que os autores adquiriram da primeira ré um painel-ro Master Ware, tipo especial luxo, composto de 12 peças, pelo valor total de Cr\$ 2.234.000,00 sendo que no ato da aquisição e entrega foi paga a quantia de Cr\$ 494.000,00.

O saldo devedor foi dividido em doze parcelas, consubstanciadas em notas promissórias, das quais 6 (seis) já foram integralmente pagas, por for-

ça de contrato de abertura de crédito para financiamento direto do consumidor, firmado com a segunda requerida, que é beneficiária dos títulos em questão.

Ocorre que os autores teriam sido induzidos em erro e dolo por parte da Master Ware, uma vez que o produto adquirido, supostamente suíço e portador de um aço especial, é, segundo perícia levada a cabo pelo Departamento de Operações e Investigações Criminais e do Instituto de Criminalística do Departamento de Polícia Técnica do Estado de Santa Catarina, absolutamente comum, não sendo capaz “de proporcionar inovações e vantagens na arte de cozinhar” (fls. 3).

Alicerçados nos arts. 87 e 94 do Código Civil, e na lição doutrinária de Washington de Barros Monteiro, pugnam os demandantes pela procedência do pedido inaugural, para o fim de decretar a rescisão ou anulação dos contratos supra.

Juntaram farta documentação.

Conquanto ambas as requeridas tenham sido citadas, apenas a Direção S/A — Crédito, Financiamento e Investimento compareceu aos autos.

Preliminarmente, impugnou o procedimento adotado, dizendo, outrossim, que os demandantes são carecedores de ação, posto que lhe alienaram fiduciariamente a mercadoria. Dessa forma, ante sua condição de fi-

duciante, deveriam ter-lhe notificado da situação dos bens depositados.

Propagou, outrossim, ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo da lide, ao argumento de que nada vendeu aos autores. Apenas lhes concedeu um empréstimo para que adquirissem o jogo aludido na exordial, alienado fiduciariamente a posteriori.

Entende a ré que não pode ser acionada para a restituição de um preço que jamais lhe foi pago, porque foram os requerentes que tomaram um financiamento para efetivar a compra.

Meritoriamente, em suma, prendeu-se à assertiva de que “se nada vendeu aos autores; se ao contrário, apenas adquiriu fiduciariamente a mercadoria objeto da ação, é evidente que a contestante não pode ser responsabilizada por mercadoria adquirida pelos autores de terceiro” (fls. 46/47).

De forma concomitante, ofereceu reconvenção, reprisando a argumentação expendida na peça contestatória, com o acréscimo de que a recusa do pagamento das notas promissórias em seus vencimentos importou no vencimento antecipado da dívida, a teor do art. 762, I, IV e III, do Estatuto Civil.

Manifestaram-se os postulantes nos autos refutando in totum os termos da defesa e da reconvenção.

Seguiu-se a sentença que julgou procedente a ação de rescisão contratual instaurada entre os autores e a Master Ware — Indústria e Comércio Ltda., declarando, em consequência, a nulidade da avença firmada.

Ato contínuo, rejeitou o pedido formulado contra a Direção S/A —

Crédito, Financiamento e Investimento, acabando por acolher sua reconvenção, fixando os juros moratórios em 1% ao mês.

Irresignados, Valmy Bittencourt e sua mulher, Zilma, recorreram, expondo que a reconvenção é de todo improcedente e incabível, uma vez que não incorreram em mora. Ademais, visava ver declarada vencida a dívida, quando tal já ocorrera em janeiro de 1986, sendo a actio proposta no mês seguinte.

Voltaram-se, de outra parte, contra os juros moratórios, dizendo que silente o contrato a seu respeito, a taxa a ser observada é de 6% ao ano.

Por derradeiro, reportaram-se à medida cautelar de sustação de protesto, igualmente julgada pela sentença hostilizada, na qual se deixou de condenar a apelada Master Ware — Indústria e Comércio Ltda. nesta verba e nas custas processuais, encerrando por pugnarem pela exclusão “da condenação dos apelantes à verba honorária concedida e custas processuais da ação cautelar de sustação de protesto, em prol da apelada Direção...”.

Contra-arrazoado o reclamo, alçaram os autos.

É o relatório.

## II — Voto

De início, anoto ser indubitável que os autores foram induzidos em erro pela Master Ware, revel, que apre-goando características inexistentes, vendeu-lhes um conjunto de painéis, que dizia serem revestidas de um aço especial que possibilitaria um consumo mínimo de calor.

A presunção de veracidade decorrente da revelia restou amplamente corroborada pela prova documental acostada à inicial, em especial pela perícia de fls. 19.

Fora de dúvida, pois, que a rescisão contratual se impunha.

Quanto ao contrato firmado com a Direção S/A — Crédito, Financiamento e Investimento, objeto precípua do reclamo, a solução tinha, efetivamente, que ser diversa.

Está bem claro que dois foram os contratos celebrados: um de compra e venda e outro de mútuo com garantia de alienação fiduciária.

No que se refere ao primeiro, como dito, não há mais o que se questionar, sendo patente que está eivado de vício a macular sua validade, e mesmo porque sua resolução não foi objeto de ataque recursal.

No tocante ao segundo, não obstante, a manutenção da obrigação ali consignada foi bem declarada pelo hoje Des. Alcides Aguiar que, com o brilho que lhe é peculiar, bem solveu a questão juris:

“Por seu turno, embora a rigor não se vislumbre procedente a ilegitimidade de parte passiva ad causam levantada na contestação, no mérito improcede a demanda promovida contra a contestante

“Com efeito, conquanto a priori possa haver subordinação entre o contrato de compra e venda (negócio subjacente) e o de abertura de crédito para financiamento direto ao consumidor, na verdade afloram distintos os atos em questão.

“A operação de financiamento firmada entre os AA. e a contestante,

em razão de que aqueles quitaram integralmente o débito para com a vendedora e transferiram o domínio (resolúvel) à financeira, não pode merecer o mesmo tratamento dado ao negócio originário, dês que a financiadora lhe é estranha.

“Como preleciona Orlando Gomes ‘São partes no contrato de abertura de crédito: a) o consumidor; b) a financeira (‘Alienação Fiduciária em Garantia’, ed. Maio de 1970, pág. 4) (...). A garantia principal exigida do devedor é a alienação fiduciária da coisa que comprou (...)’ (idem, pág. 3).

“E prossegue o eminente civilista:

‘O contrato de abertura de crédito origina obrigações para o creditado (consumidor) e para o creditor (financeira). Trata-se, portanto, de contrato sinalagmático. Obriga-se o creditado, fundamentalmente, a fornecer ao creditor os recursos convenionados para o resgate das letras de câmbio, que este colocará no mercado, antecipando-lhe o importe do seu valor (...). Assume, ademais, a obrigação de alienar fiduciariamente em garantia o bem cuja aquisição é financiada pela creditora’ (ob. e pág. citadas).

“Por seu turno, dispõe o artigo 153 do Código Civil: ‘A nulidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal’.

“Ora, os AA. pretendem que se declare nulos o contrato de compra e venda e o de mútuo, e, por consequência, as notas promissórias que emitiu, com fulcro na imprestabilidade da mercadoria adquirida.

“Assim, porém, não é de ser entendido. Anulado embora a compra e

venda, o contrato de crédito — distinto daquele e obrigação principal — está a descoberto da mesma eiva de anulabilidade, já porque cumprida a obrigação pela creditora nada se argüi em face ao seu caráter formal ou de conteúdo.

“Como bem destaca o Prof. Fábio Conder Comparato, em parecer inserto na ‘Revista dos Tribunais’, vol. 514, págs. 49/56, ao analisar o que denomina de ‘negócio complexo e coligação de negócios’, no financiamento a consumidor com alienação fiduciária:

‘...a alienação fiduciária, ...não pode subsistir sem o crédito garantido, do qual é acessório (...). Por via de consequência, resulta claro que a nulidade de negócio garantido invalida o de garantia, mas nunca o inverso, como expresso no art. 153 do Código Civil’.

“In casu, a ineficácia da compra e venda por defeito essencial do bem transacionado, com anulação assim da garantia, não pode acarretar a nulidade do negócio principal, este substanciado no contrato de mútuo. A invalidade de garantia não acarreta a invalidade da dívida, dès que nada se provou contra ela.

“A propósito, vale destacar o seguinte aresto da egrégia Segunda Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro, que, por seus contornos, se aplica à hipótese em exame:

‘Alienação fiduciária. Ação de anulação de contrato de financiamento. Avalista. Nulidade da garantia. Simulação. Obrigação acessória nula. Código Civil, art. 153’.

“Ação proposta por avalista de nota promissória vinculada a contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária, em que se postula a anulação do contrato e, em consequência, da nota promissória, a pretexto de que inexistente o objeto dado em garantia.

‘Improcedência da ação, eis que a garantia é acessória do contrato e, assim, ainda que fosse nula, a nulidade não se estenderia à obrigação principal (art. 153 do Código Civil)’ (in Jurisprudência Brasileira, vol. 17, pág. 148).

“Procedente, d’outro lado, afiora a ação secundária (reconvencional).

“De efeito, em subsistindo válido o contrato de financiamento, incorreram os reconvindos em mora pelo inadimplemento contratual, dès que vencidas acham-se as notas promissórias. Socorre à reconvinte o disposto no art. 762, inc. III, do Estatuto Substantivo Civil, podendo pleitear desde logo o pagamento, dada a ineficácia da compra e venda e consequente insubsistência da garantia, razão por que o protesto do título para comprovar a mora seria de todo despiciente”.

Outrossim, defendem os autores apelantes a tese de que não incorreram em mora, argumentando, para tanto, que o art. 762, III, do CC, presume que o não pagamento encobre a insolvência do devedor, o que no caso inoocorreria.

Ainda, que a reconvenção não teria objeto posto que visava considerar dívida vencida o que já estava vencido.

Esse último tópico sequer foi objeto de arguição no Primeiro Grau

de Jurisdição, e, mesmo que o tivesse sido, obviamente não poderia prosperar.

Ora, ao ser acionada, a empresa veio a Juízo, não só oferecendo sua defesa, como também atacando os autores, postulando a tutela jurisdicional para obter o reconhecimento judicial do seu direito, sob a alegação de que o pacto entabulado com a parte ex adversa era totalmente distinto daquele firmado com a ré-revel.

Causa espécie a afirmativa dos apelantes de que lhe bastaria esperar o desfecho da ação, uma vez que nela, justamente, se discutia a validade do contrato de financiamento.

Não havia a menor garantia de que seria vencedora.

Certamente, para os requerentes, muito mais interessante seria que permanecesse estática. Mas não o fez, veio a Juízo na defesa de seus interesses, logrando êxito, por meio de decisão que deve subsistir.

No que tange ao art. 762, inc. III, do Código Civil, mais uma vez sem razão os autores, sendo patente seu equívoco, ao aduzirem que este “presume que o não pagamento encobre a insolvência”.

É o inc. II, do mencionado dispositivo, que cogita da insolvência.

Por seu turno, o inc. III prevê o vencimento da dívida “se as prestações não forem pontualmente pagas, toda vez que deste modo se achar estipulado o pagamento”.

A cláusula 5ª do contrato de abertura de crédito para financiamento direto ao consumidor estipula que “a importância entregue à vendedora,

pela Direção, acrescida de correção monetária prefixada e do custo do financiamento inclusive despesas fiscais, será resgatado pelo creditado, em prestações mensais e consecutivas, representadas por notas promissórias de sua emissão, avaliadas pelas pessoas retronomeadas e qualificadas...” (fls. 58).

E os próprios recorrentes não negam que deixaram de pagar os títulos nas datas aprazadas, vencendo-se, pois, a dívida.

A respeito, vale transcrever o escólio do mestre Carvalho Santos:

“Pode ter ficado estipulado no contrato que a dívida deve ser paga em prestações com as épocas dos vencimentos nele estipuladas. Se uma das prestações não é paga pontualmente, considera-se vencida a dívida total, e, portanto, a garantia real.

“É a hipótese prevista no n. III do artigo supra.

“Em benefício do devedor é que é estabelecido o pagamento em prestações, visando-se, com ele, facilitar-lhe a solução da dívida, suavemente, com os próprios recursos obtidos com a marcha regular de seus negócios.

“Mas, se o devedor é inadimplente, não satisfazendo as prestações nas épocas convencionadas, não é mais digno do favor ou benefício do credor, pelo que fica sem efeito a cláusula da prestação, verificando-se, como consequência, o vencimento antecipado da dívida; (...)” (in Código Civil Brasileiro Interpretado, São Paulo, Livraria Freitas Bastos, 14ª ed., 1997, pág. 74).

Rebelam-se, também, contra a taxa fixada à guisa de juros moratórios (1% ao mês), asseverando que o contrato quedou-se silente a respeito, havendo que se observar o art. 1.062 do Código Civil, in verbis:

“A taxa de juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de seis por cento ao ano”.

Mas na nota fiscal juntada às fls. 59 consta, expressamente, que na hipótese de atraso no pagamento serão devidos juros de mora de 1% ao mês.

O derradeiro inconformismo dos apelantes diz respeito aos ônus da sucumbência.

Querem que a Master Ware seja condenada ao pagamento de honorários advocatícios e custas processuais nos autos da medida cautelar de sustação de protesto e, ainda, a exclusão de sua condenação a tais verbas na mesma actio, em prol da apelada Direção S/A, porque não foi citada, tampouco contestou o feito.

Essa última, efetivamente, não foi citada, mas ofereceu defesa na

ação principal, respondendo os apelantes, necessariamente, pelo pagamento das custas.

Quanto à Master Ware, entendo que improcede de todo a pretensão de que ela responda pelos ônus da sucumbência, uma vez que não obtiveram êxito na cautelar.

Logo, pelo exposto, nego provimento.

### III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a Câmara decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Eládio Torret Rocha e Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 24 de novembro de 1999.

*Vanderlei Romer,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 35.326 (88.090932-4), DE ANITA GARIBALDI**

**Relator: Des. Vanderlei Romer**

*Processual civil — Liquidação de sentença — Limites objetivos — Inteligência do art. 610 do CPC.*

*A liquidação tem por finalidade completar e integrar a sentença, agregando-lhe o elemento faltante à sua exequiabilidade. Seus angostos limites encontram-se no conteúdo da sentença liquidanda, sendo defeso pretender inovar a lide, não havendo lugar para se perscrutar sua correção ou incorreção, legalidade ou ilegalidade, justiça ou injustiça. Parafraseando o grande Alcides de Mendonça Lima, a sentença liquidanda é o que é, e não o que devia ter sido, mas*

*que o não foi. Liquidada-se e executa-se aquilo que o juiz deu, embora pudesse ter dado mais, ou devesse ter dado menos.*

*Recurso desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 35.326 (88.090932-4), da comarca de Anita Garibaldi (Vara Única), em que são apelantes Aníbal Bitencourt Nery e outros, sendo apelados Irmãos Vedana & Cia. Ltda. e outros:*

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

## I — Relatório

Aristiliano Borges do Amaral e sua mulher, Almira Francisca de Souza, José Varela de Matos e sua mulher, Almerinda Francisca de Souza, Adelina Francisca de Souza e Alzemi-ro Francisco de Souza propuseram “ação divisória de árvores comuns, declarativa negativa de eficácia parcial de venda de pinheiros, e de perdas e danos”, em face de Avelino Francisco de Souza, João Francisco Souza Neto, Osni Francisco de Souza, Sebastião Francisco de Souza, Neuza Furtado, Pedro Martins de Moraes, José Cabral Filho, Aníbal Bitencourt Nery, Setembrino Silveira Bitencourt, Valdevino Bitencourt Nery, João Maria Bitencourt Nery, Joaquim Menino de Liz Mota, Nair Bitencourt Nery e Irmãos Vedana & Cia. Ltda., tendo sido julgado parcialmente procedente o pedido formulado, com a declaração da divisão do manto florestal e a fixação de proporções, a de-

cisão da ineficácia da venda de 1.373 pinheiros de 0,40 metros e acima efetuada pelos réus Aníbal Bitencourt Nery, Setembrino Silveira Bitencourt e Valdevino Bitencourt Nery, e a determinação da entrega aos demais condôminos dos pinheiros vendidos “a mais”, ou o seu equivalente, devidamente atualizado.

Confirmada a sentença por esta Corte de Justiça, em acórdão da lavra do saudoso Des. Nelson Konrad, os autores deflagraram liquidação de sentença, cujo pedido restou acolhido pelo Dr. Juiz Substituto em exercício, que determinou aos réus Aníbal Bitencourt Nery, Setembrino Silveira Bitencourt, Valdevino Bitencourt Nery (ou Valdo ou Vardo) e Irmãos Vedana & Cia. Ltda. o pagamento do quantitativo apurado no laudo pericial efetivado pelo louvado do Juízo que entendeu devidos apenas 664 pinheiros valorados em NCZ\$ 67.044,08 (= CR\$ 67.044,08 — sessenta e sete mil, quarenta e quatro cruzeiros e oito centavos), acrescido de correção monetária a partir da data do laudo e juros legais a contar da citação, bem como dos honorários advocatícios e das custas processuais.

Irresignados com a prestação jurisdicional entregue, interpuseram recurso de apelação os réus Aníbal Bitencourt Nery, Setembrino Silveira Bitencourt e Valdevino Bitencourt Nery, argumentando não ter o laudo pericial levado em consideração os vários e sucessivos abates de pinheiros e árvores brancas levados a efeito ao lon-



go dos anos, salientando, ainda, comprovado documentalmente ter o autor/apelado Alzemiro Francisco de Souza vendido à firma Madeireira Unidas, Indústria e Comércio de Madeiras Ltda. 4.150 pinheiros de bitola de 0,40 metros e acima. Assim, “por um critério de justiça”, entendem inafastável uma compensação.

Os autores apresentaram contra-razões, rebatendo as formulações expendidas, assinalando que questões anteriores à sentença, prolatada em 1984, não podem ser agitadas em sua “execução” (sic), por ter a mencionada venda ocorrido em fevereiro de 1977. Alegaram, ainda, que os 4.150 pinheiros vendidos situavam-se em imóveis outros, que não o objeto deste litígio. Finalizaram por pugnar pelo reconhecimento da litigância de má-fé.

Da mesma forma, o réu Irmãos Vedana & Cia. Ltda. ofertou resposta, acordando com a nova distribuição das árvores pleiteadas, mas não na forma pretendida.

Contados e preparados, alçaram os autos a esta Superior Instância.

É o relatório.

## II — Voto

O volume dos autos, em cujo âmago está encartado um amontoado de documentos, não reflete a singularidade da questão debatida.

Desde logo, consigno que, não tendo o réu Irmãos Vedana & Cia. Ltda. agitado, a tempo e modo, irrisignação contra a sentença prolatada, não pode pretender sua reforma, pois, ao quedar inerte e não interpor o re-

curso cabível, conformou-se com a decisão judicial singular.

Bem elucidada a questão Nelson Nery Júnior:

“(…) O Juízo destinatário do recurso somente poderá julgar o que o recorrente tiver requerido nas suas razões de recurso, encerradas com o pedido de nova decisão. É esse pedido de nova decisão que fixa os limites e o âmbito de devolutividade de todo e qualquer recurso (tantum devolutum quantum appellatum). Daí a razão pela qual o efeito devolutivo pressupõe sempre o ato de impugnação — a interposição do recurso (…)” (Princípios Fundamentais — Teoria Geral dos Recursos, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pág. 362).

Excetuadas as questões de ordem pública, que devem ser conhecidas de ofício pelo Magistrado e que não se vêem acobertadas pelo manto da preclusão (v. g., artigos 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC), cuja análise fica transferida ao Tribunal destinatário da apelação por força do efeito translativo (artigos 515, §§ 1º e 2º, e 516 do CPC), é vedado ao órgão jurisdicional ad quem julgar além dos limites e do âmbito de devolutividade do recurso interposto, sob pena de ofensa ao basilar princípio do tantum devolutum quantum appellatum (artigos 512, in fine, e 515 do CPC).

Nessa esteira, colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“Recurso especial. Apelação. Conhecimento.

“A apelação devolve ao conhecimento do Tribunal as questões decididas em 1ª instância. Cumpre, porém, observar a extensão do princípio



tantum appellatum, tantum devolutum, qual seja, desde que provocado especificamente pelo recorrente. Irresignação manifestada em contra-razões, apresentadas após o prazo recursal, não podem ser consideradas para aquele fim” (REsp. n. 7.087—PB, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 6/2/91, RSTJ 18/515).

Pois bem. A pugna recursal manifestada cinge-se ao fato de não ter o laudo pericial efetuado pelo louvado do Juízo, em cujas conclusões restou embasada a sentença de liquidação, levado em consideração os abates e as vendas de pinheiros e árvores brancas efetuados no decorrer dos anos.

Entretanto, por estarmos diante de uma apelação interposta contra julgamento proferido em liquidação de sentença, tal discussão refoge ao angusto limite da hipótese versada.

Com efeito, eliminado o litígio com o acertamento da relação jurídica estabelecida entre as partes, com a prolação da sentença no processo de conhecimento, finda-se a prestação jurisdicional e extingue-se o feito, nos exatos termos dos artigos 463 e 269 do CPC, respectivamente.

O direito eventualmente reconhecido ao vencedor pode ser voluntariamente satisfeito pelo vencido, não mais havendo ensejo, pois, à atuação da tutela jurisdicional. Entretanto, em que pese o pronunciamento judicial, casos há em que a pretensão do credor continua insatisfeita, sendo necessário o pedido, aos órgãos judiciais, de providências visando a efetivação do direito afirmado. Este é o objetivo do processo de execução.

As sentenças condenatórias, embora invariavelmente declarem o an debeat (a certeza do crédito do vencedor), nem sempre o fazem com relação ao quantum debeat (quanto se deve) ou ao quod debeat (o que se deve).

Assim, existem sentenças líquidas e ilíquidas. A sentença ilíquida, no preciso escólio de Humberto Theodoro Júnior, é a “que não fixa o valor da condenação ou não lhe individua o objeto” (Curso de Direito Processual Civil, vol. II, 16ª ed., Forense, 1996, pág. 87), sendo, portanto, imprestável lastrear, desde logo, o processo executivo que pressupõe, sempre, ex vi do art. 586 do CPC, título líquido, certo e exigível.

Como, no processo de execução, o juiz nada julga, mas apenas pratica as operações necessárias à efetivação do conteúdo da sentença proferida no processo de conhecimento, o título executivo judicial deve ser líquido, ou seja, determinado quanto à quantidade, à coisa ou ao fato devido.

De sorte que, toda vez que a sentença não determinar o valor ou não individuar o objeto da condenação, tem o credor que se utilizar do processo de liquidação para emprestar ao título o requisito da liquidez.

Como bem afirma Alfredo Araújo Lopes da Costa (Direito Processual Civil Brasileiro, vol. IV, n. 73, 1959, pág. 71), a iliquidez da sentença, relativamente ao quantum debeat, dá-se quando ocorre condenação ao pagamento de perdas e danos, sem fixação do respectivo valor; condenação em juros, genericamente; condenação à restituição de frutos, quer naturais, quer civis; condenação à

restituição do equivalente à coisa devida; e, finalmente, nos casos em que, em lugar do fato devido, o credor prefere executar o valor correspondente, ainda não quantificado.

A sentença de liquidação, porém, nada mais é do que mero complemento da sentença condenatória, devendo, apenas, declarar o quantum debeatúr do que nesta se contém. Por isso, emana da dicção do art. 610 do CPC ser “defeso, na liquidação, discutir de novo a lide, ou modificar a sentença que a julgou”. Muitos autores, inclusive, consideram tal preceito dispensável, pois a norma que encerra já vem expressa nos artigos 467 e 468 daquele diploma legal, pelo que se deve manter afastada do âmbito de discussão do processo liquidatório qualquer questão a respeito do mérito do processo de conhecimento gerador da sentença liquidanda.

Sucinta e precisa é a ensinança de Sérgio Sahione Fadel:

“Os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada figuram na sentença liquidanda. Defeso será inová-la, em qualquer caso, e, especialmente, a título de liquidação.

“Por isso, no processo de liquidação, não se pode discutir de novo o mérito da causa, nem apreciar a justiça ou a injustiça da sentença, nem reexaminar a prova em que ela se fundou.

“Nessa fase, só se pode mesmo é explicitar, declarar o que já está na sentença, mas que, por ser ela ilíquida, deve ser aclarado” (Código de Processo Civil Comentado, vol. II, 4ª ed., Forense, 1982, pág. 375).

Mais incisivo, elucida o grande Amílcar de Castro:

“E essa natureza e finalidade do processo de liquidação afastam naturalmente todas as questões de fato e de direito que possam modificar ou inovar a sentença liquidanda, ou que, antes desta, devessem ter sido propostas. Não se deve admitir na liquidação questão alguma que entenda com a causa principal, nem estranha a seu objeto, porque o que se tem em vista é apenas definir o que indefinido está na sentença. De outro modo, poderia a liquidação infringir a coisa julgada, o que não é permitido.

“(…)”

“Para ser obedecida, não precisa estar escrita a regra de que a sentença deve ser executada fielmente, de modo que não se restrinja, ou amplie, sua genuína inteligência. Importaria infringência da coisa julgada, tanto alargar-se o decidido, em favor do exequente, como encurtá-lo em benefício do executado. Deve-se, portanto, executar fielmente a sentença pelo que nela estiver disposto, visto que é título formal, definitivo, em que não se pode incluir o que expressa, ou implicitamente, não se contenha em seu contexto (…).”

“Todavia, como já ensinavam antigos praxistas, no expresso pode estar virtualmente contida parte da condenação; e o que não se permite, em obediência aos limites objetivos da coisa julgada, é que a execução vá além, ou fique aquém, da sentença exequenda. Por conseguinte, o que se deve ter por certo é que, pelo conteúdo expresso, ou implícito, da decisão, deve regular-se exatamente o juiz executor, ‘sem alterá-la, ou interpretá-la com ofensa de seu genuíno sentido’ (Assento de 24 de março de

1783), isto é, sem incluir, como implícito, aquilo que possa não estar contido no expresso, pois isto é que não é permitido (...)” (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII — Arts. 566 a 747, 3ª ed., Revista dos Tribunais, 1983, págs. 131/133).

Na espécie, vê-se que a sentença liquidanda (fls. 308 usque 325), após proceder à divisão do manto florestal e fixar proporções, declarou ineficaz a venda de 1.373 pinheiros de 0,40 metros e acima, efetuada pelos réus Aníbal Bitencourt Nery, Setembrino Silveira Bitencourt e Valdevino Bitencourt Nery (ou Valdo ou Vardo), determinando a entrega, aos demais condôminos, dos mencionados pinheiros, ou do seu equivalente devidamente atualizado.

Como a finalidade da liquidação, nas palavras do insigne Alcides de Mendonça Lima, “não é a de atacar a sentença, mas, ao contrário, completá-la, integrá-la, tornando-a exequível, isto é, dar-lhe vida e não destruí-la” (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VI, 6ª ed., Forense, 1990, pág. 553), incabível, presentemente, a discussão a respeito de eventuais abates ou vendas de pinheiros por outros condôminos.

De acordo com o princípio da fidelidade ao título, segundo o qual deve a liquidação ater-se à simples integração do elemento faltante ao cálculo do quantum debeatur, como bem minucia Araken de Assis (Manual do Processo de Execução, 5ª ed., Revista dos Tribunais, 1998, pág. 274), e porque fixado pela sentença liquidanda o objeto devido (1.373 pinheiros), a liquidação deve, ou ao menos deveria, simplesmente estabelecer o quan-

titativo correspondente, a partir do quod debeatur anteriormente determinado.

Vale ressaltar que a venda dos 4.150 pinheiros de bitola de 0,40 metros e acima, levada a efeito por Alzeimiro Francisco de Souza à firma Madeireira Unitas, Indústria e Comércio de Madeiras Ltda. em 14/2/77, é em muito anterior à sentença condenatória, proferida em 21/5/84, não tendo sido tal questão sequer ventilada na apelação então interposta. A almejada compensação, se devida, deveria ter sido pleiteada no processo de conhecimento, sendo inviável pretendê-la na fase de liquidação.

Aliás, a existência de coisa julgada sobre a matéria foi reconhecida por esta Corte de Justiça, no julgamento da Apelação Cível n. 51.014, em que foi relator o Des. Newton Trisotto, como se vê da cópia reprográfica acostada às fls. 976/979.

Assim, o acolhimento dos argumentos esposados no apelo, além de ilegal, por ir de encontro ao disposto nos artigos 467, 468, 471 e 610 do CPC, seria inconstitucional, por ofensivo à garantia da coisa julgada, prevista no art. 5º, inciso XXXVI, da CF.

Parafraseando o já citado Alcides de Mendonça Lima, a sentença liquidanda é o que é, e não o que devia ter sido, mas que o não foi. Liquida-se e executa-se aquilo que o juiz deu, embora pudesse ter dado mais, ou devesse ter dado menos.

Na liquidação de sentença não se perscrute ser a decisão liquidanda correta ou incorreta, certa ou errada, legal ou ilegal, justa ou injusta, pois, assevera Arruda Alvim (RevPro 77/179), é um processo de conhecimento que

parte de uma limitação absolutamente intransponível, consubstanciada no teor da decisão anterior.

Observa Luiz Rodrigues Wambier não ser “pertinente que se oponham a esse argumento os princípios da economia processual e da instrumentalidade do processo. Ao nosso ver, não pode haver qualquer exceção à rigorosa norma constitucional que exige o absoluto respeito à coisa julgada. Não há homenagem a princípio da utilidade e celeridade do processo a que possa ceder a ortodoxa e rígida norma da inflexibilidade do provimento transitado em julgado” (Liquidação de Sentença, Revista dos Tribunais, 1997, pág. 118).

Nesse sentido colhe-se da jurisprudência do extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul:

“Liquidação de sentença.

“O processo liquidatório não discute a lide que o determinou e nem altera o decisório que a julgou. ‘A sentença liquidanda é o que é e não o que deveria ter sido, mas que o não foi’. Liquida-se estritamente aquilo que a sentença determinou como sendo o objeto da liquidação. Não se pode pretender realizar a ampliação ou a restrição objetiva da lide, a pretexto de interpretar o decisório liquidando diversamente daquilo que o mesmo assentou. Apelo provido em parte” (JUTARGS 52/271).

Nesse passo, o objeto do processo liquidatório deveria ter sido, somente e exatamente, os referidos 1.373 pinheiros. Entretanto, o douto Juiz singular, acolhendo as conclusões do laudo pericial efetivado que levou em conta “o engrossamento natural das araucárias” no decorrer dos

anos, alterando a cota de árvores devida a cada condômino, determinou a devolução aos autores do equivalente a apenas 664 pinheiros.

Embora evidentemente equivocado o decisório monocrático, não tendo a parte interessada agitado, a tempo e modo, irresignação, deve subsistir, evitando-se, assim, a reformatio in pejus, vedada pelos artigos 512, in fine, e 515, ambos do CPC.

De outro vértice, não há como imputar aos recorrentes a pecha de litigantes temerários. A caracterização da figura do improbus litigator e a conseqüente imposição da coima prevista no art. 18 do CPC exigem prova inconcussa e irrefragável da intenção dolosa de retardo ao andamento do processo, presumindo-se, sempre, a lealdade e a boa-fé das partes e de seus procuradores. Ainda, sendo assegurado “o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, nos termos do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, não se há reputar litigante de má-fé aquele que apenas faz uso dos recursos previstos em lei.

Nessa esteira é jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“Processual civil. Litigância por má-fé. Condenação. Interposição de recurso cabível. Conduta maliciosa. Inexistência.

— O artigo 17 da lei processual civil, ao definir os contornos da litigância de má-fé que justificam a aplicação da multa, pressupõe o dolo da parte no entravamento do trâmite processual, manifestado por conduta intencionalmente maliciosa e temerária, inobservado o dever de proceder com lealdade.

“— É descabida a aplicação da pena por litigância de má-fé na hipótese em que a legislação processual assegura à parte sucumbente a faculdade de manifestar recurso, cuja interposição, por si só, não consubstancia conduta desleal e atentatória ao normal andamento do processo, sob pena de tornar inócuo o princípio constitucional do contraditório” (REsp. n. 199.490—SC, rel. Min. Vicente Leal, j. 20/4/99).

Finalmente, não posso deixar de acordar com os argumentos expostos nas três petições atravessadas pelo ilustre representante judicial da parte autora/apelada, ao verberar a incompreensível demora no julgamento desta apelação. Realmente, nove anos para a solução de questão assaz simplória é lapso temporal absurdo e injustificável. Entrementes, da mesma forma o é não ter a parte interessada atentado para o disposto no art. 520, inciso III, do CPC, que prevê o recebimento da apelação somente no efeito

devolutivo quando interposta de ato decisório que julgar a liquidação de sentença, agitando recurso contra a decisão que a recebeu em seu duplo efeito, possibilitando, assim, a execução provisória do julgado e resguardando seus clientes dos inevitáveis prejuízos.

Isso posto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

### III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a Câmara decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Eládio Torret Rocha e Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 24 de novembro de 1999.

*Vanderlei Romer,*  
*Presidente e Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 47.307 (88.077792-1), DA CAPITAL

**Relator: Des. Vanderlei Romer**

*Processual civil. Cumulação de pedidos. Dissolução de sociedade comercial e indenização por perdas e danos. Inacumulabilidade.*

*São inacumuláveis a ação de dissolução de sociedade com a de indenização por perdas e danos, pela diversidade de ritos, um previsto nos arts. 655 e seguintes da Lei Processual de 1939, e o outro de procedimento ordinário.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 47.307 (88.077792-1), da comarca da Capital (2ª Vara Cível/Registro Público), em*

*que é apelante Alberto Ferreira de Abreu Junior, sendo apelado Ricardo Gomes Tapado:*

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

## I — Relatório

Trata-se de ação de dissolução de sociedade cumulada com perdas e danos proposta por Alberto Ferreira de Abreu Júnior contra Ricardo Gomes Tapado, constando da inicial que as partes mantêm uma sociedade, B. A. R. Editora Gráfica Ltda., cuja administração cabe a ambos.

No entanto, o requerido teria passado a dirigi-la de forma desairo-sa, contraindo dívidas sem o consentimento do autor, o que acabou por causar prejuízos à sociedade. E, ainda, teria se apoderado dos bens da empresa, constituindo outra, para os mesmos fins, na qual o demandante não participa.

O teor da contestação demonstra que é de comum acordo a dissolução da sociedade, uma vez que os laços comerciais e de amizade já se deterioraram. Refutou o réu, contudo, as alegações do acionante, pois o seu desinteresse quanto à liquidação dos débitos da sociedade é que o levou a assumir a administração da empresa.

Sentenciando, o Dr. Juiz julgou o pedido parcialmente procedente, para o fim de decretar a dissolução da sociedade mercantil. Afastou, todavia, o pedido de perdas e danos, sob o fundamento de que é preciso ação própria, sendo inviável a cumulação de pedidos.

Inconformado com a decisão, Alberto Ferreira de Abreu Júnior interpôs recurso de apelação, visando,

além da liquidação da sociedade, a apuração dos prejuízos causados, defendendo, para tanto, a compatibilidade dos pedidos, considerando que eles não se contradizem, anulam ou prejudicam.

Houve resposta do apelado.

É o relatório.

## II — Voto

Versam os presentes autos sobre ação de dissolução de sociedade julgada parcialmente procedente.

Efetivamente, o quadro delineado nos autos bem explicita a existência de um clima de crescente animosidade entre os integrantes da sociedade, com a rotura da solidariedade, nada mais restando à digna sentenciante senão proferir o decreto dissolutivo. Tanto que o réu concordou expressamente com o pedido inicial, exceção feita à indenização por perdas e danos.

Desse modo, resta claro que sobre a quebra do espírito societário não paira qualquer dúvida, o que se constitui em um verdadeiro entrave à consecução dos fins visados por uma entidade societária.

Aliás, o apelante sequer adentra em tal questão em seu arrazoado, defendendo, isto sim, a admissibilidade da cumulação dos pedidos de dissolução de sociedade e indenização por perdas e danos.

Em vão.

A ação de dissolução de sociedade comercial vem disciplinada pelo art. 655 e seguintes do Estatuto Processual Civil de 1939, o chamado Código de Processo Civil Antigo, ainda

em vigor por força do seu art. 1.218, do atual CPC.

Como leciona o mestre Pontes de Miranda, em sua magistral obra *Comentários ao Código de Processo Civil* (Rio de Janeiro, Forense, vol. 17, pág. 219), para essa espécie de ação “não se adotou o rito ordinário, não há despacho saneador, nem as medidas de sanção”.

E a tão desejada indenização por perdas e danos, conforme se sabe, deve ser apurada em processo ordinário, que em nada se coaduna com a actio in tela, que tem rito próprio, e cujo objetivo precípuo, como coloca o preclaro Des. Anselmo Cerello no *Agravo de Instrumento n. 9.544, de Ibirama*, é a “determinação da partilha do capital social entre os sócios”.

Ao demais, na fase que se segue à prolação da sentença (liquidação para a apuração de haveres), pelos elementos apurados pela prova pericial poderá, o autor, se for o caso, ingressar com a ação de perdas e danos.

Nesse sentido: *Ap. Cív. n. 44.414, rel. Des. João Martins*.

Não bastasse, à guisa de argumentação, anoto que a conduta abusiva atribuída ao requerido não restou cabalmente comprovada.

Inexiste nos autos substrato a demonstrar de forma contundente que tenha agido com desídia e de forma desonesta.

Pelo quadro que se formou no processo, não há, sequer, como se verificar se houve real prejuízo. Dito de outra forma, se houve a efetiva ocorrência das perdas e danos, que

cumpria ao postulante comprovar, como fato constitutivo do seu direito.

A respeito, oportuno transcrever excerto da *Apelação Cível n. 97.012674-3, da lavra do ínclito Des. Carlos Prudêncio*:

“A doutrina é enfática, ao exigir como requisitos para a responsabilidade aquiliana: uma ação ou omissão do agente; a relação de causalidade; a existência de dano; e o dolo ou culpa do agente. Em se tratando, ainda, de responsabilidade do sócio, como é o caso presente, não basta tenha ele praticado ato de gestão administrativa através de excesso de poderes, violação do contrato social ou infringência de lei; é necessário, também, que sua ação ou omissão tenha nexos causal com o alegado prejuízo aludido, além de ser indispensável a existência do próprio prejuízo e a existência de culpa ou dolo. Enfim, de tudo isto, nada restou caracterizado nos autos. Colhe-se da *Apelação Cível n. 50.532, da Capital, rel. Des. Francisco Borges*, o mesmo princípio: ‘A existência do prejuízo é corolário inafastável para autorizar a indenização das perdas e danos’”.

Repito, não há elementos que comprovem a conduta abusiva do réu ora apelado. O recorrente imputou-lhe a prática de atos injuriosos e imorais, consistentes, dentre outros, no saque de duplicatas frias, utilização indevida de material de sua exclusiva produção.

Disse mais, que a parte ex adversa teria se evadido a fim de se furtar ao cumprimento das obrigações assumidas.



Não há, ênfase mais uma vez, prova robusta da veracidade de suas alegações.

E em sendo assim, ainda que se admitisse a pretendida cumulação, ausente de todo qualquer elemento probatório a demonstrar os prejuízos supostamente sofridos, ao menos nestes autos, não haveria como prosperar o pleito.

No que se refere à sucumbência, é certo que a sentença não arbitrou honorários em percentual, como seria recomendável, mas ao determinar o rateio na proporção do decaimento recíproco, utilizou-se a digna Magistrada de critério que à época era adotado com certa frequência, nada

havendo, assim, a evidenciar erro flagrante na solução apontada.

Nego, portanto, provimento ao recurso.

### III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a Câmara decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Eládio Torret Rocha e Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 10 de novembro de 1999.

*Vanderlei Romer,*  
*Presidente e Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 96.002257-0, DE BLUMENAU

**Relator: Des. Eládio Torret Rocha**

*Responsabilidade civil. Compra e venda de automóvel furtado. Eviscção. Inteligência dos artigos 1.107 e 1.109, ambos do Código Civil. Ilegitimidade passiva ad causam repelida. Apelo desprovido.*

1 — *Em tema de ação indenizatória decorrente de evicção, estará legitimado a figurar no pólo passivo da demanda o agente que, de modo efetivo, beneficiou-se com a transação malograda.*

2 — *“Em se tratando de compra e venda de automóvel furtado, o comprador pode intentar ação de indenização contra o vendedor, independentemente de prévia sentença sobre sua responsabilidade pela evicção” (JC 67/191).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.002257-0, da comarca de Blumenau (3ª Vara), em que é apelante Roberto*

*Hering, sendo apelados Arlindo Oechsler e outros:*



ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

## I — Relatório

No Juízo de Direito da comarca de Blumenau, Arlindo Oechsler e sua esposa Eliane Minhari Oechsler, promoveram ação de reparação de danos de procedimento ordinário contra Gilberto Oliveira e Roberto Hering, colimando, em suma, ressarcimento dos prejuízos sofridos, danos materiais e danos morais, devido à apreensão de um veículo “Fiat Uno S”, que foi adquirido pelos autores e vendido pelos réus por meio da transação envolvendo a troca de um automóvel “Chevette”, comprado dois dias antes, na mesma empresa, pelo valor de Cr\$ 380.000.000,00 (trezentos e oitenta milhões de cruzeiros), mais o pagamento de uma diferença de Cr\$ 10.000.000,00 (dez milhões de cruzeiros), resultando no valor total de Cr\$ 390.000.000,00 (trezentos e noventa milhões de cruzeiros).

A apreensão foi realizada após os autores revenderem o automóvel à empresa Check-kar Comercial de Peças e Acessórios Ltda., com a justificação de que se tratava de veículo furtado, sendo que a empresa foi devidamente reembolsada.

Gilberto Oliveira apresentou resposta, aduzindo, em preliminar, ilegitimidade passiva já que apenas realizava a venda de automóveis de terceiros mediante pagamento de comissão. No mérito, afirmou serem falsas as alegações dos autores e que a negociação foi realizada entre eles e

o Sr. Roberto Hering, ora também requerido.

Devidamente citado, Roberto Hering também apresentou resposta, sob o mesmo argumento de ilegitimidade passiva como preliminar, pois simplesmente intermediou a venda do veículo apreendido na condição de agenciador. Assim, denunciou à lide José de Lima, proprietário do veículo.

Os requerentes apresentaram réplica, na qual desistiram do pedido relativo à indenização por danos morais.

Proposta a conciliação em audiência, esta restou inexitosa. Na mesma oportunidade foram ouvidas as partes e as testemunhas e foi homologado o pedido pleiteado na resposta.

Sobreveio, então, a prestação jurisdicional monocrática, a qual julgou procedente em parte o pedido, condenando os requeridos no pagamento de CR\$ 13.970.416,20 (treze milhões, novecentos e setenta mil, quatrocentos e dezesseis cruzeiros reais e vinte centavos), mais custas processuais e honorários advocatícios.

Ao depois, pretendendo reaver o valor que lhes era devido, os autores promoveram a execução da sentença.

Neste interregno, o réu Roberto Hering apelou, repisando a argumentação anteriormente expendida no que tange às preliminares.

Contra-arrazoados, contados e preparados, ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

## II — Voto

O apelo foi manifestado apenas pelo demandado Roberto Hering, tendo-se quedado silente o outro requerido, Gilberto Oliveira, conformado, de conseguinte, com o teor da sentença ora hostilizada.

O apelante reprisa, em preliminar, os argumentos acerca de sua pretensa ilegitimidade passiva para a lide enfocada. Sustenta, em seu abono, a tese de ser apenas o agenciador da compra e venda do Fiat Uno, que, segundo alega, pertencia a um suposto terceiro, José de Lima.

Sem razão, contudo, a prefacial.

É que a prova documental e testemunhal não amparam a pretensão recursal, na medida em que esse suposto terceiro não foi ouvido a respeito da transação; nem com a produção deste importante meio probatório preocupou-se o apelante.

Ademais, o documento de fls. 26 nada prova em favor do recorrente, na medida em que, segundo a prova coligida, o produto da compra e venda foi aproveitado por ele e pelo seu sócio Roberto Hering.

Sendo assim, inexistindo prova do proveito do numerário da transação pelo aludido terceiro, o pedido reparatório foi bem dirigido, não havendo de se falar, pois, em ilegitimidade passiva.

Tocante ao mérito, melhor destino não está a merecer o apelo.

De fato, são incontroversas duas circunstâncias basilares à sorte da pretensão indenizatória proemial,

quais sejam, a compra e venda do veículo entre os litigantes e a sua posterior apreensão pela autoridade policial por ser produto de furto (fls. 29). Ademais, há nos autos — e isto também é incontroverso — prova documental demonstrando o prejuízo real sofrido pelos apelados (fl. 31) que figuram na cadeia de alienação do automotor.

A responsabilidade indenizatória dimana, pois, da interpretação conjunta dos artigos 1.107 e 1.109 (caput), ambos do Código Civil, desde que, como vem entendendo desde há muito esta Corte, "Em se tratando de compra e venda de automóvel furtado, o comprador pode intentar ação de indenização contra o vendedor, independentemente de prévia sentença sobre sua responsabilidade pela evicção" (JC 67/191).

A sentença, em assim decidindo, fez justiça às partes, pelo que, segundo o meu voto, improvejo o apelo.

## III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a Câmara, por votação unânime, negou provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Anselmo Cerello e José Roberge.

Florianópolis, 9 de dezembro de 1999.

*Xavier Vieira,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Eládio Torret Rocha,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 97.011378-1, DE CAPINZAL****Relator: Des. Eládio Torret Rocha**

*Reparação civil decorrente de acidente de trabalho. Indenização por danos materiais e morais. Culpa do empregador demonstrada. Pensionamento. Expectativa de idade média do brasileiro. Apelo parcialmente provido.*

1 — *É assente hoje o entendimento dos tribunais de que, mesmo preexistentes ao acidente, o agravamento de lesão ou moléstia dá lugar à indenização pelo direito comum, desde que, por evidente, haja sido cumpridamente demonstrada, em face do evento danoso, a culpa do empregador.*

2 — *Segundo dado recentemente divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (Ibge), a expectativa de vida média do brasileiro situa-se, na atualidade, em 68 (sessenta e oito) anos de idade, devendo ser este o parâmetro, pois, para a fixação do tempo de pensionamento derivado de reparação pecuniária por prática de ilícito civil.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.011378-1, da comarca de Capinzal, em que é apelante Perdigão Agroindustrial S/A, sendo apelado Benito Alvarino Pinheiro:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, rejeitar a preliminar e prover parcialmente o apelo.

Custas na forma da lei.

**I — Relatório**

No Juízo de Direito da comarca de Capinzal, Benedito Alvarino Pinheiro aforou ação ordinária de indenização por danos oriundos de acidente de trabalho contra Perdigão Agroindustrial S/A, pleiteando pensão vitalícia na base de 2 (dois) salários

mínimos mensais e mais 200 (duzentos) salários mínimos a título de danos morais devido aos dois infortúnios laborais.

No primeiro deles, ocorrido entre os anos de 1987 e 1988, sofreu uma queda que lhe causou lesões na coluna vertebral, e no segundo, sucedido em 14/6/1992, seu braço foi prensado por um ninho de aviário. Em virtude deste último restou incapacitado para exercer suas atividades habituais e, por isto, foi demitido, recebendo apenas o auxílio previdenciário.

Em resposta, a ré alegou que o autor não trouxe aos autos elementos probatórios suficientes, e, ainda, que existia um contrato de trabalho entre as partes com vigência entre 15/12/1987 e 6/6/1992. Aduziu, de outra parte, que o autor na ocasião de sua admissão não gozava de perfeita

saúde, concluindo, então, que não adquiriu nenhuma doença profissional ou do trabalho durante o pacto laboral, não tendo direito à requerida indenização.

O autor impugnou a contestação, salientando a culpa da ré e que ela não pode eximir-se de sua responsabilidade.

Conciliação inexitosa.

A perícia médico-judicial, constatou, na seqüência, a existência de seqüelas resultantes do acidente, ou seja, redução da capacidade funcional.

Na audiência de instrução e julgamento colheu-se o depoimento pessoal do autor e foram ouvidas duas testemunhas arroladas pelas partes.

Sentenciando, o douto Magistrado julgou procedente em parte os pedidos constantes da inicial, condenando a ré ao pagamento de uma pensão mensal ao autor, correspondente a sua última remuneração na empresa, desde maio de 1992 até a data em que completar 70 (setenta) anos de idade (9/11/2025), bem como numa indenização de 100 (cem) salários mínimos a título de danos morais.

Irresignada com o teor decisório adverso, a tempo e modo apela a parte vencida, reafirmando os argumentos expendidos na contestação, requerendo a anulação da sentença, em razão da imprestabilidade do laudo pericial juntado aos autos, já que o perito judicial nomeado não possuía qualificações técnicas para tal, e que a doença sofrida pelo apelado era degenerativa, logo, não oriunda do trabalho. Também apelou no tocante ao percentual estipulado em sentença a título de honorários advocatícios, pe-

dindo que não superasse o limite mínimo de 10% (dez por cento).

Em contra-razões o apelado pugnou pela manutenção da sentença, requerendo, apenas, que fosse elevado o valor da condenação em honorários.

É o relatório.

## II — Voto

Não conheço do agravo retido (fls. 120/120v.), eis que a apelante não requereu, no apelo, a sua apreciação por esta Corte, na conformidade do § 1º do artigo 523 do Código Instrumental.

Enfatizo, de outra parte, que, delimitando os contornos de seu inconformismo, a apelante argumenta que a sentença prolatada está contaminada pelo vício da nulidade, visto estar baseada em laudo pericial emitido por perito não detentor de adequada qualificação técnica.

De ser rejeitada, todavia, a prefacial, posto que o primeiro ato após a realização da perícia foi a audiência de instrução e julgamento, seguindo-se a ela a apresentação de alegações finais, ocasiões em que nenhuma nulidade foi argüida, sobrevindo, após, o decisório definitivo.

Dessa forma, não tendo a apelante, no momento oportuno, lançado manifestação a respeito dessa particularidade, o seu silêncio, pela regra da preclusão, convalidou o ato tido por irregular, segundo a inteligência do artigo 245 do CPC.

Humberto Theodoro Júnior a respeito doutrina:

“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, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994, pág. 31).

E, adiante, salienta:

“A essência da preclusão, para Chiovenda, vem a ser a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual pelo fato de se haverem alcançado os limites assinalados por lei ao seu exercício.

“Decorre a preclusão do fato de ser o processo uma sucessão de atos que devem ser ordenados por fases lógicas, a fim de que se obtenha a prestação jurisdicional, com precisão e rapidez.

“Sem uma ordenação temporal desses atos e sem um limite de tempo para que as partes os pratiquem, o processo se transformaria numa rixa infundável” (op. cit., pág. 525).

Tocante à matéria de fundo, cumpre ressaltar que as provas pericial e testemunhal foram claras e insofismáveis no sentido de que ocorreu mesmo o acidente típico mencionado na exordial, dando origem, de consequente, à incapacidade laborativa do apelado.

A prova documental capeada, de outro lado, confirma, não obstante, já ser o apelado portador de anquilose no quarto e no quinto dedos antes do acidente, em um exame realizado antes da admissão, mas que fora agravada não só por ser característico desse tipo de enfermidade, todavia também em razão do acidente.

No exame admissional, apesar de algumas recomendações médicas, o apelado foi considerado apto ao exercício do labor para o qual foi contratado, observando-se, no documento próprio, é verdade, certas restrições em face da sobredita doença.

A apelante, porém, lotou-o em função equivalente aos outros profissionais, não tendo respeitado a necessária adaptação ou qualquer restrição ao tipo de trabalho que desenvolveria. Tal constatação está, aliás, devidamente comprovada pelos depoimentos testemunhais capeados (fls. 11/120).

No entanto, mesmo em se considerando a preexistência da moléstia, tendo o acidente agravado a debilidade do apelado, é, irrecusavelmente, cabível a pretendida indenização.

Nesse sentido colhe-se o julgado do TACiv.SP:

“Acidente do trabalho — Moléstia profissional — Traumatismo provocado — Agravamento de lesão ou de doença preexistente — Indenização devida.

“Acidente do trabalho — Nexo causal — Dúvida — Fato que não pode aproveitar ao empregador.

“Pela doutrina e pela jurisprudência, o agravamento de lesão ou moléstia preexistente dá lugar à indenização, mesmo que se trate de afecções preexistentes” (RT 403/247).

E isto porque o Código Civil, no art. 159, dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano”.

Para obter êxito na ação indenizatória de direito comum, é imprescindível que o acidentado prove a falta, ainda que levíssima, do empregador. Entende-se por falta aquela em que o patrão demonstre, pela negligência e omissão de precauções elementares, despreocupação e menosprezo pela segurança do empregado, dando causa ao acidente (TJSP, pág. 197).

Nesse mesmo sentido, o precedente seguinte:

“Indenização — Responsabilidade civil — Danos morais e materiais decorrentes de acidente do trabalho — Dever do empregador de indenizar — Aplicabilidade do artigo 159 do Código Civil — Culpa aquiliana — Caracterização — Recursos não providos” (Apelação Cível n. 231.226-1 — São José dos Campos — 6ª Câmara Civil — Relator Reis Kuntz — 10/8/95 — v. u.).

Em verdade, diante da conclusão da perícia médica não há como

negar que o apelado tornou-se completamente incapaz para exercer qualquer atividade laborativa, especialmente se considerarmos que teve ainda atingida sua estética pela deformidade.

Decorre, portanto, a existência do dano moral, já que essa incapacidade deu causa à dor física e psicológica do apelado. Assim, o homem que era capaz de exercer as atividades laborais quando admitido pela apelante, passou a não poder trabalhar, deixando, conseqüentemente, de suprir as suas necessidades e de sua família, eis que restou despedido exatamente no mesmo dia de seu último atendimento no setor médico da apelante (fls. 34 e 38).

O apelo está a merecer, entretanto, parcial provimento.

É que a sentença, no tangente à durabilidade do pensionamento, entendeu estendê-la até que o apelado complete setenta anos de idade. Considerou, pois, o decisório, este parâmetro, como a idade média do brasileiro atual. Todavia, estatisticamente, a expectativa média situa-se, segundo o IBGE, em sessenta e oito anos de idade, segundo recentíssima matéria publicada na revista *Veja* n. 49, edição de 8/12/99, página 36.

Sendo assim, tecnicamente, a pensão deve cessar na data em que o apelado completar sessenta e oito anos de idade, ou, obviamente, se, antes disso, sobrevier outra causa apta a tal desiderato.

Pertinente ao pagamento de honorários advocatícios, considerando-se que a sentença, com fulcro nos ditames do § 3 do artigo 20 do CPC, os fixou em percentual igual a 15% sobre a soma das prestações vencidas,

mais doze vincendas e o valor dos danos morais, agiu com correção o seu ilustrado prolator, incabendo, assim, a modificação pretendida, visto haverem sido sopesadas com acuidade as particularidades pertinentes aos incisos I, II e III do mesmo dispositivo procedimental.

Voto, pois, desse modo, pelo parcial provimento do reclamo.

### III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a Câmara, por votação unânime, rejei-

tou a preliminar e proveu parcialmente o recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. José Roberge e Anselmo Cerello.

Florianópolis, 2 de dezembro de 1999.

*Xavier Vieira,*  
*Presidente com voto;*  
*Eládio Torret Rocha,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 98.010636-2, DE BLUMENAU

**Relator: Des. Eládio Torret Rocha**

*Ação de anulação de ato jurídico. Doação. Erro essencial sobre o objeto. Prescrição da ação. Ocorrência. Inteligência conjunta dos artigos 86, 87 e 178, § 9º, inciso V, alínea b, todos do Código Civil. Acolhimento da prefacial. Extinção do processo, na conformidade do inciso IV do artigo 269 do CPC. Apelo provido.*

*É de quatro anos o prazo prescricional em tema de ação anulatória de doação por erro essencial, a teor do disposto no artigo 178, § 9º, inciso V, alínea b, do Código Civil, contado o prazo extintivo a partir da data da implementação da doação.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.010636-2, da comarca de Blumenau (3ª Vara), em que é apelante Wanilda Von Gilsa, sendo apelada Iracema de Amorim:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao apelo para reconhecer ocorrente a prescrição da ação anulatória da doação.

Custas na forma da lei.

### I — Relatório

No Juízo de Direito da comarca de Blumenau, Iracema Amorim propôs ação de anulação de ato jurídico contra Wanilda Von Gilsa, aduzindo, em síntese, que a ré teria que lhe outorgar a escritura de um imóvel com área de 2.403m<sup>2</sup> (dois mil, quatrocentos e três metros quadrados).



Alegou, ainda, que o terreno foi comprado por seu pai, Carlos Hadlich, e que depois do falecimento deste tomou conhecimento de uma escritura pública de doação com cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e reserva de usufruto vitalício, permanecendo a ré, sua mãe, com o usufruto do imóvel.

Ocorre que, ainda segundo a autora, quando os dois se separaram, a ré, além de ter ficado com a parte que lhe cabia no imóvel, ainda ficou com o usufruto vitalício.

Requeru, pois, a procedência do pedido com a declaração de nulidade da escritura, bem como a condenação da ré no pagamento de custas e honorários advocatícios.

Colacionou documentos (fls. 13/27).

Devidamente citada, a parte adversa argüiu, preliminarmente, nulidade da citação, prescrição do direito de ação e inépcia da inicial. No mérito argumentou que o ato jurídico que se pretendia desconstituir é perfeito, não havendo vício de vontade ou defeito capaz de contaminá-lo.

Após a impugnação sobreveio a prestação jurisdicional monocrática a qual julgou procedente o pedido, declarando a nulidade da escritura de doação, condenando a ré, de consequente, ao pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios.

Irresignada apela a vencida, aduzindo, em preliminar, cerceamento de defesa, nulidade do processo por falta de participação do Órgão Ministerial e prescrição da ação.

No mérito, alega não ter havido vício na realização do negócio efetuado entre as partes.

Contra-arrazoados, contados e preparados, ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

## II — Voto

Insurgem-se, inicialmente, os apelantes, alegando cerceamento de defesa, haja vista o Magistrado haver julgado antecipadamente a lide, arriado no disposto no artigo 330, I, do CPC.

Razão não lhes assiste, entretanto.

A prova documental mostrou-se suficiente para nortear o decisório prolatado de forma antecipada, não carecendo, pois, da produção de qualquer outro substrato probante a tal considerato.

Este tem sido o entendimento desta Corte:

“Sentença — Julgamento antecipado da lide — Cerceamento inexistente.

“A necessidade da produção de outras provas, além das já existentes nos autos, se submete à prudente discricção do juiz, impondo-se o julgamento antecipado da lide quando as provas requeridas pelas partes forem absolutamente irrelevantes para o pronunciamento do juízo decisório, evitando a prática de atos inúteis no processo e atendendo ao princípio da economia processual” (Apelação Cível n. 97.003334-6, de Taió, rel. Des. Eder Graf).



Agiu com inegável acerto, pois, neste aspecto, o decisório vergastado.

No que tange à intervenção do Órgão Ministerial, é corrente o entendimento a respeito de sua desnecessidade, visto tratar-se, irrecusavelmente, de causa atinente a direito genuinamente privado.

Nesse sentido a jurisprudência:

“Ação pauliana — Anulação de registro de imóvel — Intervenção do Ministério Público — Desnecessidade.

“A intervenção do Curador de Registros Públicos só se justifica naqueles processos em que se discute interesse resguardado por norma registrária, e não quando a alteração de registro é mera decorrência do reconhecimento de um direito substantivo que nada tem a ver com matéria registrária” (Apelação Cível n. 42.673, de Blumenau, rel. Des. Eder Graf).

Afasto, pois, as preliminares suscitadas.

No que tange à preliminar de prescrição, cuido de acolhê-la.

Tenho, por primeiro, que, como assente na doutrina e na jurisprudência, o ato jurídico inquinado de vício derivado, como na hipótese focalizada, de erro essencial, não se constitui nulidade absoluta, mas passível de anulação, consoante as regras que dimanam dos artigos 86, 87 e 147, II, do Código Civil.

É, a respeito do tema, da jurisprudência desta Corte:

“Ato jurídico — Ação anulatória — Erro substancial ao objeto — Prescrição — Exegese dos arts. 86, 87 e 178, § 9º, V, b, todos do Código Civil.

“O ato jurídico viciado resultante de erro não é absolutamente nulo, mas passível de anulação (art. 147, II, do CC).

“Por conseguinte, o direito de propor a ação competente prescreve em quatro anos, fluindo o prazo a partir do dia em que se realizou o ato” (Apelação Cível n. 19.524, rel. Des. Ernani Ribeiro).

No mesmo sentido o aresto proferido da AC n. 48.645 relatado pelo eminente Des. Newton Trisotto.

Assim também já decidiu o colendo Supremo Tribunal Federal:

“Prescrição — Ação de anulação — Doação — Vício de consentimento alegado — Prazo de quatro anos — Fluência a partir do dia da realização do negócio jurídico — Recurso extraordinário provido.

“Prescreve em quatro anos a ação anulatória de contrato de doação fundada em vício de consentimento por erro essencial, contado o prazo extintivo a partir do dia da realização do negócio jurídico” (RT 605/235).

A doação, no caso, sucedeu, por escritura pública datada de 24/11/87 (fls. 27/28), enquanto o ajuizamento da ação ocorreu em 4/12/97, isto é, muito tempo depois de fluído o quadriênio legal.

Operou-se, pois, inapelavelmente, a prescrição da ação.

Sendo assim, dou provimento ao apelo, a fim de, em acolhendo a prescrição, julgar extinto o processo com arrimo no inciso IV do artigo 269 do CPC, isentando a apelada, todavia, dos efeitos da sucumbência, por estar ao abrigo da assistência judiciária gratuita.

É como voto.

### III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a Câmara, à unanimidade de votos, proveu o recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.

Srs. Des. Anselmo Cerello e José Roberge.

Florianópolis, 2 de dezembro de 1999.

*Xavier Vieira,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Eládio Torret Rocha,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 98.017643-3, DE CHAPECÓ

**Relator: Des. Eládio Torret Rocha**

*Processo de execução. Embargos do devedor. Bem de família. Inteligência do inciso I do artigo 3º da Lei n. 8.009/90. Crédito decorrente de título executivo judicial em face de indenização por serviços domésticos prestados por concubina. Hipótese que admite a penhora do único bem do devedor. Sentença mantida. Apelo desprovido.*

*A impenhorabilidade do bem de família, prevista no artigo 3º da Lei n. 8.009/90, não é oponível à execução de título executivo judicial pertinente a valor indenizatório alvitrado por serviços domésticos prestados por via de relação concubinária, em face da regra de exceção prevista no inciso I do mesmo dispositivo legal, cuja intenção é, em essência, garantir o pagamento de verba de feição alimentar.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.017643-3, da comarca de Chapecó (Vara da Fazenda), em que é apelante Josephino Alberto Schizzi, sendo apelada Cenira Loureiro de Lima:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, desprover o recurso.

Custas na forma da lei.

### I — Relatório

No Juízo de Direito da comarca de Chapecó, Josephino Schizzi opôs embargos do devedor à execução promovida por Cenira Loureiro de Lima, alegando, preliminarmente, ter a penhora recaído sobre bem de família e como tal, portanto, impenhorável.

Argumentou, ainda, o excesso de penhora.

A final requereu a nulidade da penhora efetuada e, alternativamente, a renovação da avaliação.

Operada a tempestiva resposta, foi apresentada réplica.

Após a realização da audiência — na qual a conciliação restou infrutífera — e, bem assim, da apresentação das derradeiras considerações das partes, sobreveio a prestação jurisdicional monocrática, cujo relatório adoto, a qual julgou improcedentes os embargos, sujeitando o embargante, assim, ao pagamento das custas e honorários advocatícios.

Irresignado com o teor do decisório adverso, a tempo e modo apela o vencido postulando, em síntese, a reforma da sentença, por não haver apreciado o pedido de assistência judiciária gratuita e por não haver acatado a tese de impenhorabilidade de seu imóvel.

Colhidas as contra-razões, ascenderam os autos a esta Casa.

O representante do Ministério Público no Primeiro Grau opinou pelo desprovimento do apelo e a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se no sentido de dar-lhe provimento.

É o sucinto relatório.

## II — Voto

O desate da questão posta no apelo passa, necessariamente, pelo exame do disposto no inciso I do artigo 3º da Lei n. 8.009 que está assim redigido:

“Art. 3º— A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária,

trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

“I — em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias”.

Examinando o assunto, o jurista Rainer Czajkowski salienta, a propósito, que “O primeiro caso tratado no inc. I do art. 3º é o das execuções de créditos trabalhistas de empregados da residência e respectivas contribuições previdenciárias. É penhorável, portanto, o imóvel próprio destinado à moradia do devedor com sua família, bem como o conjunto de móveis que o guarnecem, nas execuções em que se cobram tais créditos. A exceção refere-se a ‘trabalhadores da própria residência’, visando a proteger os créditos de empregados contratados para exercer suas atividades na moradia e em razão dela. Estão abrangidos os domésticos em geral, mordomos, copeiras, cozinheiras, governantas, jardineiros etc., assim como choferes particulares com função de transportar a família, ou outro funcionário similar que, embora não permaneça fisicamente na residência, a ela esteja intimamente vinculado” (in *A Impenhorabilidade do Bem de Família*, Curitiba, Juruá, 1992, págs. 86/87).

E, mais adiante, explicitando a denominada mens legis, arremata o aludido civilista paranaense: “A lei ao referir-se a ‘trabalhadores da própria residência’ pretendeu beneficiar aqueles empregados que passam a conviver intimamente com a família, participando de seu cotidiano, dos problemas, conflitos e comemorações, tendo, em geral, acesso a todas

as dependências da moradia. Esta noção identifica-se profundamente com a expressão 'trabalho doméstico' e é nesta acepção que deve ser aplicada" (op. cit., pág. 87).

A respeito do conceito desses empregados que prestam serviços na própria unidade familiar, menciona o jurista baiano José Martins Catharino que "O empregado doméstico é um agregado familiar. A relação entre o empregado e os donos da casa é interpessoal. O chefe da família a que serve é patrão de carne e osso. Tem contato diuturno, contínuo, direto e íntimo" (in Trabalho Doméstico, Curitiba, Juruá, 1992, pág. 11).

A mesma apreciação merece o assunto na ótica de Carlos Gonçalves, em sua obra "Impenhorabilidade do Bem de Família", quando, a propósito, salienta:

"A disposição do inciso I do artigo 3º parece limitar a exceção aos 'trabalhadores da própria residência', como os que prestam serviços de natureza doméstica (cozinheira, copeira, arrumadeira, faxineira, jardineiro, motorista, vigia, entre outros)" (Porto Alegre, Síntese, pág. 162).

E, na seqüência, conclui:

"Todavia, mesmo aqueles que prestam serviços de natureza eventual, sem vínculo empregatício, portanto, como pintor, encanador, electricista, pedreiro, carpinteiro, marceneiro, vidrazeiro etc., pela mão-de-obra empregada, também poderão, para haver o crédito resultante das respectivas atividades e que resultaram em melhoramentos, conservação e qualquer benfeitoria, executar o devedor e penhorar a casa de moradia e os bens que a

guarnecem até o limite de seus créditos..." (op. cit., págs. 162/163).

No mesmo diapasão encontramos, ainda, a doutrina de Álvaro Villaza Azevedo, em sua obra "Bem de Família", 4ª ed., São Paulo, RT, 1996, pág. 177.

Conclui-se, pois, em face das lições doutrinárias suso transcritas, que a impenhorabilidade não sucede na hipótese de concorrerem créditos de trabalhadores da própria residência, haja ou não vínculo trabalhista formal, dado que o favor legal contempla inclusive os prestadores de serviços eventuais.

É bem verdade inexistir, no caso enfocado, relação contratual entre o apelante e a apelada, visto que o crédito exigível decorre de indenização advinda de concubinato reconhecido pela sentença e agasalhado também pelo aresto que a confirmou.

O aresto ostenta, aliás, tanto em sua ementa como no corpo do julgado, fundamentação explícita a respeito do conteúdo reparatório da condenação, tendo como vetor "...os serviços domésticos que a mulher prestou ao concubino durante dezessete anos..." (fls. 210/220).

Como estabelecer diferença, pois, entre o objetivo da exceção legal em estudo e o quantum reparatório focalizado, se ambos se inserem, inequivocamente, no conceito legal de créditos pertinentes aos trabalhadores da própria residência?

É que, num e noutro, o que pretendeu o preceito legal comentado foi preservar os valores pecuniários devidos ao labor doméstico, dado que vinculado ao seu caráter alimentício e como tal necessário à sobrevivência

do trabalhador, sendo irrelevante, ademais, venia concessa, como quer o parecer da ínclita Procuradoria-Geral de Justiça, a diferenciação entre vínculo trabalhista de um e o civil reparatório do outro.

É que, nesse caso, como dimana de conhecida regra de hermenêutica jurídica, não há como o intérprete operar restritivamente onde a própria lei assim não tratou.

Penso, assim, deva prevalecer a sentença, pelo que é o meu voto, conseqüentemente, o desprovemento do apelo.

### III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a Câmara desproveu o recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Anselmo Cerello e Gaspar Rubik. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz César Medeiros.

Florianópolis, 14 de outubro de 1999.

*Xavier Vieira,*

*Presidente;*

*Eládio Torret Rocha,*

*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 99.002806-2, DE SANTO AMARO DA IMPERATRIZ**

**Relator: Des. Eládio Torret Rocha**

*Serviço rural. Contagem recíproca para fins de aposentadoria. Necessidade do recolhimento de contribuição da previdência. Interpretação do § 9º do art. 201 da Constituição Federal. Recurso desprovido.*

*“Servidor público estadual — Tempo de serviço — Contagem recíproca — Rurícola*

*“Em face do preceituado no art. 202, § 2º, da Carta Magna, torna-se inadmissível a contagem recíproca, como tempo de serviço público, de trabalho rural sem prova da contribuição previdenciária.*

*“A norma constitucional exige tempo de contribuição e as unidades federadas não podem ser oneradas por normas previdenciárias federais que dispensem esse requisito” (MS n. 97.009624-0, da Capital, rel. Des. Eder Graf).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.002806-2, da comarca de Santo Amaro da Imperatriz, em que é apelante Valdemar Jacó Ventura, sendo apelado o município de Santo Amaro da Imperatriz:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, desprover o recurso.

Custas na forma da lei.

### I — Relatório

Trata-se de ação ordinária aforada por Valdemar Jacó Ventura contra o município de Santo Amaro da Imperatriz, objetivando a averbação do tempo de serviço rural, para que possa, em seguida, aposentar-se com vencimentos integrais.

Citado, o Município ofereceu contestação alegando que obistou o pedido do autor, baseado em parecer emitido pelo Tribunal de Contas do Estado que conclui por condicionar a averbação de serviço rural ao recolhimento das contribuições previdenciárias em época própria.

Restando inexistosa a proposta de conciliação, o feito foi instruído e após manifestação do Ministério Público pela improcedência da ação, sobreveio a prestação jurisdicional monocrática que julgou improcedente a ação.

Inconformado, a tempo e modo, recorre o autor ao argumento da desnecessidade do recolhimento das contribuições previdenciárias para a averbação do tempo de serviço rural.

Contra-arrazoado o recurso os autos ascenderam ao Tribunal.

Nesta Instância, a Procuradoria-Geral de Justiça ratificou o entendimento de sua congênera, opinando pelo desprovimento do apelo.

É o sucinto relatório.

### II — Voto

Pretende o autor, com base em certidão de tempo de serviço fornecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social, averbar para efeito de aposentadoria os períodos de 1º/1/1958 a 31/12/1960; 1º/1/1963 a 31/12/1965 e de 1º/1/1966 a 11/12/1968 sem o correspondente recolhimento das contribuições previdenciárias.

O amparo à sua pretensão ancora-se no § 2º do art. 55 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, litteris:

“O tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta Lei, será computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o Regulamento”.

José de Oliveira, em sua obra Reforma Previdenciária — lei de benefícios comentada, Ed. Juruá, 1999, 3ª ed., Curitiba, referindo-se a este dispositivo legal supracitado conclui:

“A redação dada a este parágrafo pelo art. 2º da Medida Provisória n. 1.523, de 11 de outubro de 1996, e mantida nas demais reedições, inclusive a Medida Provisória n. 1.596-14, de 10 de dezembro de 1997, era a seguinte: ‘O tempo de atividade rural anterior a novembro de 1991, dos segurados de que tratam a alínea a do

inciso I, ou do inciso IV do art. 11, bem como o tempo de atividade rural do segurado a que se refere o inciso VII do art. 11, serão computados exclusivamente para fins de concessão do benefício previsto no art. 143 desta Lei e dos benefícios de valor mínimo, vedada sua utilização para efeito de carência, de contagem recíproca e de averbação de tempo de serviço de que tratam os arts. 94 a 99 desta Lei, salvo se o segurado comprovar recolhimento das contribuições relativas ao respectivo período, feito em época própria’.

“O assunto tratado neste parágrafo propositadamente não foi recepcionado no projeto de lei de conversão que resultou na Lei n. 9.528, de 10 de dezembro de 1997. A matéria é objeto da Emenda Constitucional n. 20, da reforma previdenciária. Conseqüentemente, a mudança operada pelo citado parágrafo deixou de existir, perdeu a eficácia, porque não reeditado, devolvendo-se a eficácia plena ao texto legal na redação anterior, como se nada houvesse mudado. A inexistência da reedição de medida provisória tratando da mesma matéria produz efeito ex tunc, desconstituindo-lhe a eficácia jurídica, tal como acontece no caso de rejeição parlamentar da medida ou de seu projeto de conversão.

“Com isso se pretende dizer que o disposto no § 2º acima descrito continuou com plena eficácia, pelo menos até a data de publicação da Emenda n. 20, de 16 de dezembro de 1998” (págs. 124/125).

É de se ver, pois, que o § 2º do art. 55 da Lei n. 8.213/91 colide com norma expressa, hoje, no § 9º do art. 201 da Constituição Federal.

Em conseqüência, o recurso é de ser desprovido.

A matéria está pacificada nos Tribunais, cristalizado o entendimento de que, conforme dispunha o art. 202, § 2º, da Constituição Federal, só é possível a contagem recíproca do tempo de serviço rural com prova do recolhimento da contribuição previdenciária.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIn n. 1.664-UF, rel. Min. Octavio Gallotti, assim assentou:

“Trabalhador rural. Plausibilidade da arguição de inconstitucionalidade da exigência de contribuições anteriores ao período em que passou ela a ser exigível, justificando-se ao primeiro exame essa restrição apenas em relação à contagem recíproca de tempo de serviço público (artigos 194, parágrafo único, I e II, e 202, § 2º, da Constituição e redação dada aos artigos 55, § 2º, 96, IV, e 107 da Lei n. 8.213/91, pela Medida Provisória n. 1.523-13/97)”.

E do corpo do acórdão:

“Chego, então, ao exame das disposições impugnadas (nova redação dada ao § 2º do art. 55, ao item IV do art. 96 e ao art. 107), que erigiram restrições ao cômputo do tempo de serviço do trabalhador rural, anterior à vigência da Lei n. 8.213/91, só a partir da qual dele se passou a exigir a contribuição (sendo a fonte de custeio antes imputada ao Funrural).

“Começo, nesse ponto, por observar que a contagem instituída pelo § 2º do art. 202 da Constituição (e para a qual expressamente exige esta a compensação financeira e a contribuição) tem, como pólos da reciprocida-



de, de um lado, a Administração Pública, de outro, a atividade privada, aqui compreendidas tanto a rural como a urbana. Foi o que já ficou, aliás, muito bem esclarecido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal, em acórdão de que foi relator o eminente Ministro Marco Aurélio:

‘Aposentadoria — Tempo de serviço — Rural e urbana — Somatório. A regra da reciprocidade prevista no § 2º do artigo 202 da Constituição Federal é restrita ao tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada. A referência às espécies rural e urbana informa a abrangência nesta última. A seguridade social com a universalidade da cobertura e do atendimento, bem como a alcançar a uniformização e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais resulta do teor do artigo 194, submetendo-se tais princípios ao que previsto nos artigos 195, § 5º, e 59, os dois primeiros do corpo permanente da Lei Básica Federal e o último das Disposições Transitórias. A aposentadoria na atividade urbana mediante junção do tempo de serviço rural somente é devida a partir de 5 de abril de 1991, isto por força do disposto no artigo 145 da Lei n. 8.213, de 1991, e na Lei n. 8.212/91, no que implicaram a modificação, estritamente legal, do quadro decorrente da Consolidação das Leis da Previdência Social — Decreto n. 89.312, de 13 de janeiro de 1984’ (RE 162.620, RTJ 158/143).

“Dessas premissas, parece lícito extrair que, para a contagem recíproca corretamente dita, isto é, aquela que soma o tempo de serviço público ao de atividade privada, não pode ser dispensada a prova de contribuição,

pouco importando — diante desse explícito requisito constitucional — que de, contribuir, houvesse sido, no passado, dispensada determinada categoria profissional, assim limitada, bem ou mal, quanto ao benefício de reciprocidade pela ressalva estatuída na própria Constituição” (RTJ 168/430).

Este egrégio Tribunal compartilha do mesmo entendimento:

“— Administrativo. Requisitos para o cômputo do tempo de serviço da atividade rural para aposentadoria na Administração Pública.

“— Nos termos do § 2º do art. 202 da Constituição Federal, não basta, para fins de aposentadoria na Administração Pública, o mero tempo de serviço na atividade rural, exigindo-se, sim, tempo de contribuição na aludida atividade o que, entretanto, não foi comprovado pelo ilustre requerente.

“— Indeferimento do pedido” (PA n. 97.013676-5, da Capital, rel. Des. João José Schaefer).

Ainda:

“Servidor público estadual — Tempo de serviço — Contagem recíproca — Rurícola.

“Em face do preceituado no art. 202, § 2º, da Carta Magna, torna-se inadmissível a contagem recíproca, como tempo de serviço público, de trabalho rural sem prova da contribuição previdenciária.

“A norma constitucional exige tempo de contribuição e as unidades federadas não podem ser oneradas por normas previdenciárias federais que dispensem esse requisito” (MS n. 97.009624-0, da Capital, rel. Des. Eder Graf).



Mais:

“Servidor público municipal. Trabalho em atividade rurícola. Averbação para fins aposentatórios. Falta de comprovação do recolhimento das contribuições pertinentes. Não incidência do art. 202, § 2º, da CF/88. Segurança concedida. Sentença, no entanto, reformada. Remessa, para tanto, provida.

“Em seu art. 202, § 2º, ao dispor sobre a soma, para efeitos de inativação, do tempo de serviço prestado pelos segurados em atividades públicas ou privadas, sejam estas urbanas ou rurais, criou, em favor dos trabalhadores, introduziu a Carta Política de 1988 um critério de reciprocidade de contagem vinculado, não ao tempo de serviço em si, mas, essencialmente, ao das contribuições previdenciárias realizadas. Tanto que o dispositivo constitucional em apreço refere-se expressamente ao tempo de contribuição e não ao tempo trabalhado.

“Para os efeitos previstos na Lei Maior, em sendo assim, impõe-se ao servidor a comprovação, não apenas do tempo trabalhado em atividades rurais, como, essencialmente, a efetividade das contribuições previdenciárias a acobertar o período trabalhado” (ACMS n. 98.016888-0, de Rio do Sul, rel. Des. Trindade dos Santos).

É pertinente dizer que a Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/1998, ao alterar a seção III (Da Previdência Social), do capítulo II, do título VIII, da Constituição Federal não modificou,

nesse particular, o conteúdo do § 2º do art. 202, apesar da alteração do caput, dispondo:

“Art. 201 (...).

“§ 9º — Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei”.

Nota-se que entre as duas redações houve apenas a substituição do termo sistemas por regimes, o que resulta constatar a atualidade da jurisprudência colacionada.

Voto, pois, pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

### III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a Câmara desproveu o recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Anselmo Cerello e José Roberge. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Sérgio Antonio Rizelo.

Florianópolis, 2 de dezembro de 1999.

*Xavier Vieira,*

*Presidente;*

*Eládio Torret Rocha,*

*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 46.098 (88.074190-9), DA CAPITAL****Relator: Des. Nelson Schaefer Martins**

*Administrativo. Ação de reconhecimento de direito. Reajustes. Diferenças salariais. Leis Estaduais ns. 7.588/89, art. 2º e 7.802/89, art. 10. Reconhecimento da inconstitucionalidade. STF: ADIn. n. 437-9/DF. Dispensa da provocação incidente. Provedimento do recurso e da remessa.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 46.098 (88.074190-9), da comarca da Capital, em que é apelante o Estado de Santa Catarina, sendo apelada a Associação dos Exatores e Escrivães da Fazenda Estadual de Santa Catarina — AEEFESC:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso e à remessa.

Custas na forma da lei.

Perante o Juízo da Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho da comarca da Capital, a Associação dos Exatores e Escrivães da Fazenda Estadual de Santa Catarina — AEEFESC promoveu ação ordinária de reconhecimento de direito cumulada com indenização em face do Estado de Santa Catarina.

Na condição de representante dos interesses de seus 114 associados, buscava a autora a reposição das perdas referentes a não aplicação das disposições contidas nas Leis ns. 7.588/89 e 7.802/89 e seus respectivos reflexos sobre as vantagens pessoais, inclusive 13º salário, com acréscimo de juros legais e correção monetária.

Os associados da autora, na condição de funcionários públicos estaduais, tinham a remuneração percebida, conforme previsão dos arts. 81 e seguintes da Lei n. 6.745 de 28/12/85, e quantitativos fixados por decreto do poder executivo.

Porém, o Estado não estava cumprindo as disposições legais, gerando defasagem salarial em torno de dois parâmetros — 80% do ICMS e reajuste pelo IPC.

Apesar dos reajustes concedidos entre abril de 1990 e fevereiro de 1991, estes não cobriram na integralidade as defasagens.

O Estado contestou arguindo em preliminares a ilegitimidade ativa ad causam da autora e a inadequação do rito que, diante do valor atribuído à causa, exigiria a adoção do procedimento sumaríssimo.

No mérito requereu a declaração incidental da inconstitucionalidade das Leis ns. 7.588/89 e 7.802/89.

O Dr. Promotor de Justiça opinou pela improcedência do pedido e pela declaração incidental da inconstitucionalidade das leis referidas.

A sentença julgou procedente o pedido para condenar o Estado à: a) incorporação nos vencimentos/proventos dos associados da autora dos

reajustes salariais devidos com base na variação do IPC/ICMS, conforme instituído pelas Leis ns. 7.588/89 e 7.802/89, com as incidências em todas as vantagens individuais; b) apuração em liquidação de sentença das diferenças apuradas, com acréscimo aos vencimentos, inclusive para cálculo do 13º salário; e c) ao pagamento dos ônus da sucumbência.

Irresignado o vencido apelou tempestivamente insistindo na prefacial de ilegitimidade ativa ad causam do sindicato e propugnando pela nulidade da sentença por ilíquida e ultra petita.

No mérito sustentou a tese de inconstitucionalidade das Leis ns. 7.588/89 e 7.802/89 por infringência ao disposto no art. 37, inc. XIII, da Constituição da República e requereu a reforma da sentença quanto à verba honorária.

O apelado não apresentou contra-razões.

O Ministério Público em ambos os graus de jurisdição opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

A Lei n. 7.588, de 26 de maio de 1989, que determinou o reajuste de vencimento, salário, soldo, gratificação adicional de representação, pensão e provento do pessoal civil e militar, ativo e inativo dos Quadros dos Poderes Executivo e Legislativo e do Tribunal de Contas do Estado prescrevia:

“Art. 2º. A partir de 1º de junho de 1989, os valores de que trata o artigo anterior, item I, letras a, b, c e d e seus §§, serão reajustados, mensalmente, de acordo com índice equiva-

lente a 80% (oitenta por cento) do coeficiente de crescimento nominal do produto da arrecadação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Serviços — ICMS Líquido (vetado)”.

A Lei n. 7.802, de 21 de novembro de 1989, que fixava novos valores de vencimento para cargos de categorias funcionais integrantes do Quadro de Pessoal Civil da Administração Direta e Quadro de Pessoal das Autarquias do Poder Executivo, Quadro de Pessoal do Tribunal de Contas do Estado, estabelecia:

“Art. 10. Mantida a política de reajuste mensal de que trata o artigo 2º, da Lei n. 7.588, de 26 de maio de 1989, a partir de 1º de março de 1990 o Poder Executivo promoverá em até cada 6 (seis) meses ajustes adicionais sempre que nestes períodos tenha ocorrido defasagem em relação ao Índice de Preços ao Consumidor — IPC ou índice sucedâneo”.

Considerando que tais dispositivos disciplinavam formas de reajustes dos vencimentos dos servidores públicos dos três poderes, sem que fosse observada a iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, vinculando-se à variação de indexador federal — IPC e ao percentual do crescimento nominal da arrecadação do ICMS, com possível afronta às disposições dos arts. 37, inc. XIII, 61, § 1º, inc. II, alínea a e 167, inc. IV, da Constituição da República, foram deflagradas ações diretas de inconstitucionalidade que foram acolhidas pelo egrégio Supremo Tribunal Federal.

A propósito, são colacionados precedentes desta Corte Estadual de Justiça que tratam do tema:

1) Apelação Cível n. 97.002784-2, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Quarta Câmara Civil, j. 15/4/99:

“Administrativo. Ação de reconhecimento de direito. Servidor Público Estadual. Reajustes decorrentes de diferenças salariais fundados nas Leis n. 7.588/89, art. 2º e n. 7.802/89, art. 10. Inconstitucionalidade das normas invocadas.

“O STF proclamou a inconstitucionalidade dos arts. 2º, da Lei n. 7.588/89 e 10, da Lei n. 7.802/89 que, além de estabelecerem disciplina de reajuste dos vencimentos dos servidores públicos dos três Poderes sem a observância da iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, expressamente os vinculam à variação de indexador federal, o IPC, bem como ao percentual do crescimento nominal da arrecadação de ICMS, afrontando, destarte, os comandos insculpados nos arts. 37, XIII, 61, § 1º, II, a e 167, IV, da CF/88, reproduzidos nos arts. 23, V, 50, § 2º, II e 123, V, da CE (Ap. Cív. 96.009891-7, da Capital, rel. Des. Eder Graf).

“Sendo reiterados os pronunciamentos da Corte, é possível o reconhecimento da inconstitucionalidade em questão, sendo dispensável a provocação incidente (per saltum), a teor do que dispõe o parágrafo único do art. 160 do Regimento Interno desta Corte de Justiça”.

Trecho do v. acórdão:

“2. De fato, provê-se parcialmente o apelo, tão-somente para afastar a incidência dos honorários advocatícios, como se demonstrará.

“2.1. A matéria em questão já examinada por esta colenda Quarta Câmara Civil, quando do julgamento

da Ap. Cív. n. 52.095, da Capital, cujo relator foi o signatário, firma:

‘Nesse caso, é possível o reconhecimento da inconstitucionalidade em questão, sendo dispensável a provocação incidente (per saltum), a teor do que dispõe o parágrafo único do art. 160 do Regimento Interno desta Corte de Justiça.

‘Sucede que o Excelso Pretório reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei n. 7.588/89 e do art. 10 da Lei n. 7.802/89, averbando:

‘Ação Direta de Inconstitucionalidade — Leis do Estado de Santa Catarina — Reajuste dos vencimentos dos servidores públicos — Poder de iniciativa — Indexação — Vinculação ao crescimento nominal do produto da arrecadação do ICMS e ao IPC — Medida liminar deferida.

‘Reveste-se de plausibilidade jurídica a argüição de inconstitucionalidade que invoca o princípio federativo e o postulado da divisão funcional do poder de impugnar leis estaduais que, além de estabelecerem disciplina de reajuste dos servidores públicos dos três Poderes sem a observância da iniciativa respectiva, procedem a sua vinculação ao Índice de Preços ao Consumidor (IPC), de índole federal, e ao percentual de crescimento nominal do ICMS’ (ADIn. n. 437-9/DF — medida liminar, rel. Min. Celso de Mello, DJU n. 35, de 19/2/93, pág. 2.031).

‘Esta Corte também já se manifestou acerca da temática em apreço:

‘O STF proclamou a inconstitucionalidade dos arts. 2º, da Lei n. 7.588/89 e 10, da Lei n. 7.802/89 que, além de estabelecerem disciplina de reajuste dos vencimentos dos servidores públicos dos três Poderes sem a

observância da iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, expressamente os vinculam à variação de indexador federal, o IPC, bem como ao percentual do crescimento nominal da arrecadação de ICMS, afrontando, destarte, os comandos insculpidos nos arts. 37, XIII, 61, § 1º, II, a e 167, IV, da CF/88, reproduzidos nos arts. 23, V, 50, § 2º, II e 123, V, da CE.

‘Uma vez reconhecida incidentalmente a inconstitucionalidade de lei estadual, a declaração opera efeitos ex tunc entre as partes, fulminando qualquer postulação nela amparada’ (Ap. Cív. n. 96.009891-7, Des. Eder Graf, julgada em 4/3/97).

‘E, da contextura do aresto paradigmático, colhe-se:

‘E em julgamentos finais, explicitou:

‘Ação originária. Competência do Supremo Tribunal Federal para julgar incidente de arguição de inconstitucionalidade ocorrido em apelação cível e em remessa necessária (arts. 480 e 481 do CPC): impedimento de mais da metade dos membros do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (cf. art. 102, I, n, 2ª parte). Reajuste automático de vencimentos dos servidores do Estado, vinculado mensalmente ao coeficiente de crescimento nominal da arrecadação do ICMS (arts. 2º e 3º da Lei n. 7.588/89) e a indexador federal — IPC (arts. 2º e 3º e seus parágrafos únicos da Lei n. 6.747, de 3/5/86, e art. 10 da Lei n. 7.802/89). Vício de iniciativa.

‘1. Competência do Supremo Tribunal Federal para julgar apelação interposta para Tribunal Estadual quando a maioria dos juizes efetivos

do órgão competente para a causa está impedida.

‘2. Inconstitucionalidade das disposições legais impugnadas porque ferem a um só tempo os seguintes preceitos constitucionais:

‘a) iniciativa exclusiva do Governador para deflagrar o processo legislativo de lei que concede aumento de vencimentos ou aumenta a despesa (CF/69, art. 57, II, c/c art. 200; CF/88, art. 61, § 1º, II, a);

‘b) autonomia do Estado, por ficar submetido a índice de correção monetária fixado pela União (CF/69, art. 13; CF/88, art. 25);

‘c) proibição de vinculação de qualquer natureza para efeito de remuneração do pessoal do serviço público, ao conceder reajuste automático (CF/69, art. 8º, parágrafo único; CF/88, art. 37, XIII), e

‘d) proibição de vinculação da receita de impostos a despesas (CF/88, art. 167, IV).

‘3. Julgamento total da apelação por não haver resíduo de mérito. Ressalva do ponto de vista vencido do Relator, por entender que com o julgamento do incidente de inconstitucionalidade em apelação (arts. 480 e 481 do CPC e art. 97 da CF), o Supremo Tribunal cumpre e encerra o seu ofício jurisdicional quanto à matéria que era da competência do Órgão Especial do Tribunal a quo (Súmulas 293, 455 e 513), acrescentando que fica suprimido um grau de jurisdição no que se refere às demais questões de lei federal. Honorários fixados’ (AOr. n. 317-2/SC, rel. Min. Maurício Correa, DJU n. 240, de 15/12/95, pág. 44.078).

‘Ou mais:

'Constitucional. Administrativo. Servidores do Estado de Santa Catarina. Reajuste de vencimentos. Lei n. 6.747, de 1986, artigos 2º e 3º; Lei n. 1.115/88, § 5º do art. 1º, e § 2º do art. 3º; Lei n. 7.588, de 1989, art. 2º, §§ 1º, 2º e 3º; Lei n. 7.802, de 1989, artigos 10 e 12. Inconstitucionalidade.

'I — Inconstitucionalidade dos arts. 2º e 3º da Lei n. 6.747/86, do Estado de Santa Catarina, bem assim do § 5º do artigo 1º e § 2º do art. 3º da Lei n. 1.115/88, do mesmo Estado: STF, AOr. 258/SC; AOr. 324/SC; AOr. 317/SC.

'II — Inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 7.588, de 1989, e arts. 10 e 12 da Lei n. 7.802, de 1989, ambas do Estado de Santa Catarina. STF, AOr. 317/SC; AOr. 280/SC.

'III — Recurso provido' (AOr. n. 389-0/SC, rel. Min. Carlos Velloso, DJU n. 159, de 16/8/96, pág. 28.107).

'Valeria citar, ainda, apenas por amostragem, os seguintes precedentes: AOr. n. 299-1/SC, rel. Min. Maurício Correa (DJU n. 114, de 14/6/96, pág. 21.073), AOr. n. 396-2/SC, rel. Min. Maurício Correa (DJU n. 184, de 20/9/96, pág. 34.532), AOr. n. 292-3/SC, rel. Min. Carlos Velloso (DJU n. 71, de 12/4/96, pág. 11.071), e AOr. n. 264-8/SC, rel. Min. Maurício Correa (DJU n. 197, de 13/10/95, pág. 34.247), todos em igual diapasão.

'A orientação deste Sodalício não diverge. Veja-se:

'— Administrativo. Escala móvel de vencimentos instituída pela Lei n. 6.740/85 e pelos arts. 2º e 3º da Lei n. 6.747/86, bem como pelas Leis ns. 7.588/89 e 7.802/89.

'— Ações ordinárias promovidas contra o Estado de Santa Catarina, objetivando o pagamento de diferenças de vencimentos pela não aplicação dos 'gatilhos' em determinados períodos.

'— Apelo do Estado, suscitando, entre outras questões, a de inconstitucionalidade dos dispositivos em que se funda o pedido.

'— Inconstitucionalidade que se declara de referência à Lei 6.747/86 ante o decidido, a unanimidade de votos, pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, na Ação Originária n. 258-3, de Santa Catarina, de que inconstitucionais os arts. 2º e 3º da Lei n. 6.747, de 12/6/86, do Estado de Santa Catarina (DJU de 2/6/95) e, mais recentemente, entre outras, nas Ações Originárias ns. 288-5 e 296-6 (DJU de 15/12/95).

'— Convicção pessoal do relator que cede ante o pronunciamento do STF em relação à Lei n. 6.747/86.

'— Vício de iniciativa em relação ao § 2º do art. 3º da Lei n. 7.588/89, porque importando em despesa e resultante de iniciativa parlamentar (CF/88, art. 61, §1º, II, a e Ação Originária n. 317-2, STF — DJU de 15/12/95).

'— Argüição de inconstitucionalidade do art. 10 da Lei n. 7.802/89 que também se acolhe, porque em condições análogas aos arts. 2º e 3º da Lei n. 6.747/86 (STF, Ação Originária 317-2)' (Ap. Cív. n. 45.182, da Capital, rel. Des. João José Schaefer, julgada em 22/2/96)'.  
'No mesmo sentido as Apelações Cíveis ns. 45.166, 45.995, 46.823, 48.370, 49.444, 49.506, 50.619, 49.035, 48.578, todas julga-

das em 22/2/96 e relatadas pelo eminente Des. João José Schaefer.

‘É evidente que as Leis ns. 7.588/89 e 7.802/89, por aumentarem os gastos com o funcionalismo público, são de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, consoante o insculpido no art. 50, § 2º, II, da Carta Estadual, em consonância com o art. 61, § 1º, II, a, da CF/88.

‘Diógenes Gasparini ensina:

‘A fixação da retribuição só é possível mediante lei, conforme depreende-se do art. 61, § 1º, II, a, da Lei Maior, dado que não se compreende o cargo desvinculado do padrão ou valor-de-referência. Assim, quando se cria o cargo, fixa-se sua retribuição. Portanto, por lei serão fixadas as retribuições dos cargos, empregos e funções da Administração direta (Executivo e Judiciário), autárquica e fundacional pública’ (in Direito Administrativo, 4ª ed., Saraiva, 1995, págs. 126/127).

‘Fulmina:

‘É lei ordinária de iniciativa privativa: a) do Executivo (art. 61, § 1º, a, da CF), quando cuidar de servidores desse Poder; b) Judiciário (art. 96, II, b) quando se tratar de servidores desse Poder; c) do Procurador-Geral da República (art. 61 c/c o art. 127, § 2º, da CF), quando versar sobre servidores do Ministério Público Federal. Similarmente, aplica-se no âmbito do Estado Membro, do Distrito Federal e do Município o que se descreveu em relação à esfera da União’ (op. cit., pág. 127).

‘Manoel Gonçalves Ferreira Filho, comentando o art. 61, § 1º, da CF/88, leciona:

‘O artigo em exame enuncia a matéria reservada à iniciativa do Presidente da República. Nessas matérias, portanto, somente o primeiro magistrado é senhor do momento em que convém discutir a adoção eventual de direito novo.

‘A violação dessa regra importa, como é óbvio, em violação da Constituição. Vicia, por isso, inapelavelmente qualquer projeto’ (in Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. II, Saraiva, 1992, pág. 95).

‘Pinto Ferreira, com muito acerto, explica:

‘Muito se discute, a respeito da falta de iniciativa do projeto de lei de competência reservada ou exclusiva do Presidente da República, se a sanção supre e convalida o vício de origem.

‘Determinada orientação jurisprudencial e doutrinária pretende que a ausência e iniciativa do Presidente da República fique sanada com a sanção do projeto. Lúcio Bittencourt opina que a sanção supre e sana o vício de origem, isto é, a falta de iniciativa presidencial.

‘A opinião contrária parece procedente. Quando a Constituição fala em competência privativa, não pode a sanção suprir o vício de origem, que é a falta de iniciativa do seu titular. Nesse sentido a jurisprudência do TJSP (RDA, 72:226), com o voto de José Frederico Marques (RDA, 72:226), bem como o ponto de vista de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. A falta de iniciativa, quando se trata de competência reservada, não pode ser convalidada pela sanção, do mesmo modo que o projeto de lei votado sem quórum. O vício de origem opera ex nunc,



não podendo o ato de sanção convalidá-lo' (in Comentários à Constituição Brasileira, vol. III, Saraiva, 1992, pág. 262).

'Ao depois complementa:

'É princípio de direito constitucional norte-americano que uma lei inconstitucional é, como lei, inexistente, ou não é lei.

'A volição legislativa, do mesmo modo que a volição contratual, só se transforma em ato jurídico quando se reveste da forma legal, tanto da forma quanto da solenidade. Forma data esse res, a forma confere o ser ao ato. Caso o ato legislativo não seja moldado segundo o paradigma legal, ele é inexistente como ato jurídico.

'Laurente afirmou: 'Um ato é inexistente quando não reúne as condições sem as quais não pode ser concebido, de sorte que o ato não tem senão existência aparente; nada foi feito, pois o que foi feito não existe aos olhos da lei. O nada não pode produzir efeito; o ato é nulo em virtude da lei, sem que seja necessário pedir-se a sua nulidade' (op. cit., pág. 263).

'Aditando:

'A validade da volição legislativa depende dos requisitos substanciais e formais estatuídos na Constituição. Os requisitos substanciais dizem respeito aos direitos mencionados e assegurados na Lei Fundamental ou à inexistência de sua violação. Os requisitos formais, do ponto de vista objetivo, concernem à observância da forma reta e prazo determinado para a elaboração da lei; sob a ótica subjetiva, dizem respeito à observância do órgão competente de onde nasce a lei' (idem, págs. 263/264).

'Para arrematar:

'Com a propositura do projeto de lei forma-se a relação entre o proponente, que é o sujeito ativo como titular da iniciativa, e a Câmara Legislativa, titular passivo de formação da lei, isto é, o seu destinatário, para que lhe possa ser imputada a situação jurídica passiva.

'Para que ocorra tal imputação, o saissement do destinatário, die Betaetigung des Vorschlagrecht, é necessário que a proposta seja válida, para o que se exige: a) titularidade legítima; b) competência do destinatário; c) motivação da iniciativa; d) possibilidade constitucional; e) forma prevista na Constituição e no regimento' (idem, pág. 264).

'Convém lembrar que os dispositivos legais em que se funda a pretensão inicial vinculam os vencimentos dos servidores à variação da arrecadação de impostos (art. 2º, da Lei n. 7.588/89) e a um índice federal, qual seja, o IPC (art. 10, da Lei n. 7.802/89), o que é inadmissível frente ao disposto no art. 37, XIII, da Carta da República.

'Valioso o escólio de Hely Lopes Meirelles, a saber:

'A vedação de equiparações e vinculações de qualquer natureza para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público (Constituição da República, art. 37, XIII) é outra norma moralizadora que figura no texto constitucional desde 1967 (art. 96). Resalvada a hipótese do art. 39, § 1º, autorizando a equiparação dos cargos dos Poderes Legislativo e Judiciário que possuam atribuições iguais ou semelhantes aos correspondentes cargos do Poder Executivo (paridade), a



Constituição proíbe o tratamento jurídico paralelo de cargos com funções desiguais (equiparação) e a subordinação de um cargo a outro, dentro ou fora do mesmo Poder, ou a qualquer fator que funcione como índice de reajustamento automático, como o salário mínimo ou a arrecadação orçamentária (vinculação), para fins de remuneração do pessoal administrativo.

‘Como norma de eficácia plena, o dispositivo em exame é de incidência direta, dispensando outras normas reguladoras e revogando desde logo as que disponham diversamente, de modo que ‘os beneficiários de equiparação de vencimentos ou proventos estabelecidos antes da Constituição não podem reivindicá-la após a vigência desta” (in *Direito Administrativo Brasileiro*, 16ª ed., RT, 1991, págs. 374/375).

‘Importante também o magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, verbis:

‘O inciso XIII do artigo 37 repete a norma que já constava da Constituição anterior e que veda a vinculação ou equiparação de vencimentos, para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público, ressalvado o disposto no inciso anterior e no artigo 39, § 1º. A ressalva tem por efeito excluir da vedação hipóteses de vinculação estabelecidas pela própria Constituição. O que se visa impedir, com esse dispositivo, são os reajustes automáticos de vencimentos, o que ocorreria se, para fins de remuneração, um cargo ficasse vinculado ao outro, de modo que qualquer acréscimo concedido a um beneficiária a ambos automaticamente; isso também

ocorreria se os reajustes de salários ficassem vinculados a determinados índices, como o de aumento do salário mínimo, o de aumento da arrecadação, o de títulos da dívida pública ou qualquer outro’ (in *Direito Administrativo*, 5ª ed., Atlas, 1995, pág. 367).

‘Cumpra salientar, ainda, que a Lei n. 7.588/89, ao vincular o aumento dos vencimentos dos servidores estaduais à variação da arrecadação do ICMS, atentou também contra o art. 167, IV, da CF/88, reproduzido no art. 123, V, da Carta Estadual, que expressamente veda ‘a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159...’.

‘Por fim, a utilização do IPC como índice de reajustamento fere a autonomia estadual conferida pela Carta Magna em seu art. 25.

‘Aplica-se, *mutatis mutandis*:

‘Lei n. 1.016, de 1º/7/87, do município do Rio de Janeiro. Inconstitucionalidade.

‘Lei municipal, que determina que o reajuste da remuneração dos servidores do Município fica vinculado automaticamente à variação do IPC, é inconstitucional, por atentar contra a autonomia do Município em matéria que diz respeito a seu peculiar interesse.

‘Recurso extraordinário conhecido e provido, declarando-se, ainda, a inconstitucionalidade das expressões ‘vencimentos’, ‘salários’, ‘gratificações’ e ‘remunerações em geral’ do artigo 1º da Lei n. 1.016, de 1º/7/87, do município do Rio de Janeiro’ (RTJ — 149/928).

‘Ou mais:

‘Recurso extraordinário. Reajuste trimestral de vencimentos/proventos na forma disciplinada pela Lei Estadual n. 3.935/87, pela variação do IPC do trimestre. Vinculação a indexador decretado pela União Federal. Inconstitucionalidade.

‘1. A lei estadual, que determina que o reajuste de remuneração dos servidores fica vinculado automaticamente à variação do IPC, é inconstitucional, por atentar contra a autonomia do Estado em matéria que diz respeito a seu peculiar interesse.

‘2. Precedentes.

‘Recurso extraordinário conhecido e provido, para denegar a segurança requerida’ (STF — RE n. 166.581-5, rel. Min. Maurício Correa, DJU n. 169, de 30/8/96, pág. 30.614).

‘Portanto, inescindível a colidência do art. 2º, da Lei n. 7.588/89, e do art. 10, da Lei n. 7.802/89, com os arts. 37, XIII, 61, § 1º, II, a, e 167, IV, da CF/88, reproduzidos simetricamente nos arts. 23, V, 50, § 2º, II e 123, V, da Carta Estadual’.

‘Dessarte, dado que restou assente a declaração de inconstitucionalidade das leis estaduais em questão, as postulações nelas amparadas não podem subsistir, por falta de amparo legal’.

“2.2 Quanto aos honorários advocatícios, devem ser afastados, eis que a sentença fundou-se em fato superveniente (art. 462 CPC) à propositura da demanda.

“De efeito, o aforamento da ação deu-se em 8/9/94 (fls. 7), ao passo que a decisão plenária do STF, que

fundamentou a sentença objurgada, restou prolatada em 26/5/95.

“O próprio decisum guerreado, às fls. 380 dos autos, é elucidativo:

‘No mérito, sabemos que as ações que envolviam as Leis ns. 6.474/86, 7.588/89 e 7.802/89, sempre, nos dois graus de jurisdição, eram acolhidas como procedentes.

‘Acontece, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal, em sessão plena de 26/5/95, ao examinar a Ação Ordinária n. 258-3, de Santa Catarina, acabou declarando a inconstitucionalidade dos artigos 2º e 3º, da Lei n. 1.115/88, reformando decisum que acolhia a pretensão dos autores e, em consequência, julgando improcedente a ação do chamado ‘gatilho salarial’.

“Dessarte, pertinente à aplicação dos ditames do art. 462 do CPC para se afastar os honorários de advogado arbitrados aos apelantes.

“É da jurisprudência:

‘— o juiz levará em conta essa circunstância e condenará ao pagamento de honorários e custas aquele dos litigantes que perderia a ação, se o fato superveniente não tivesse ocorrido (RSTJ 21/498; RT 706/77 e JTJ 158/158, bem fundamentado; RJTJESP 109/315, 116/294, maioria, 124/192, JTJ 147/160, 160/301, Lex — JTA 118/184, RF 291/293, RTJE 126/120).

‘(...)

‘Contra, sujeitando cada litigante ao pagamento dos honorários de seu advogado e das custas que despendeu: RSTJ 62/303 (sob fundamento de que, se a ação foi havida como prejudicada, não há vencedor nem vencido), 67/510, RT 524/196,

524/225, JTJ 158/137, JTA 33/264, 40/73, 117/280, RJTAMG 26/256, Bol. AASP 1.587/120.

‘(...)

‘(...)

‘No caso de extinção do processo, não se podendo atribuir ao réu ‘o fato da causação injustificada do ajuizamento da lide’, não pode ser condenado a pagar honorários de advogado (RSTJ 77/240)’ (notas 20:20 e 20:20ª ao art. 20 do CPC, comentadas por Theotônio Negrão in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 30ª ed., Editora Saraiva, 1999, págs. 121/2).

“Assim, provê-se parcialmente o recurso, deferindo-se, de qualquer sorte, o benefício da assistência judiciária, para afastar tal verba. Tal benefício, bem de ver, pode ser pleiteado a qualquer tempo (art. 6º da Lei n. 1.060/50) e ‘uma vez concedida a justiça gratuita no curso do processo, seus efeitos retroagem ao início deste’ (RJTAMG 34/292), a menos que a decisão concessiva disponha diversamente (JTA 100/73)’ (op. cit., pág. 1.039).

“3. Em face do que se expôs, provê-se parcialmente o recurso para afastar a condenação em honorários advocatícios, deferindo-se o benefício da assistência judiciária”.

2) Apelação Cível n. 97.003041-0, da Capital, rel. Des. Vanderlei Romer, Segunda Câmara Civil, j. 8/4/99:

“Administrativo. Funcionário público. Gatilho salarial. Dispositivos legais inconstitucionais. Art. 2º da Lei Estadual n. 7.588/89 e art. 10 da Lei Estadual n. 7.802/89. Recurso desprovido”.

“Impõe-se a rejeição do pedido do autor se fundado em dispositivos legais declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal’ (Ap. Cív. n. 52.005) (Ap. Cív. n. 96.010046-4, rel. Des. Newton Trisotto)”.

3) Apelação cível n. 97.007739-4, da Capital, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, Terceira Câmara Civil, j. 24/3/99:

“Ação de reconhecimento de direito cumulada com cobrança — Funcionários públicos estaduais — Pretensão à percepção da terceira e última parcela instituída pela Lei n. 6.740/85 — Prescrição quinquenal (Dec. n. 20.910/32) devidamente reconhecida — Preliminar acatada — Leis ns. 6.747/86 (arts. 2º e 3º); 7.588/89 (art. 2º, § 1º, 2º e 3º) e 7.802/89 (arts. 10 e 12) — Reajuste de vencimentos — Dispositivos declarados inconstitucionais pelo STF — Desnecessidade do per saltum — Vencimentos pagos com atraso — Correção monetária e juros — Exegese dos arts. 27, VIII, e 117 da Carta Estadual e 196, da Lei n. 6.745 — Interposição de recurso por ambas as partes — Sentença mantida — Remessa e recursos desprovidos.

“— Prescreve em cinco anos prazo para ajuizamento de qualquer ação contra a Fazenda Pública, para a obtenção de benefício salarial, fixando-se o dies a quo a partir do fato que originou o direito. Aplicação do Decreto n. 20.910, de 6/1/32” (Ap. Cív. n. 46.323, da Capital).

“— O STF proclamou a inconstitucionalidade dos arts. 2º, da Lei n. 7.588/89 e 10, da Lei n. 7.802/89 que, além de estabelecerem disciplina de reajuste dos vencimentos dos servidores públicos dos três Poderes sem a observância da iniciativa exclusiva do

Chefe do Poder Executivo, expressamente os vinculam à variação de indexador federal, o IPC, bem como ao percentual do crescimento nominal da arrecadação de ICMS, afrontando, destarte, os comandos insculpados nos arts. 37, XIII, 61, § 1º, II, a e 167, IV, da CF/88, reproduzidos nos arts. 23, V, 50, § 2º, II e 123, V, da CE.

“Versando a controvérsia sobre ato normativo já declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta Política da República — o Supremo Tribunal Federal — descabe o deslocamento previsto no art. 97 do referido Diploma Maior. O julgamento de plano pelo Órgão fracionado homenagem não só a racionalidade como também implica interpretação teleológica do art. 97 em comento, evitando a burocratização dos atos judiciais no que nefasta ao princípio da economia e da celeridade. A razão de ser do preceito está na necessidade de evitar-se que os órgãos fracionados apreciem, pela vez primeira, a pecha de institucionalidade argüida em relação a um certo ato normativo (STF — AgRG no AI n. 19, n. 170.303-3/PR, rel. Min. Marco Aurélio, DJU n. 211, de 3/11/95, pág. 37.523)” (Ap. Cív. n. 97.006386-5, da Capital).

“— A teor do entendimento da maioria do Supremo Tribunal Federal,

inexiste inconstitucionalidade no dispositivo inserto na Carta Estadual que determina o pagamento dos proventos e vencimentos dos servidores até o último dia útil do mês a que correspondem” (MS n. 96.000318-5, da Capital).

Assim é que, diante da proclamada inconstitucionalidade dos dispositivos dos arts. 2º da Lei n. 7.588/89 e 10 da Lei n. 7.802/89 pelo colendo Supremo Tribunal Federal, todas as demais teses têm prejudicado o exame.

Isso posto, dá-se provimento ao recurso e à remessa em decorrência de fato superveniente (declaração de inconstitucionalidade), dispensando-se todavia os apelados do pagamento de honorários advocatícios, a teor do disposto no art. 462 do CPC.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Pedro Manoel Abreu e Solon d’Eça Neves. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vidal Vanhoni Filho.

Florianópolis, 17 de fevereiro de 2000.

*Alcides Aguiar,*  
*Presidente ;*

*Nelson Schaefer Martins,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 50.343 (88.086311-2), DE JOINVILLE**

**Relator: Des. Nelson Schaefer Martins**

*Acidente de trabalho. Indenização. Direito comum. Culpa da empregadora. Sinistro ocorrido antes da vigência da Constituição Federal de 1988. Aplicação de norma de direito superveniente. CF, art. 7º, inc. XXVIII. Incapacidade parcial para o trabalho. Pensiona-*

*mento. Dano estético. Recurso parcialmente provido.*

*A circunstância de que a empregadora não teria agido com dolo ou culpa grave, não afasta a sua responsabilidade de indenizar, pois a empresa deve responder na forma do direito comum pelas lesões sofridas pelo obreiro, mesmo que a culpa tenha sido leve, diante do disposto no art. 7º, inc. XXVIII, da Constituição Federal de 1988.*

*Se o sinistro ocorreu antes da vigência da nova ordem constitucional, aplica-se a norma de direito superveniente.*

*A culpa da empresa caracteriza-se, nas modalidades de omissão e negligência, se deixa de adotar todas as medidas de segurança necessárias e determina que empregado opere maquinário perigoso — serra circular, daí resultando o acidente e a perda anatômica, com diminuição da capacidade laboral e deformidade permanente.*

*A percepção, pelo autor, dos valores de benefícios previdenciários pelo INSS, não impede a concessão de verbas correspondentes à indenização de direito comum, em face da culpa da empregadora. A indenização do direito comum não pode ser compensada com a do direito acidentário.*

*Demonstrado o valor do salário percebido pelo autor ao tempo do acidente, sobre este é que deve ser fixada a pensão mensal. Constatada a incapacidade parcial, por analogia da legislação previdenciária, fixa-se a pensão em 50% do rendimento.*

*A condenação por dano estético, estipulada em 100 (cem) salários mínimos, deve ser mantida, pois a perícia médica constatou a ocorrência de alteração morfológica na mão esquerda, com os conseqüentes aleijão e deformidade.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 50.343 (88.086311-2), da comarca de Joinville (3ª Vara), em que é apelante M. Lobo Engenharia e Construção Ltda., sendo apelado Jair Broseghini:*

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, por maioria de votos, admitir a aplicação superveniente do disposto no art. 7º, inc. XXVIII, da CF e por vota-

ção unânime dar parcial provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Perante o Juízo da 3ª Vara Cível da comarca de Joinville, Jair Broseghini promoveu ação de responsabilidade civil decorrente de acidente do trabalho em face de M. Lobo Engenharia e Construção Ltda.

Alegou que fora contratado pela empresa em 10/11/1986, para as funções de carpinteiro. No dia 30/11/1986, quando confeccionava cunhas de madeira em uma serra circular foi vítima de grave acidente de trabalho que lhe ensejou a mutilação da falange do dedo indicador da mão esquerda, rigidez nos demais dedos, e perda da mobilidade da mão, o que o impossibilitaria de exercer suas atividades profissionais.

Apontou como causa do infortúnio a inexistência de equipamento de segurança necessário à prevenção de acidentes, o que corresponderia a culpa grave do empregador, com o conseqüente dever de indenizar o gravame, a teor da Súmula 229 do STF.

Informou que, cessado o pagamento do benefício de auxílio-doença pela previdência social, retornou ao trabalho, com a intenção de desempenhar atividade compatível com sua condição física apresentada. No entanto, foi despedido sem justa causa pela empresa.

Requeru a condenação da ré ao pagamento de a) pensão mensal vitalícia correspondente a cinco salários mínimos mensais por mais 27 (vinte e sete) anos de vida provável; b) dano estético no valor de 100 (cem) salários mínimos; c) prestações vencidas acrescidas de juros compostos.

A demandada contestou, arguindo as preliminares de I) invalidade dos documentos apresentados pelo autor por não possuírem firma reconhecida; II) carência de ação, pois a Lei n. 6.367/76 teria eximido os empregadores de responsabilidade por acidentes do trabalho.

No mérito, afirmou que a ré não contribuiu com culpa grave ou dolo para a ocorrência do evento danoso, apontando a culpa exclusiva do autor que estaria limpando a mesa da serra circular, afastando os cavacos de madeira, enquanto ainda estava em funcionamento o equipamento.

No saneador, foi afastada a prefacial de carência de ação, deferindo-se a produção de provas periciais de segurança do trabalho e médica.

Apresentados os laudos e parecer do assistente técnico da ré, as partes foram intimadas para manifestação.

Em audiência de instrução, foram colhidos os depoimentos testemunhais, e, posteriormente, as partes apresentaram memoriais.

A sentença da lavra da Dra. Cláudia Inês Maestri julgou procedente o pedido, condenando a empresa-ré ao pagamento de pensão mensal correspondente a cinco salários mínimos mensais durante 27 (vinte e sete) anos e de indenização por dano estético de 100 (cem) salários mínimos, além de despesas processuais e honorários advocatícios de 15% sobre o valor das prestações vencidas e sobre doze das vincendas.

Irresignada a demandada apelou tempestivamente argumentando que: a) não houve dolo ou culpa grave, sendo este o único acidente com a máquina registrado nas obras da empresa; b) o autor era carpinteiro experiente e mesmo com a proteção indicada, ele não estaria a salvo do risco de acidentes; c) o acidente estaria coberto pela indenização previdenciária; d) o autor teria agido com culpa recíproca, o que, por conseqüência, afas-

taria o reconhecimento da culpa grave da apelante; e) a decisão impugnada não poderia invocar dispositivos constitucionais e legais da atualidade para a análise de fatos pretéritos; f) a incapacidade do autor fora parcial e temporária não o impedindo de trabalhar; g) a reabilitação prevista em lei é de responsabilidade da previdência social e do segurado; h) a indenização seria excessiva pois a maior remuneração do autor corresponderia a dois salários mínimos mensais quando era totalmente capaz, além do que, as indenizações deveriam tomar por base a tabela do INSS.

Embargos de declaração da vencida foram rejeitados.

O recurso foi preparado e contra-arrazoado.

Os autos ascenderam a esta Corte Estadual de Justiça.

Em sessão de julgamento da Câmara Cível Especial houve sustentação oral pelo advogado Dr. Carlos Adauto Vieira.

É o relatório.

I. A circunstância de que a apelante não teria agido com dolo ou culpa grave não afasta a sua responsabilidade de indenizar, pois a empresa deve responder na forma do direito comum (civil) pelas lesões sofridas pelo obreiro, mesmo que a culpa tenha sido leve, diante do disposto no art. 7º, inc. XXVIII, da Constituição Federal de 1988.

O sinistro ocorreu em 30/11/1986 e portanto antes da vigência da nova Carta Magna. Porém, conforme se colhe de decisão do colendo Superior Tribunal de Justiça em REsp. n. 17.197-0—MG, rel. Ministro Nilson

Naves, 3ª Turma do STJ, j. 22/6/93, RSTJ 60/228:

“Acidente do trabalho. Indenização com base no direito comum. Culpa do empregador. Espécies de culpa. Direito superveniente (aplicação). ‘A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador’, segundo o princípio inscrito na Súmula 229/STF. Mas, entre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, a Constituição de 1988 garantiu, no art. 7º, inciso XXVIII ‘seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa’. Caso, assim, de direito superveniente, ao não distinguir, para assegurar-se o direito à indenização, as espécies de culpa, influindo por isso no julgamento da lide, a teor do art. 462 do CPC. Precedentes do STJ, dentre os quais os REsp. ns. 5.358 e 10.513. Recurso especial conhecido, pela alínea a, por ofensa à aludida disposição processual, e provido em parte, anulando-se o processo”.

Trecho do v. acórdão:

“Relativamente à aplicação do aludido texto constitucional, com influência no julgamento da lide, na condição de direito superveniente, creio que, ao defender o conhecimento do recurso, assiste razão, neste ponto, à Subprocuradoria-Geral da República. Tal à vista de precedentes do Superior Tribunal de Justiça. De modo específico, no REsp. n. 5.284, citado pelo parecerista, a 4ª Turma, acolhendo o voto do Sr. Ministro Athos Carneiro, confirmou o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que aplicou



a fato pretérito o estabelecido no art. 7º, inciso XXVIII da Constituição. Já anteriormente, pois o julgamento desse recurso ocorreu na sessão de 11/6/91, a 4ª Turma, na sessão de 27/11/90, pronunciara-se sobre a questão ora em debate, assentando, naquele momento, que 'Eventual dissonância jurisprudencial respeitante ao tema estaria superada, pois ao novo texto constitucional (art. 7º, XXVIII) há de adequar-se o entendimento dos tribunais, inclusive com nova leitura da Súmula 229 do Supremo Tribunal Federal'.

"(...) Ora, se a nova Constituição estabelece que para a ação de indenização acidentária pelo direito comum se faz necessário apenas a existência da culpa, não se pode deixar de aplicá-la, mormente quando em sua vigência a causa se achava pendente de julgamento" (RSTJ 60-234/235).

No mesmo sentido, precedentes deste Tribunal de Justiça:

1) Apelação Cível n. 51.861 (88.90784-0), de Joinville, rel. Des. João José Schaefer, Quarta Câmara Civil, j. 15/10/98:

"— Indenização de direito comum fundada em culpa do empregador em acidente do trabalho.

"— Ociosa, no caso, a discussão sobre a aplicabilidade do disposto no art. 7º, XXVIII, da CF, que não mais distingue o grau de culpa, para efeito de indenização, como o fazia a Súmula 229 do STF, porque indiscutivelmente grave, no caso, a culpa do empregador.

"— Vigência da indenização por dano material a partir do ajuiza-

mento da ação em face de pedido expresso em tal sentido.

"— Constituição de capital para assegurar o pagamento das prestações. Possibilidade de substituição por caução fidejussória (CPC, art. 602, § 2º).

"— Dano moral. Fixação a critério do julgador, presente a circunstância de que não deve a indenização constituir fonte de enriquecimento, mas contrapartida ao desgosto sofrido (RTJ 108/647). Fixação atendidas as peculiaridades do caso e precedentes jurisprudenciais.

"— Provimento parcial a ambos os recursos".

Trecho do v. acórdão:

"(...) No regime anterior à Constituição Federal o STF editou a Súmula 229 no sentido de que 'A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador'.

"A Constituição inovou, estabelecendo no art. 7º, XXVIII, que o seguro de acidente do trabalho não exclui a indenização quando o empregador incorre em 'dolo ou culpa'.

"A culpa, pois, já não mais se exige seja grave.

"O acidente aconteceu em 6/7/76, antes, portanto, da atual Constituição, circunstância que não pode passar sem exame.

"Para o TJSP 'A reparação, no âmbito do direito comum, de dano decorrente de acidente do trabalho ocorrido antes da Constituição da República de 1988, depende do empregador ter agido com dolo ou culpa grave' (AC n. 241.614-1, Jurisp. Tribunal de Justiça — Lex, vol. 185/98).



“Não foi esse, contudo, o entendimento que prevaleceu no STJ.

“No REsp. n. 17.197—MG, 3ª Turma, relator o Sr. Ministro Nilson Naves, decidiu-se pela aplicação do preceito constitucional do art. 7º, XXVIII, que ampliou o cabimento da indenização de direito comum na ocorrência de culpa do empregador, mesmo leve, considerando-se invocável a norma de direito superveniente (no caso o aludido art. 7º, XXVIII, da CF), que não distingue, para efeito de indenização, as espécies de culpa.

“No voto, o eminente Ministro Relator transcreve esta passagem do voto do eminente Ministro Fontes de Alencar no REsp. n. 5.284: ‘Desassistente razão ao recorrente, porquanto, em tese, a Constituição tem aplicação imediata, podendo criar ou extinguir direitos.

‘Ora, se a nova Constituição estabelece que para a ação de indenização acidentária pelo direito comum se faz necessária apenas a existência de culpa, não se pode deixar de aplicá-la, mormente quando em sua vigência a causa se achava pendente de julgamento’ (...).”

2) Apelação Cível n. 51.628 (88.089901-8), de Santa Cecília, rel. Des. Anselmo Cerello, Segunda Câmara Civil, j. 10/6/99:

“Responsabilidade civil — Acidente do trabalho — Culpa caracterizada do patrão pela lesão sofrida pelo empregado — Ação procedente.

“Responde o empregador civilmente pelo dano sofrido por seu empregado mesmo que tenha obrado com culpa leve, em face do novo comando constitucional (art. 7º, XXVIII)

que alterou o disposto na Súmula 229 do STF.

“Age com culpa grave o empregador que permite que seu empregado opere maquinário perigoso, sem o preparo necessário e sem equipamento de segurança, resultando do acidente perda anatômica que acarrete diminuição de capacidade laboral e deformidade. A reparação envolverá além dos danos materiais os de ordem moral, arbitrados equitativamente”.

Trecho do v. acórdão:

“Como exposto pelo Magistrado a quo em sua brilhante sentença: ‘...a responsabilidade civil está fundamentada basicamente no dogma de que o homem responde pelos danos que causar e, a partir disto, e com a evolução dos estudos, surgiu a chamada teoria da ‘responsabilidade pelo fato das coisas’, onde o encargo deverá recair sobre a pessoa que tinha a guarda da coisa que veio a causar o dano’.

“Assim, qualquer falta cometida pelo empregador, na ocasião do evento lesivo, ao empregado, acarretar-lhe-á o dever indenizatório do art. 159 do Código Civil:

‘Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a alguém, fica obrigado a reparar o dano’.

“(...) Sobre o assunto, já decidiram os tribunais pátrios:

‘Indenização — Responsabilidade civil — Acidente do trabalho — Perda da mão esquerda da vítima que sem treinamento operava máquina perigosa — Culpa grave caracterizada — Fixação de verba mensal e vitalícia

a título de indenização — Recurso parcialmente provido' (rel. Alfredo Migliore — Apelação Cível n. 178.335-1 — Araçatuba/SP — 7/12/92).

"Ainda:

'Acidente do trabalho — Indenização devida — Negligência do empregador evidenciada — Culpa caracterizada — Irrelevância do grau da culpa.

'Com o advento da Carta Federal de 1988, mercê da norma insculpida em seu art. 7º, item XXVIII, a culpa do empregador para a ocorrência de sinistro laborativo, sem que importe o seu grau, acarreta-lhe o dever de prestar ao obreiro por si contratado indenização de acordo com as normas do direito comum, independentemente da cobertura acidentária. Aos empregadores, hodiernamente, impõe-se a obrigação de assegurar a seus empregados a mais completa segurança no trabalho que desenvolvem. Se assim não agem, descurando-se desse dever, permitindo que seus empregados prestem serviços arriscados, sem a menor garantia de segurança, são eles responsáveis perante o trabalhador e, no óbito deste, perante seus dependentes' (Ap. Cív. n. 96.003267-3, da comarca de Fraiburgo, ac. unân., rel. Des. Trindade dos Santos — DJSC de 15/7/97, pág. 13).

"Também:

'Ação de indenização. Acidente de trabalho. Direito comum. Perda de olho. Culpa do empregador comprovada. Procedência. Decisão confirmada.

'Tendo o empregador deixado de fornecer óculos protetores e de orientar o empregado, possibilitando

melhor segurança no trabalho, responde civilmente (art. 159, CC) pelos danos pessoais causados ao empregado, decorrentes da perda do olho direito, por ter sido atingido por um estilhaço de gelo, quando prestava serviços à empresa em seu frigorífico. Apelação desprovida' (TAPR, Ap. Cív. n. 0055864-9, comarca de Joaquim Távora, ac. unân. da 5ª Câm. Cív., rel. Juiz Accácio Cambi, DJPR de 12/2/93, págs. 130/131).

"Mais:

'Indenização — Responsabilidade civil — Acidente do trabalho — Culpa grave do empregador — Inexigibilidade de sua comprovação — Isenção de responsabilidade apenas nas hipóteses de caso fortuito ou força maior ou de culpa exclusiva da vítima — Interpretação do art. 7º, inc. XXVIII, da Constituição da República — Recurso provido' (JTJ — LEX 177/100 (...)).

3) Apelação Cível n. 50.178, de Palhoça, rel. Des. Eder Graf, Terceira Câmara Civil, j. 13/2/96:

"Responsabilidade civil — Acidente do trabalho — Perda da visão de um olho — Negligência da empresa em proporcionar ao obreiro a proteção adequada — Culpa caracterizada — Dever de indenizar.

"Inarredável o dever de indenizar do empregador que, por negligência, não observou as exigências legais para dar segurança ao trabalho, impondo ao seu operário o manuseio de máquina totalmente desprovida de proteção adequada, ensejando a ocorrência do acidente".

II. Colhe-se da prova dos autos que a empregadora agiu com culpa ao permitir que o autor operasse maqui-

nário perigoso sem a proteção devida, daí resultando o acidente e a perda anatômica com diminuição da capacidade laboral e deformidade permanente.

O laudo pericial elaborado pelo perito em segurança do trabalho consignou:

“3º — Sabe-se, sim, que a máquina causadora do acidente (serra circular) não dispunha do Equipamento de Segurança protegendo a lâmina (disco) de corte, o que teria evitado a penetração da mão do operador na área de risco” (fls. 46).

“Qual a máquina utilizada?”

“Resposta: serra circular” (resposta ao quesito 3, fls. 47).

“O acidente que causou o aleijão no autor foi decorrente de quê? (Motivo).”

“Resposta: Falta de proteção da máquina, ou mais precisamente, do elemento cortante que é a serra circular, somado à falta de ordem e limpeza no local de trabalho” (resposta ao quesito 7, fls. 48).

“A máquina dispõe de proteção contra acidentes? Se dispõe, em que consiste?”

“Resposta: A máquina não dispunha (não dispõe) de proteção contra acidente” (resposta ao quesito 8, fls. 48).

“Se não dispõe, poderia ser adaptada para oferecer maior proteção ao operador, evitando o risco de acidentes?”

“Resposta: Sim, a máquina poderia (e deve) ser equipada c/ o equipamento de segurança e evitar o risco de acidente” (resposta ao quesito 10, fls. 48).

“Se o acidente sofrido pelo autor poderia ter sido evitado?”

“Resposta: Sim, poderia ser evitado” (resposta ao quesito 12, fls. 49).

“Se o autor utilizava equipamento de proteção individual?”

“Resposta: Os equipamentos de proteção individual utilizados pelo autor eram o capacete p/proteção da cabeça e sapatão p/proteção dos pés” (resposta ao quesito 14, fls. 49).

“Se tais EPI’s foram fornecidos pela empresa, em que ocasião, se eram os recomendados pela segurança do trabalho e se estavam dentro das normas previstas na legislação pertinente?”

“Resposta: Não recebeu EPI’s completo para proteção contra os perigos de lançamento de cavacos da serra circular, ou seja: os óculos e avental de raspa (couro) para proteger-se contra cavacos e nem a serra possuía a devida proteção” (resposta ao quesito 15, fls. 49).

“16.2 — A serra circular e a legislação

“(…) c) As serras circulares devem ter coifas de proteção do disco, lâmina separadora, além de outros dispositivos de segurança exigidos” (fls. 52).

“2) O colaborador não dispunha de empurrador — elemento auxiliar que evita que a mão do operador se aproxime do disco de corte, ou seja: da serra circular” (fls. 53).

A prova oral indicou que a empresa agiu com culpa nas modalidades de omissão e negligência, pois não adotou todas as medidas de se-

gurança necessárias para o tipo de trabalho:

Alfredo Manoel Goulart:

“O depoente presenciou o acidente ocorrido quando o autor cortava sarrafos de madeira para fazer cunha, utilizando-se de uma serra circular que não tinha bom fio, e não tinha o autor equipamento de proteção, quando quebrou o sarrafo vindo a cortar a mão do autor a qual ficou inutilizada; Que, embora os empregados cuidassem dos equipamentos e do maquinário não havia nenhuma pessoa responsável pela manutenção dos equipamentos. (...) Que, o acidente ocorreu logo no início da obra e o depoente estava trabalhando no local cerca de 20 dias; (...) Que, a serra circular, atualmente para fins de proteção, tem um balanço por cima para evitar que o material volte, todavia quando o sarrafo quebra não há nenhuma proteção que possa evitar o acidente; Que, pelo Dr. Procurador do autor foi requerido que ficasse consignado que na época a máquina em que o autor acidentou-se não possuía qualquer proteção de segurança; Que, quando quebrou o sarrafo este foi para frente indo a mão do autor junto” (fls. 120);

José da Silva:

“O mestre da obra de nome Amauri determinou na época dos fatos que o autor fizesse cunhas para regular a altura da lage tendo o autor então utilizado-se da única serra circular existente ali na obra, e inadequada para tal tarefa, porque tinha os dentes da serra muito grandes; Que, quando passava a madeira pela serra esta tomou a madeira da mão do autor ocasionando o acidente, cortando de-

dos da mão do autor; Que, a serra circular não tinha nenhuma proteção; (...) Que, a serra encontrava-se em condições de trabalho, mas se fosse afiada melhoraria as condições; (...) Que, são necessários como equipamentos de proteção para quem trabalha em serra circular a utilização de óculos de proteção e que a serra contenha uma proteção sobre a parte circular da serra” (fls. 121);

Maury de Souza:

“Que, a serra não tinha proteção para a mão; (...) Que, a manutenção da serra era feita pelos próprios banqueiros que a utilizavam; (...) Que, não tem conhecimento de que o autor estivesse ou não usando óculos de proteção todavia próximo a serra havia um óculos para que fosse utilizado; Que, não se recorda em que local se encontrava os óculos todavia confirma que o mesmo existia; Que, os funcionários não tiveram nenhum treinamento para operar na serra” (fls. 122).

III. A apelante pretendeu, sem sucesso, demonstrar que, além de tratar-se de carpinteiro experiente, nem mesmo com proteção, o autor estaria livre de acidentes, diante do risco profissional, que de todo o modo, seria coberto por indenização acidentária paga pela previdência social por força de contrato de seguro.

Porém, constata-se que a pretensão do autor nestes autos diz respeito ao direito comum, e a eventual responsabilidade da previdência social gravita em outra órbita, posto que de natureza diversa.

O colendo Superior Tribunal de Justiça em AgRgAg n. 183963—RJ, rel. Min. Waldemar Zveiter, Terceira

Turma, j. 25/5/99, DJU de 1/7/99 a propósito assim deliberou:

“Agravamento regimental — Agravamento de instrumento — Responsabilidade civil e por acidente de trabalho — Demonstração de inexistência de culpa — Matéria de prova — Súmula 7/STJ — Indenizações cumuladas — Jurisprudência do STJ.

“(…) II — A jurisprudência do STJ assentou entendimento no sentido de que a indenização acidentária não obsta a de direito comum, quando o empregador incorre em culpa, ainda que leve, nem a de incapacidade para o trabalho e a da depreciação sofrida excluem a devida em razão do dano estético e, enfim, do valor da indenização comum não se deduz a recebida em razão da legislação infortunistica”.

Assim, mesmo que o autor tenha recebido do INSS os valores dos benefícios previdenciários correspondentes, poderia pleitear a indenização de direito comum em face da culpa da empregadora, buscando o ressarcimento pela incapacidade parcial para o trabalho e conseqüente depreciação sofrida, bem assim, para a reparação por dano estético.

IV. O recurso deve ser provido no que tange ao valor da pensão arbitrada. Ocorre que a sentença fixou-a em cinco salários mínimos por mês, ao longo de 27 (vinte e sete) anos de provável sobrevivência do autor.

Ocorre que a CTPS do obreiro indica que no mês do sinistro, o autor percebia Cz\$ 12,00 por hora (fls. 8).

De outro modo, o termo de rescisão de contrato de trabalho de fls. 15, apresentado com a inicial, indica que no dia de sua dispensa sem justa causa, 11.5.1989, seu salário mensal

era de NCz\$ 145,20 (cento e quarenta e cinco cruzados novos e vinte centavos) o que correspondia na época, a 3,10 salários mínimos.

O laudo médico-pericial não referiu o grau de incapacidade do obreiro; porém consignou que a incapacidade fora parcial:

“Quais as lesões ou seqüelas encontradas no exame atual?”

“Anquilose do terceiro dedo, digito, do quinto dedo, em extensão.

“Anquilose da articulação interfalangeana proximal do quarto dedo.

“Frouxidão da articulação interfalangeana distal do quarto dedo.

“Ausência de parte do segundo dedo por perda de substância óssea e partes moles. Todos relativos à mão esquerda” (resposta ao quesito 3, fls. 93).

“Lesões corto contusas com perda de substância de 2º, 4º e 5º dedos da mão esquerda, ao utilizar serra fita para confecção de cunhas de madeira em novembro de 1986” (resposta ao 4º quesito, fls. 93).

“Atualmente encontra-se incapacitado para o trabalho de carpinteiro” (resposta ao quesito 5, fls. 93).

“A incapacidade é definitiva em relação ao dedo indicador e temporária em relação aos outros dedos, desde que sejam feitas as devidas correções e tratamentos” (resposta ao quesito 6, fls. 93).

“A lesão é parcial, atingindo a três dedos da mão esquerda, e à exceção do indicador todos os outros são passíveis de recuperação com procedimentos cirúrgicos e fisioterápicos. A lesão do indicador é definitiva

por perda de substância óssea” (resposta ao 1º quesito, fls. 95).

“As seqüelas, como se encontram agora, o impedem de exercer as mesmas funções porém não o inutilizam para outras funções” (resposta ao quesito 3, fls. 95).

“Há possibilidade de recuperação parcial dos movimentos da mão acidentada — o indicador não tem recuperação — porém o tratamento é longo (talvez um ano)” (resposta ao quesito 5, fls. 95).

Portanto, além de não ser possível a manutenção do decisum no valor da pensão estipulada — 5 salários mínimos, aquela que for fixada tampouco poderá corresponder à integralidade dos rendimentos do autor, pois a incapacidade é parcial.

Por oportuno, são colacionados precedentes desta Corte Estadual de Justiça:

1) Apelação Cível n. 97.008976-7, de Laguna, rel. Des. João José Schaefer, Quarta Câmara Civil, j. 13/8/98:

“ — Acidente do trabalho.

“— Se o autor, que era marceneiro, sofreu amputação parcial do 2º, 3º e 4º quirodáctilos da mão esquerda, havendo rigidez do 5º Q. D., assiste-lhe direito ao auxílio-acidente, pois há redução da capacidade laborativa que exige maior esforço ou necessidade de adaptação para exercer a mesma atividade, independentemente de reabilitação profissional (art. 86, I, da Lei n. 8.213/91).

“— Benefício devido à razão de 50% do salário-de-benefício, ‘com base na lei nova mais benéfica, em face da relevância da questão social que envolve o caso’. Aplicação do art. 86,

§ 1º, da Lei n. 8.213/91, na redação dada pela Lei n. 9.032/95”.

2) Apelação Cível n. 98.000876-0, de Joinville, rel. Des. Eder Graf, Terceira Câmara Civil, j. 16/3/99:

“(…) Verificada a diminuição do potencial de trabalho do obreiro, deve o responsável indenizá-lo pagando uma pensão correspondente à desvalorização da capacidade para o exercício de sua profissão, sendo irrelevante o fato do lesionado ter retornado às mesmas atividades que exercia anteriormente ao acidente”.

3) Apelação Cível n. 35.215, de São José, rel. Des. Alcides Aguiar, Quarta Câmara Civil, j. 4/4/91, publicada no DJESC n. 8.249, pág 10, de 13/5/91:

“O ressarcimento em razão do dano especial previsto no artigo 1.539 do CC deve corresponder à diminuição de rendas resultante da impossibilidade do ofendido continuar a exercer seu ofício ou profissão. Afasta-se a hipótese de inabilidade total e conseqüente percepção da pensão em 100% do estípendio do cargo, uma vez que o laudo pericial e os demais elementos de prova apenas evidenciam uma incapacidade parcial para o trabalho”.

Assim é que por analogia da legislação previdenciária, a pensão deve ser consolidada em 50% do que percebia ao tempo do sinistro, ou seja, em 1,55 salário mínimo por mês.

V. A condenação por dano estético foi estipulada em 100 (cem) salários mínimos e a apelante pretende que a verba seja diminuída.

Conforme já anotado, a perícia constatou a ocorrência de alteração

morfológica na mão esquerda, com os conseqüentes aleijão e deformidade em face da perda do dedo indicador.

A lesão é parcial, atingindo a três dedos da mão esquerda, e à exceção do indicador todos os outros são passíveis de recuperação com procedimentos cirúrgicos e fisioterápicos. A lesão do indicador é definitiva.

Há que se considerar que com relação aos dedos passíveis de recuperação, evidentemente, o autor terá que realizar despesas com tratamentos médicos e eventualmente cirúrgicos.

A obrigação de indenizar por dano estético decorre do motivo de permanente desgosto pessoal e, assim, a reparação deve ter a finalidade de oferecer certa compensação pela deformidade permanente sofrida, que ensejou a transformação indesejada na aparência física da mão esquerda do obreiro.

Com respeito à definição de dano estético e sua possível cumulação com dano moral e com pensão mensal por incapacidade ou redução da capacidade funcional, transcreve-se o abalizado magistério de Maria Helena Diniz em Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. VII, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, págs. 61/63:

“O dano estético é toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeiamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade

de laborativa. P. ex.: mutilações (ausência de membros — orelhas, nariz, braços ou pernas etc.); cicatrizes, mesmo acobertáveis pela barba ou cabeleira ou pela maquilagem; perda de cabelos, das sobrancelhas, dos cílios, dos dentes, da voz, dos olhos (RJTJSP 39/75); feridas nauseabundas ou repulsivas etc., em conseqüência do evento lesivo. Realmente, o Código Civil, no art. 1.538, §§ 1º e 2º, ao utilizar os termos ‘aleijão e deformidade’, alargou o conceito de dano estético.

“O dano estético estaria compreendido no dano psíquico ou moral, de modo que, em regra, como ensina José de Aguiar Dias, se pode ter como cumuláveis a indenização por dano estético e a indenização por dano moral, representado pelo sofrimento, pela vergonha, pela angústia ou sensação de inferioridade da vítima, atingida em seus mais íntimos sentimentos. (...) A lesão estética, em regra, constitui, indubitavelmente, um dano moral que poderá ou não constituir um prejuízo patrimonial. Pode haver deformidade e não haver redução da capacidade de trabalho da vítima ou prejuízo patrimonial. A lesão estética pode determinar para o indivíduo dano moral e patrimonial, apuráveis por métodos comuns, inclusive o do arbitramento. O dano estético quase sempre resulta num prejuízo moral ao lesado, não só pelas dores físicas que vier a sofrer, mas também pelo fato de se sentir atingido na integridade ou na estética de seu corpo, tendo, por isso, direito, como logo mais veremos, a uma reparação, ainda que tal dano não acarrete nenhum menoscabo ao seu patrimônio. Não há um critério aritmético para estimar a diminuição es-



tética. Esse dano moral será maior ou menos extenso conforme o sexo, idade, condição social do lesado etc. P. ex.: suponha-se que a vítima da lesão deformante seja uma das dez mulheres mais elegantes do Brasil, centro de atrações sociais, e que, de uma hora para outra, em razão de acidente, se vê obrigada a usar olho de vidro, aparelhos ortopédicos etc. que prejudiquem sua vida social. O dano ob deformitatem será menos extenso se outra fosse a vítima, pertencente a uma classe social inferior. Todavia, a lesão estética, na maioria das vezes, pode determinar prejuízo material, repercutindo nas possibilidades econômicas da vítima, p. ex., se a vítima fosse uma atriz de cinema, uma bailarina, uma modelo publicitária, uma cantora, que, para exercerem sua profissão, têm necessidade de aparecer em público. Logo, o dano estético determina danos de natureza econômica, hipótese em que se terá dano patrimonial indireto.

“Havendo dano estético, a soma do ressarcimento pela lesão corporal é devida em dobro, conforme estatui o § 1º do art. 1.538 do Código Civil. Neste artigo a indenização por ofensa à saúde será duplicada, se da lesão resultar aleijão, isto é, soma-se ao dano estético o dano psíquico, porque aquela lesão causou deformidade, que acarreta, ao lado da perda física, o sofrimento pela inferioridade das condições do aleijado em confronto com as pessoas ilesas. De modo que o lesante deverá pagar ao lesado, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade, com a soma duplicada das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da

multa no grau médio da pena criminal correspondente. A verba indenizatória será, pois, duplicada, ou seja, dobre-se o valor que custou o tratamento e a inatividade durante a convalescença, abrangendo ainda a multa média. Essa duplicação indica que o escopo da lei não é reparação do dano em si, mas a indenização pecuniária (...).

“Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua o valor do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu” (CC, art. 1.539; RT, 135/172, 501/192; RTJ 43/341).

Sobre o tema, são reproduzidas decisões deste colendo Tribunal de Justiça:

1) Apelação Cível n. 40.510, da Capital, rel. Des. Napoleão Amarante, Segunda Câmara Civil, j. 10/5/94:

“(...) Dano estético demonstrado. Cumulação da reparação por danos materiais e morais.

“(...) Não há incompatibilidade, nem recusa legislativa, na cumulação da pensão com a reparação por deformidade física, se da lesão à pessoa natural, resultar, ao mesmo tempo, incapacidade laborativa e dano estético”.

2) Apelação Cível n. 50.318, de Chapecó, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Quarta Câmara Civil, j. 12/9/96:

“...O dano estético, segundo a doutrina, ‘não é apenas o aleijão. É



também, qualquer deformidade ou de formação outra, ainda que mínima e que implique, sob qualquer aspecto, num afeamento da vítima ou que possa vir a se constituir para ela numa simples lesão desgostante’.

“A indenização pela incapacidade laborativa não engloba a indenização pelo dano estético. Há possibilidade de cumulação dos danos físicos com os danos morais, estes abrangendo o dano estético.

“A prova testemunhal dá conta de que as cicatrizes ostentadas pelo apelado são de muito feia aparência.

“A perícia constatou que ‘existem cicatrizes na face lateral da coxa esquerda, déficit do quadríceps esquerdo, lesões tróficas extensas na face anterior da perna esquerda’ (fls. 157, quesito n. 3).

“Ora, observada a alteração morfológica no membro inferior do autor, que além de provocar-lhe aleijão, implicou também em deformidades, marcas e defeitos que ensejaram-lhe aspecto desagradável, isto consistindo em permanente motivo de desgosto pessoal, não há como negar-se-lhe a indenização pleiteada.

“Seguramente, o valor estabelecido — 10 salários mínimos — não correspondeu à soma duplicada das despesas do tratamento e lucros cessantes, até o fim da convalescença”.

3) Apelação Cível n. 97.008858-2, da Capital, rel. Des. Eder Graf, Terceira Câmara Civil, j. 16/9/97:

“(…) 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 comiseração, 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 (...)”.

Assim é que considerando que 100 (cem) salários mínimos, hoje correspondendo a R\$ 13.600,00 (treze mil seiscentos reais), representariam algo como 20% do total que seria devido a título de todas as pensões mensais acumuladas ao longo dos 27 anos, observa-se que a verba não se mostra excessiva. Além disso, quantia inferior a esta pode revelar-se insuficiente para os tratamentos que o autor deseje se submeter com a finalidade de atenuar os efeitos do sinistro na aparência de sua mão.

Registre-se que a indenização por dano estético consolida-se em R\$ 13.600,00, cuja atualização se dará pela correção monetária a ser aplicada até o dia do adimplemento, acrescida de juros de mora a partir da citação.

Isso posto, dá-se provimento parcial ao recurso, aplicando-se o disposto no art. 21, caput, do CPC quanto aos ônus da sucumbência.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques.

Florianópolis, 9 de fevereiro de 2000.

Vanderlei Romer  
Presidente com voto;  
Nelson Schaefer Martins,  
Relator.

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 51.151 (88.088648-0) , DE ARARANGUÁ**

**Relator: Des. Nelson Schaefer Martins**

*Ação de busca e apreensão. Decreto-Lei n. 911/69. Conversão em ação de depósito. Consórcio de veículos. Quitação do bem não demonstrada. Prisão civil do devedor fiduciante. Impossibilidade. CF, art. 5º, inc. LXVII, e § 2º. Litigância de má-fé. Multa. CPC, art. 18, caput. Recurso parcialmente provido.*

*Contemplado por sorteio o consorciado, o pagamento repassado pela administradora à vendedora do bem, por carta de crédito, faz-se como a vista.*

*No entanto, a relação de débito existente entre o consorciado e a administradora persiste, de modo que esta não emite nenhum documento liberatório do débito, até porque o saldo devedor encontra-se em aberto. Por outro lado, caso o devedor pague todo o valor do bem, deve exigir a quitação regular.*

*“A autorização constitucional para a prisão civil é restrita às hipóteses previstas no art. 5º, inc. LXVII, da Magna Carta, não sendo dado ao exegeta emprestar qualquer extensão ao enunciado maior. Assim, quando a nossa Lei Fundamental autoriza a segregação civil do depositário infiel está referindo-se àquele decorrente de contrato típico de depósito e não ao conseqüente à atípica equiparação feita pelo Decreto-Lei n. 911/69, referentemente ao devedor fiduciante. Nessa hipótese, a privação da liberdade do devedor, ou a ameaça dessa privação, nada mais significa do que uma mera ‘prisão por dívida’, contrapondo-se à vedação peremptória a respeito constante do enunciado constitucional (art. 5º, LXVII), frente o qual a equiparação da alienação fiduciária em garantia constante da norma do art. 1º do Decreto-Lei n. 911/69, resulta ineficaz juridicamente” (HC n. 98.015019-1, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos, Primeira Câmara Civil, j. 10/12/98).*

*Mesmo que suprimida a prisão do devedor, prevalece intacta a obrigação de restituir, não se sujeitando todavia o consorciado à segregação, autorizando-se contudo a execução pela via adequada.*

*O percentual da multa por litigância de má-fé deve ser adequado ao que dispõe o art. 18, caput, do CPC, com a redação dada pela Lei n. 9.668 de 23/6/98, ou seja, não pode exceder de 1% sobre o valor da causa.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 51.151 (88.088648-0), da comarca de Araranguá (2ª Vara), em é apelante Valadares Alves Valerim, sendo apelada Menegalli Administradora de Consórcios S/C Ltda.:*

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Perante o Juízo da 2ª Vara da comarca de Araranguá, Menegalli Administradora de Consórcios S/C Ltda. requereu a conversão de ação de busca e apreensão em ação de depósito, em que figura como demandado Valadares Alves Valerim.

Alegou que o réu integrou grupo de consórcio n. M-27, administrado pela autora, inscrição 66, sendo contemplado e por isso recebeu o bem objeto do contrato de alienação fiduciária em garantia.

Na ação de busca e apreensão foi deferida a liminar, e quando de seu cumprimento, verificou-se que o demandado vendera o bem a terceiro, dizendo desconhecer o seu paradeiro. Por isso a autora requereu a conversão em ação de depósito com base no art. 4º do Decreto-Lei n. 911/69 para

que o devedor restituisse o bem ou realizasse o pagamento de seu equivalente em dinheiro.

O réu contestou alegando que a autora seria litigante de má-fé porque apesar de aderir a um grupo de consórcio por ela administrado, efetuar a integral quitação das prestações antes mesmo do vencimento da primeira parcela em 27/8/92, conforme demonstraria a nota fiscal n. 5.065.

Assim sendo, pode transacionar o bem com terceiro, por se encontrar liberado.

A sentença julgou procedente o pedido para: a) condenar o réu a restituir o bem ou seu equivalente em dinheiro no prazo de 24 horas, atingindo o valor do débito R\$ 5.233,53 que deveria ser corrigido desde o mês de junho de 1995; b) que, em caso de descumprimento da sentença, seja decretada a prisão civil do demandado a teor do disposto no art. 904, parágrafo único, do CPC; c) condenar o réu aos ônus da sucumbência, bem como por litigância de má-fé em 20% sobre o valor da causa na forma do art. 18 do CPC.

O vencido apelou tempestivamente com os seguintes argumentos: I) carência de ação na forma dos arts. 301, inc. X, e 267, inc. VI, do CPC; II) inexistência de contrato de alienação

fiduciária em garantia do bem entregue ao consorciado — quadriciclo Honda Fourtrax TXN 200 XN, cor branca, ano e modelo 1992; III) o financiamento não se destinava à aquisição do bem referido, pois este já estaria totalmente quitado conforme NF 5.065; IV) o contrato de financiamento fora assinado em branco e o apelante não estaria em débito com referência a este veículo; V) o bem fora pago a vista e liberado pela apelada; VI) o apelante não agiu de má-fé pois vendeu o bem a terceiro por estar quitado; VII) descabimento de prisão civil por dívida.

O recurso foi preparado e contra-arrazoado.

Os autos ascenderam a esta Corte Estadual de Justiça.

É o relatório.

A prefacial de carência de ação não pode prosperar pois encontram-se presentes as três condições da ação.

A sentença da lavra do Juiz de Direito Dr. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva anotou:

“Tratam os autos de questão bastante comum na vida forense atual, ou seja, a inadimplência dos integrantes de grupos de consórcio após serem contemplados, com desaparecimento da garantia.

“O réu argumenta que pagou o bem a vista, pois quitou integralmente o valor do consórcio, antes mesmo do vencimento de sua primeira parcela. Referida quitação, segundo o demandado, teria ocorrido em 27/8/92.

“Efetivamente há uma nota fiscal da Dimasa (firma pertencente ao mesmo grupo empresarial da autora)

onde consta a observação ‘pagamento à vista’ (fls. 38). É certo, também, que referido documento foi emitido em 27/8/92, consoante afirmou o réu.

“Ocorre que há outras questões relevantes que desarticulam a defesa do acionado:

“O extrato de inscrição de fls. 4, não impugnado pelo réu, indica a frustração de pagamento de 33 cotas. Apresenta a data da contemplação em 19/6/92 e a data da entrega do bem em 27/8/92.

“O requerido aderiu ao grupo M-27 exatamente em 27/8/92.

“Segundo o mesmo extrato, constata-se a entrega do bem em 27/8/92, ou seja, na mesma data da emissão da nota fiscal de fls. 38.

“Em negócios desta natureza, onde há contemplação do consorciado, o pagamento repassado pela administradora à vendedora do bem é sempre a vista.

“O consorciado é contemplado no valor integral da cota e recebe o total de sua parcela. A operação contábil de emissão da nota fiscal pela Dimasa com venda a vista foi normal, pois ela recebeu — da administradora Menegalli — o valor total do bem e por isso se considera a venda como ‘a vista’.

“Tal operação, de índole contábil e fiscal, não tem o condão de eximir o requerido do pagamento das parcelas do consórcio, pois há que se fazer a devida distinção entre a firma Dimasa e a Menegalli Administradora de Consórcios.

“A relação negocial que se afere aqui é a existente entre o réu e a administradora de consórcios, da qual

não partiu nenhum documento liberatório do débito assumido no contrato.

“Ademais, refoge à lógica alguém aderir a um grupo de consórcio e no mesmo dia quitá-lo integralmente, sem exigir o instrumento de liberação da alienação fiduciária.

“Ora, segundo as regras insculpidas no art. 939 e seguintes do Código Civil, o devedor que paga tem direito à quitação regular e pode reter o pagamento, enquanto não lhe for dada. Referida quitação deve designar o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor ou quem por este pagou etc.

“Quem alega pagamento deve prová-lo sendo totalmente irrelevante, ao meu sentir, o teor da nota fiscal de fls. 38, a qual não tem o condão de quitar o débito noticiado na inicial.

“Não é demais lembrar que o requerido foi notificado formalmente da existência da dívida em agosto de 1994 (fls. 18) e ficou silente, mantendo-se inerte. Agora, um ano depois, com documento totalmente frágil ao fim proposto, pretende eximir-se do pagamento.

“Destarte, é sempre bom ter em mente: *pacta sunt servanda*.

“Pela prova produzida, verifica-se que o requerido se desfez do bem, não procedeu à devida restituição e não depositou o equivalente em dinheiro.

“Como visto, a razão está com a autora, pois o demandado não logrou demonstrar qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do credor, não resistindo à pretensão deduzida na inicial.

“Sob o meu enfoque, o demandado pretendeu distorcer a verdade dos fatos e tentou induzir a Justiça em erro, o que revela litigância de má-fé.

“Como já decidiu nosso Tribunal, na esteira do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“O processo é instrumento de satisfação de interesse público na composição dos litígios mediante a correta aplicação da lei. Cabe ao Magistrado reprimir os atos atentatórios à dignidade da justiça, e assim poderá impor ao litigante de má-fé, no mesmo processo e independentemente de solicitação da outra parte, a indenização referida no art. 18 do CPC, que apresenta caráter nítido de pena pecuniária’ (STJ) (Ap. Cív. n. 39.998, de Itajaí, rel. Des. Eder Graf, in DJE de 13/10/92, pág. 7)”.

Assim tem-se que contemplado por sorteio o consorciado réu, o pagamento que foi repassado pela administradora à vendedora do bem, por carta de crédito, fez-se como a vista.

No entanto, a relação de débito existente entre o consorciado e a administradora persistiu, de modo que esta não emitiu nenhum documento liberatório do débito, até porque o saldo devedor se encontrava em aberto.

Por outro lado, caso o devedor tivesse pago todo o valor do bem, o que não ocorreu, deveria exigir a quitação regular.

Contudo, o dispositivo do decisor contém comando de prisão civil, a teor do disposto no art. 904, parágrafo único, do CPC, para a hipótese de não devolução do bem ou para o caso de falta de pagamento no prazo de 24 horas.

Além disso, fixa em 20% sobre o valor da causa a pena por litigância de má-fé.

Nesses dois pontos o apelo deve ser provido.

Ocorre que a prisão civil por dívida é admissível apenas nas hipóteses de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e de depositário infiel.

Todavia, o devedor fiduciário do Decreto-Lei n. 911/69 não pode ser equiparado à figura do depositário infiel prevista nos arts. 1.265 a 1.267 do Código Civil.

Dispõe o art. 5º da Constituição Federal:

“LXVII. Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

“§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

A propósito, decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça:

1) RHC n. 7.098—SP, rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, j. 5/2/98, Quinta Turma, DJU de 16/3/98, pág. 190:

“Alienação fiduciária. Prisão civil. Depositário infiel. Incabível a prisão civil do devedor fiduciante inadimplente, por não estar o mesmo equiparado ao depositário infiel. Recurso provido”.

2) REsp. n. 188.750—SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 9/11/99, Quarta Turma, DJU 13/12/99, pág. 153:

“Civil e processual civil. Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Conversão em ação de depósito. Possibilidade. Juros. Cálculo. Matéria de prova. Reexame impossível. Súmula 7/STJ. Ameaça de prisão do depositário caso não quitada a dívida. Constrangimento ilegal. Decreto-Lei n. 911/69.

“(…) II. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada a partir de precedente da Corte Especial no REsp. n. 149.518/GO (Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 5/5/99), é no sentido de afastar a ameaça ou ordem de prisão do devedor em caso de inadimplemento de contrato de alienação fiduciária em garantia”.

3) AgRgAg n. 212.461—SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 21/9/99, Terceira Turma, DJU de 29/11/99, pág. 161:

“Agravo regimental. Aplicação da Súmula 182. Prisão civil em alienação fiduciária em garantia.

“Não há óbice à aplicação do princípio contido na Súmula 182 em se tratando de agravo de instrumento, uma vez que se faz necessário sejam impugnados os fundamentos da decisão que nega trânsito ao especial.

“A incorporação a nosso ordenamento jurídico das disposições constantes do Pacto de São José de Costa Rica elimina a possibilidade de prisão civil, tratando-se de alienação fiduciária”.

Na mesma esteira, são as decisões deste Tribunal de Justiça:

1) Habeas Corpus n. 98.015019-1, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos, Primeira Câmara Civil, j. 10/12/98:

“Habeas corpus. Depositário infiel. Ameaça de prisão civil. Alienação fiduciária em garantia. Conversão da ação de busca em apreensão em depósito. Descabimento. Ordem concedida.

“A autorização constitucional para a prisão civil é restrita às hipóteses previstas no art. 5º, inc. LXVII, da Magna Carta, não sendo dado ao exegeta emprestar qualquer extensão ao enunciado maior. Assim, quando a nossa Lei Fundamental autoriza a segregação civil do depositário infiel está referindo-se àquele decorrente de contrato típico de depósito e não ao conseqüente à atípica equiparação feita pelo Decreto-Lei n. 911/69, referentemente ao devedor fiduciante. Nessa hipótese, a privação da liberdade do devedor, ou a ameaça dessa privação, nada mais significa do que uma mera ‘prisão por dívida’, contrapondo-se à vedação peremptória a respeito constante do enunciado constitucional (art. 5º, LXVII), frente o qual a equiparação da alienação fiduciária em garantia constante da norma do art. 1º do Decreto-Lei n. 911/69 resulta ineficaz juridicamente”.

Trecho do v. acórdão:

“Impõe-se concedida a ordem reclamada.

“Flagrantemente ilegal, e até revestida de nulidade, a decretação da pena de prisão civil imposta ao paciente pelo provimento judicial prolatado.

“Cuida-se, é bem de ver, de ação de busca e apreensão embasada no Decreto-Lei n. 911/69, posteriormente convertida em ação de depósito, em face da não localização do bem financiado.

“Recebida a ação convertida, a autoridade judiciária dita coatora determinou a citação da paciente para que, em cinco dias, depositasse o bem financiado ou consignasse o seu equivalente em dinheiro, sob pena de prisão civil por até um ano.

“Não obstante possa não constar do mandado de citação essa ameaça de prisão civil por até um ano, o mero fato da prolação de despacho nesse sentido já se convola em constrangimento ilegal, justificando a propositura do habeas corpus em tela.

“E a prisão do financiado em contratos de financiamento com garantia de alienação fiduciária — e assim vem sendo predominantemente entendido — equivale a uma verdadeira prisão por dívida, o que é vedado constitucionalmente.

“Isso muito embora a legislação pertinente à alienação fiduciária encerre previsão expressa a respeito ao equiparar o devedor ao depositário.

“Todavia, ‘O devedor fiduciante não se equipara integralmente ao depositário da lei civil; tal equiparação (art. 66 da Lei n. 4.728/65) tem em mira apenas a plena garantia do devedor fiduciário’ (RT 285/192).

“Não se pode perder de vista, de outro lado, que:

‘O juiz não é mais escravo da lei. Não se pode chumbar à sua letra, muitas vezes escrita há anos, há séculos passados, quando outras eram as condições de existência social, que ela visou disciplinar. Servirá à lei aplicando-se, humanamente, tendo em vista as realidades sociais, as exigências da equidade e da moral coletiva, livre de exageros da dialética e do emaranhado de fórmulas escritas. Co-



mo disse o eminente Juiz: 'O Magistrado não pode ficar impassível na majestade do cargo, como se ele também não tivesse, dentro das finalidades de sua missão social e política, o dever imperioso de não relegar para segundo plano, com lamentável indiferença, ambiente e situações imprevisíveis, que, por vezes, reclamam diverso tratamento, na ânsia de melhor e mais perfeita justiça' (RT 113/779)'.  
"E o nosso Texto Magno é incisivo ao dispor, em seu art. 5º, inciso LXVII:

'Não haverá prisão civil por dívida (...)'.

"Faz ver Eduardo Fabrício que:

'Os sistemas jurídicos modernos baniram, por odioso, o instituto da prisão por dívidas, fazendo aplicação do princípio segundo o qual responde por estas o patrimônio, não a pessoa do devedor' (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, vol. III, Tomo III, pág. 197).

"Proclamou, acerca da temática, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em brilhante acórdão da lavra do eminente Des. Cristiano Graef:

'A liberdade é o maior bem da vida, que por isso mesmo sobrepõe ao interesse pecuniário de qualquer credor. Só em último caso deve-se prender o cidadão comum, que confia sua própria liberdade ao credor, fortalecido pela lei para explorar atividade econômica considerada útil para o desenvolvimento do País' (RJTJRS 77/143).

"De mister é asseverar-se que a prisão civil, nos contratos garantidos por alienação fiduciária, é decorrente de um artifício legalmente engendra-

do e originado da prepotência do poder econômico imperante no capitalismo.

"Na hipótese, o devedor não é depositário de bens alheios, posto que os bens são do próprio financiado, apenas sendo dados em garantia para o solucionamento do débito contraído.

"Depositário infiel, para os efeitos de sujeição à pena de prisão civil, é, portanto, aquele enquadrado nos parâmetros do art. 1.287 do Código Civil, em face das condições características do contrato de depósito, às quais não podem ser igualadas, sequer por ficção legal, à do alienante fiduciário, de forma a autorizar a decretação da prisão civil do devedor.

"A alienação fiduciária, inegavelmente, é dívida no sentido estrito, não uma entrega, em depósito, de bem alheio, pelo que a prisão civil, ainda que autorizada por lei especial, resulta em inequívoca ilegalidade, antagonizando-se com todos os princípios que informam as normas gerais de direito acerca do contrato de depósito.

"Como já acentuou o egrégio Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, os contratos de alienação fiduciária:

'Não tendo por finalidade a guarda, mas a garantia, não há depositário, nem depositário infiel a justificar a prisão civil, que resulta em flagrante ilegalidade — A equiparação do fiduciante ao depositário deve ser banida do direito — Habeas corpus concedido' (HC n. 546.443-1—SP, rel. Juiz Aloísio de Toledo César).

"Também, no mesmo diapasão, já assinalou o colendo Superior Tribunal de Justiça:



'Ilegal é o decreto de prisão civil expedido contra o devedor fiduciante, porque este não pode ser considerado depositário infiel' (HC n. 3.227-6/DF, DJU de 11/9/95, rel. Min. Anselmo Santiago).

'Processual penal. Habeas corpus. Prisão civil. Depositário infiel. Alienação fiduciária em garantia. A Lei de Mercado de Capitais, alterada pelo Decreto-Lei n. 911/69, equiparou o devedor fiduciante ao depositário infiel tradicional (CC, art. 1.265) só para ensejar a cobrança de dívida mediante ameaça de prisão. Violação do inciso LXVII do art. 5º da Constituição, que alterou cláusula constitucional anterior (art. 153, § 17), e do art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 226/91. Ordem concedida' (HC n. 3.294-2—SP, rel. Min. Adhemar Maciel).

'Prisão civil. Sua impossibilidade nos casos de depósitos atípicos, instituídos por 'equiparação' para reforço às garantias em favor dos credores. Prevalência da norma constitucional, tutelar de direito maior à liberdade, e imune a leis ordinárias ampliativas do conceito de depositário infiel' (REsp. n. 3.413—RS, DJU de 9/9/91, rel. Min. Athos Gusmão Carneiro).

'Não há como se admitir a ameaça de prisão decorrente do texto legal pela eventual inexistência do bem depositado, sabido que a privação da liberdade por causa tal se contrapõe ao princípio constitucional de impossibilidade de prisão por dívida' (REsp. n. 3.909—RS, DJU de 29/10/90, pág. 12.145, rel. Min. Waldemar Zveiter).

"Igualmente:

'Segundo a ordem jurídica estabelecida pela Carta Magna de 1988, somente é admissível prisão civil por dívida nas hipóteses de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e de depositário infiel (CF, art. 5º, LXVII). O devedor fiduciante que descumpre a obrigação pactuada e não entrega a coisa ao credor fiduciário não se equipara ao depositário infiel, passível de prisão civil, pois o contrato de depósito, disciplinado nos arts. 1.265 a 1.287 do Código Civil, não se equipara, em absoluto, ao contrato de alienação fiduciária. A regra do art. 1º do Decreto-Lei n. 911/69, que equipara a alienação fiduciária em garantia ao contrato de depósito, perdeu a sua vitalidade jurídica em face da nova ordem constitucional' (Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 4.543—SP, DJU de 5/6/95, pág. 16.689, rel. Min. Vicente Leal).

"Em face da impressionante lição que contém, empreste-se realce, ainda, ao acórdão prolatado no Habeas Corpus n. 3.545, do Distrito Federal, da lavra do insigne Min. Adhemar Ferreira Maciel, assim ementado:

'Constitucional. Habeas corpus. Prisão civil. Alienação fiduciária em garantia. Interpretação do art. 66 da Lei n. 4.728/65 alterado pelo Decreto-Lei n. 911/69, em face do novo ordenamento constitucional. Ordem concedida.

'I — O paciente foi condenado em ação de busca e apreensão, convertida em ação de depósito, a restituir bem (veículo) objeto de contrato de alienação fiduciária em garantia. Foi decretada a prisão civil do paciente.

‘II — A Constituição Federal prevê a prisão civil por dívida em apenas dois casos: inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e depositário infiel (art. 5º, LXVII). No § 2º desse mesmo art. 5º está dito que ‘os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’. Em 1991 foram incorporados em nosso ordenamento constitucional, pelo Decreto Legislativo n. 226 de 12/12/91, textos do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, que em seu art. 11 veda taxativamente a prisão civil por descumprimento de obrigação contratual. Por outro lado, no caso específico da ‘Alienação Fiduciária em Garantia’, não se tem um contrato de depósito genuíno. O devedor fiduciante não está na situação jurídica de depositário. O credor fiduciário não tem o direito de exigir dele a entrega do bem. Nem mesmo de proprietário deve ser rotulado, pois nem sequer pode ficar com a coisa, mas apenas com o produto de sua venda, deduzido o montante já pago pelo devedor.

‘III — Ordem concedida’ (DJU de 18/12/95, pág. 44.620).

“Destaque-se, a propósito, ainda os seguintes julgados:

‘Embora se comungasse, anteriormente, do entendimento de que possível seria a prisão do depositário no âmbito da alienação fiduciária, hoje já não se acolhe tal orientação, apesar de se reconhecer que a matéria não está pacificada na jurisprudência. Na realidade, se está à face de prisão

por dívida vedada constitucionalmente (art. 5º, LXVII). Dito contrato não tem por finalidade a guarda, mas a garantia, não há depósito nem depositário infiel a justificar a prisão. O fiduciante não está guardando coisa alheia, os bens são do próprio devedor, dados em garantia’ (RT 719/146).

‘A prisão civil, na visão constitucional, tem por objeto um contrato real, o de depósito, não avença pessoal que decorre do contrato de alienação fiduciária, como instituto destinado a oferecer maior segurança às operações de crédito no mercado de títulos e valores.

‘Pode-se entregar legitimação ao credor fiduciário para a ação de depósito, para o alcance da garantia (art. 902, I, do CPC) e para o procedimento executório (art. 906 do CPC), em face do poder legiferante ordinário. Não tem, contudo, o credor de dívida civil, decorrente de empréstimo fiduciário, legitimação para pedir a prisão do devedor insolvente (art. 902, § 1º, do CPC), em face da limitação constitucional da coerção física (art. 5º, LXVII, da CF)’ (RT 721/139).

‘Somente cabe prisão civil nos casos previstos no art. 5º, inc. LXVII, da CF, sendo que, no caso de prisão de depositário infiel, deve ser esta em virtude de contrato típico de depósito e não em decorrência de conversão de pedido de busca e apreensão’ (RT 738/424).

“Manifestando-se a respeito, o ilustrado Couto e Silva averba:

‘(...) é claro que, para caracterizar o depósito, é preciso que o negócio jurídico tenha por finalidade a guarda. Se a finalidade for de garantia, não se tratará de depósito’ (Co-

mentários ao Código de Processo Civil, Forense, vol. IX, tomo I, pág. 58).

“Da mesma forma, já fixou este Tribunal:

‘A alienação fiduciária, à guisa de proteger o mercado de capitais, sacrifica o princípio segundo o qual apenas o patrimônio do devedor deve responder por suas dívidas, elevando o interesse econômico acima do da liberdade’ (HC n. 12.755, de Tubarão, rel. Des. Amaral e Silva).

“No mesmo sentido, dissemos, ao ementarmos o acórdão prolatado na Apelação Cível n. 96.012518-3, da comarca de Lages, por nós relatada:

‘Nos pactos de alienação fiduciária em garantia, o negócio jurídico tem por finalidade o financiamento de determinado bem, e não a guarda desse bem. Atípica é a equiparação feita por lei do devedor a depositário, uma vez que depósito na verdade inexistente, porquanto o financiado não é investido na guarda de bens alheios, e sim de bens próprios cuja aquisição lhe foi financiada. Assim, a prisão do depositário por equiparação não pode ser considerada, de forma alguma, prisão por infidelidade depositária, senão prisão por dívida, em clara infringência ao art. 5º, inciso LXVII, da Lei Maior, que abomina, expressamente, a privação da liberdade de alguém por dívidas, a não ser aquelas decorrentes de alimentos”.

2) Agravo de Instrumento n. 98.009208-6, de São José, rel. Des. Sérgio Paladino, Segunda Câmara Civil, j. 11/2/99:

“Ação de busca e apreensão convertida em ação de depósito. Pedido de prisão civil do devedor fiduciante indeferido pelo juiz singular. Possi-

bilidade. Inteligência do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal. Recurso desprovido.

“Não existe, na alienação fiduciária em garantia, a figura do depositário, pois, em verdade, o alienante (fiduciante) é o proprietário, porque, desde o início negocial, sofre ele o risco da perda do objeto.

‘Ninguém pode ser condenado, portanto, como depositário infiel, se correr o risco da perda da coisa; isto, porque, reafirme-se, o depositário deve guardar bem alheio e não bem próprio’ (Azevedo, Álvaro Villaça, Prisão Civil por Dívida, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1993, pág. 109)”.

3) Apelação Cível n. 98.013588-5, de Mafra, rel. Des. Francisco Borges, Quarta Câmara Civil, j. 26/11/98:

“Alienação fiduciária. Decreto-Lei n. 911/69. Conversão da ação de busca e apreensão em depósito. Supressão da coercibilidade do diploma. Feito extinto por impossibilidade jurídica do pedido. Recurso parcialmente provido.

“Embora inadmitida a prisão civil do devedor, permanece intacta a obrigação de restituir o bem garante que apenas não se sujeita à coerção extrema.

“Perene, contudo, a aplicabilidade dos meios executivos normais postos à disposição do credor na persecução de seu crédito, a extinção do feito sem julgamento do mérito contrária a economia processual.

“Recurso a que se dá provimento parcial”.

Trecho do v. acórdão:

“(…) A quaestio juris, portanto, cinge-se ao desfecho da ação de de-

pósito que tomou o lugar da busca e apreensão original.

“A ação proposta fulcra-se no Decreto-Lei n. 911/69, diploma cuja eficácia vem sendo gradativamente mitigada nos pretórios, estritamente no que tange ao efeito sucessivo da não restituição do bem.

“Esta colenda Quarta Câmara Civil já firmou o entendimento da inconstitucionalidade da prisão civil prevista no Decreto-Lei n. 911/69, a exemplo do julgado proferido nos Embargos Declaratórios opostos ao acórdão da Apelação Cível n. 44.217, de Biguaçu, relator o eminente Des. Pedro Manoel Abreu, extratificado na ementa verbis:

‘Embargos de declaração. Apelação cível. Alegação de omissão no julgado. Prisão Civil. Alienação fiduciária. Depositário infiel. Inadmissibilidade. Precedentes do STJ. Embargos parcialmente providos. Declaração dos votos vencedor e vencido.

‘Segundo corrente expressiva do STJ, manifestada em diversos pronunciamentos, de acordo com a Carta Política de 1988, somente é admissível a prisão civil por dívida nas hipóteses de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e de depositário infiel (CF, art. 5º, LXVII), não se comparando a este o devedor fiduciário, pois o contrato de depósito disciplinado na lei civil (CC, arts. 1.265 a 1.267) não se equipara à regra do art. 1º do Decreto-Lei n. 911/69.

‘Ademais, o § 2º do art. 5º da CF, dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou

dos tratados internacionais que o país seja parte. Ocorre que, pelo ordenamento constitucional, texto do pacto internacional sobre direitos civis e políticos, que em seu art. 11, veda taxativamente a prisão civil por descumprimento de obrigação contratual (...).

“A conclusão da sentença prolatada, com criteriosa fundamentação, culminou por reconhecer a ineficácia absoluta do meio empregado para o escopo de coartar o devedor ao pagamento de dívida civil, pois inexistente, na espécie, a possibilidade de prisão civil do demandado após a conversão em ação de depósito, apesar de ser este, em princípio, o desencadeamento lógico do feito, na seqüência regular do rito preestabelecido de que se valeu o autor.

“Foi o pedido de conversão que, pela tese esposada na respeitável sentença, abortou as condições de desenvolvimento válido e regular do processo, suprimindo-lhe a possibilidade jurídica.

“Nesta linha de raciocínio, a busca e apreensão pura poderia ocorrer, naturalmente, como medida acautelatória do crédito, pois tem-se vigente e eficaz o Decreto-Lei n. 911/69 para emprestar o *fumus boni juris* essencial à tutela jurídica buscada, elevando-a a patamar mais elevado do que a medida acautelatória genérica, pois permite ao credor a satisfação direta do crédito mediante alienação extrajudicial do bem garante.

“Quando frustrada a destituição possessória abrupta, a conversão em ação de depósito, sempre objetiva, com prioridade, imprimir coercibilidade ao procedimento.

“No entanto, não se pode olvidar que, mesmo suprimida a prisão do devedor, prevalece intacta a obrigação de restituir, embora a omissão não se sujeite a repressão tão severa, mas apenas à execução pelos meios normais.

“Portanto, a extinção sem julgamento do mérito contraria a economia processual, sendo mister a reforma da sentença, para que o feito prossiga em seu curso, intimando-se o devedor para restituir o objeto da fidúcia, eis que perene sua obrigação”.

4) Habeas Corpus n. 96.008729-0, de Blumenau, rel. Des. Orli Rodrigues, Primeira Câmara Civil, j. 26/11/96:

“Prisão civil de devedor — Ação de busca e apreensão transformada em ação de depósito — Inadmissibilidade — Ordem concedida.

“1. ‘A liberdade é o maior bem da vida, que por isso mesmo sobrepára ao interesse pecuniário de qualquer credor. Só em último caso deve-se prender o cidadão comum, que confia sua própria liberdade ao credor fortalecido pela lei para explorar atividade econômica considerada útil ao desenvolvimento do País’ (Des. Cristiano Graef Jr., in RJTJRGS, v. 77, pág. 143).

“2. ‘O instituto da alienação fiduciária em garantia traduz-se em uma verdadeira aberratio legis: o credor fiduciário não é proprietário; o devedor fiduciante não é depositário. A ‘prisão civil por dívida do depositário infiel’ do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, só pode ser aquela tradicional (CC — art. 1.265)’ (Verbete n. 70.836, in ADV Jur. 1995, pág. 558)”.

Destaque-se pois que mesmo que suprimida a prisão do devedor, prevalece intacta a obrigação de restituir, não se sujeitando todavia o apelante à prisão civil, autorizando-se a execução pela via adequada.

Por outro lado, diante da possibilidade de que o apelante Valadares Alves Valerim possa ter cometido ilícito penal, devem ser remetidas cópias de peças dos autos — fls. 2 a 47 ao representante do Ministério Público a teor do disposto no art. 40 do Código de Processo Penal.

Além disso, o percentual da multa por litigância de má-fé deve ser adequado ao que dispõe o art. 18, caput, do CPC (Lei n. 9.668 de 23/6/98), ou seja, não pode exceder de 1% sobre o valor da causa, até porque enquanto a penalidade por litigância de má-fé pode ser imposta pelo juiz de ofício, a indenização por prejuízos depende de pedido da parte.

Isso posto, dá-se parcial provimento ao recurso para 1) afastar o decreto de prisão civil; 2) ajustar a pena de litigância de má-fé ao disposto no art. 18, caput, do CPC; 3) aplicar quanto aos ônus da sucumbência o disposto no art. 21, parágrafo único, do CPC.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques.

Florianópolis, 16 de fevereiro de 2000.

*Vanderlei Romer,*  
*Presidente com voto;*  
*Nelson Schaefer Martins,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 98.005629-2, DE ITAJAÍ****Relator: Des. Nelson Schaefer Martins**

*Ação de reintegração de posse. Arrendamento mercantil (leasing). Pagamento do valor residual garantido — VRG, antecipadamente. Descaracterização do contrato. Transfiguração para contrato de compra e venda a prestação. Recurso desprovido.*

*No contrato de arrendamento mercantil devem ser preservadas algumas características essenciais, sem as quais perde a natureza de leasing, como: a) aquisição do bem, a final, pelo pagamento do valor residual adremente determinado; b) devolução do bem, ou c) renovação do contrato.*

*Outra alternativa não resta à arrendatária ao final do contrato, senão, após pago o preço integralmente com a soma das prestações de locativos mais Valor Residual Garantido — VRG, receber o objeto pelo qual já fizera a opção pela compra.*

*Se as principais características do contrato de arrendamento mercantil são a opção de compra ao final do pacto ou a devolução do bem, transfigura-se o contrato para compra e venda a prestação, diante dos pagamentos antecipados pela arrendatária, dos valores do VRG, cumulados com as contraprestações locativas do bem.*

*O Estado em tema de contratos deve interferir para assegurar a ordem pública e a igualdade dos contratantes, tendo em vista o equilíbrio social.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.005629-2, da comarca de Itajaí (2ª Vara), em que é apelante Dibens Leasing S/A Arrendamento Mercantil e apelada Transcontainer Transportes Ltda.:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Inicialmente perante o Juízo da 3ª Vara Cível da comarca de Itajaí, Di-

bens Leasing S/A Arrendamento Mercantil promoveu ação de reintegração de posse em face de Transcontainer Transportes Ltda.

A autora informou que celebrara com a demandada, contrato de arrendamento mercantil dos seguintes caminhões: a) marca Mercedes-Benz LS 1935, diesel, ano fab./mod. 93/93, cor branca, chassi n. 9BM388054PB987915, placa XJ 9559, Itajaí, avaliado em CR\$ 11.000.008,79 e b) marca Scania T112 HS 4X2, diesel, ano fab./mod. 88/88, cor vermelha, chassi

9BSTH4X2ZJ3229817, placa XJ 7343, Itajaí.

O pagamento seria efetuado em 48 meses, com vencimento da primeira prestação em 8/1/94, e com o inadimplemento pela transportadora caracterizou-se a mora, considerando-se vencida toda a dívida antecipadamente, motivo que ensejou o pedido de reintegração liminar dos bens.

Após despacho judicial, a demandante desistiu do pedido em relação ao caminhão marca Scania, o que foi homologado pelo Juízo.

A liminar foi deferida, reintegrando-se a autora na posse do caminhão Mercedes-Benz, cumprindo-se o mandado.

A ré contestou arguindo em preliminar a litispendência desta ação de reintegração de posse com ação de busca e apreensão — autos de n. 033.96.001529-1, que tramitava no Juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Itajaí.

No mérito aduziu que promovera ação de consignação em pagamento em face de Dibens Leasing S/A, realizando pontualmente os pagamentos das prestações respectivas, inclusive do Valor Residual Garantido — VRG.

Todavia, por discordar dos valores atribuídos às contraprestações do bem arrendado, inclusive por excessiva cobrança de juros, declarou sua pretensão em revisá-los como também de obter a liberação do bem apreendido.

Informou que necessitava do cargueiro para dar continuidade às suas atividades empresariais.

Os autos foram remetidos à 2ª Vara Cível da comarca de Itajaí por decisão que reconheceu a conexão com a ação de busca e apreensão e a prevenção daquele outro Juízo.

Frustrada a conciliação em audiência especialmente designada para esta finalidade, a ré requereu o julgamento antecipado da lide.

Por despacho, foi determinada a reunião das ações de busca e apreensão — autos de n. 033.96.001529-1, de reintegração de posse — autos de n. 033.96.001198-9 e de consignação em pagamento — autos de n. 033.96.001533-0, para julgamento simultâneo.

A sentença decretou a extinção do processo de busca e apreensão sem julgamento do mérito e julgou improcedentes os pedidos contidos nas ações de consignação em pagamento, por considerar que os depósitos efetuados pela transportadora não teriam sido integrais na parte relativa ao valor residual garantido – VRG, e de reintegração de posse por não se configurar o esbulho diante de irregular notificação.

Irresignada, a vencida, Dibens Leasing S/A apelou tempestivamente pleiteando pela reforma do decisum, asseverando que a notificação extrajudicial é apenas uma das formas de caracterização da mora e que no caso concreto a mora estaria comprovada pela confissão da demandada quando da interposição da ação de consignação em pagamento, julgada improcedente.

Após preparo e contra-razões, os autos ascenderam a esta Corte Estadual de Justiça.

É o relatório.



Registre-se que tramitavam no Juízo da comarca de Itajaí três ações — busca e apreensão e reintegração de posse, estas promovidas por Dibens Leasing S/A — Arrendamento Mercantil e de consignação em pagamento, em que figurava como autora Transcontainer Transportes Ltda.

As ações foram reunidas por conexão e julgadas simultaneamente e a consignatória foi extinta sem julgamento do mérito, decisão que nesta parte transitou em julgado sem a interposição de recurso por parte da vencida Transcontainer.

A autora Dibens, no entanto, insurgiu-se contra as decisões de improcedência dos pedidos de busca e apreensão e de reintegração de posse, formulando apelos separadamente e que por isto são individualmente analisados em autos diversos.

Analisa-se doravante o recurso interposto na ação de reintegração de posse:

A sentença acolheu a tese de irregularidade de constituição da mora da transportadora, descaracterizando-se por isso o esbulho no que tange ao caminhão Mercedes-Benz LS 1935, objeto de contrato de arrendamento mercantil n. 95020646 de fls. 7/10.

Colhe-se da lição de Arnaldo Rizzardo, em *O leasing — arrendamento mercantil no direito brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, pág. 4, acerca do conceito de contrato de arrendamento mercantil:

“De acordo com os princípios fundamentais do instituto, define-se o mesmo como a operação financeira realizada por uma empresa arrendadora, constituída e atuando sob o controle do Banco Central do Brasil, ten-

do por objeto o arrendamento de bens móveis ou imóveis, adquiridos junto a terceiros, para fins de uso próprio da arrendatária (art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 6.099).

“Ou é contrato essencialmente complexo, visto encerrar uma promessa unilateral de venda, um mandato, uma promessa sinalagmática de locação de coisa, uma opção de compra e, no leasing operacional, mais uma prestação de serviços técnicos por parte da locadora, compondo, assim, obrigação contratual, como partes essenciais do negócio”.

Fran Martins na obra *Contratos e obrigações comerciais*, 7ª ed. rev. e aum., Rio de Janeiro, Forense, 1984, pág. 523, por seu turno define:

“Entende-se por arrendamento mercantil ou leasing o contrato segundo o qual uma pessoa jurídica arrenda a uma pessoa física ou jurídica, por tempo determinado, um bem comprado pela primeira de acordo com as indicações da segunda, cabendo ao arrendatário a opção de adquirir o bem arrendado findo o contrato, mediante um preço residual previamente fixado”.

Passa-se pois ao exame do contrato de arrendamento mercantil de fls. 7/10:

O pacto trata de leasing financeiro, em que ficou estabelecido que o financiamento para aquisição do bem seria pago da seguinte forma: 48 (quarenta e oito) parcelas relativas às contraprestações representando o valor locativo do bem, e, juntamente com o pagamento destas prestações, outras 48 (quarenta e oito) mensalidades relativas ao resíduo, denominado de Valor Residual Garantido — VRG.

Observa-se pelos documentos de fls. 20 da ação de consignação em pagamento em apenso — autos n. 033.96.001533-0, que a arrendadora expedia dois bloquetes para pagamento bancário: um relativo à contraprestação e outro correspondente ao valor residual garantido, ambos com vencimentos no mesmo dia e representativos da obrigação da Transcontainer.

Assim, o valor mensalmente devido pela transportadora apelada correspondia à soma do valor locativo com o valor residual garantido, tanto que a circunstância do não-pagamento do VRG deu ensejo à deflagração da ação de busca e apreensão para retomada do outro caminhão alienado fiduciariamente.

A falta de quitação dos valores relativos ao VRG é que serviu de fundamento da pretensão contida na busca e apreensão do caminhão marca Scania.

Note-se porém que a transportadora pagara pelo menos parcialmente as prestações de ns. 20/48 e 21/48, conforme xerocópias de fls. 74 e 75; todavia a notificação extrajudicial de fls. 15 indica que o débito seria integral, não se abatendo as contraprestações quitadas.

Assim, a tese da sentença de irregularidade da notificação estaria confirmada.

Além disso, tem-se que o contrato de arrendamento mercantil de fls. 7/10 restou descaracterizado, pois tal como foi formulado não correspondia ao instituto do leasing, configurando-se como autêntico contrato de compra e venda a prestação.

O contrato de arrendamento mercantil deve preservar algumas características essenciais, sem as quais perde a natureza de leasing, como por exemplo: a) aquisição do bem, a final, pelo pagamento do valor residual adredemente determinado; b) devolução do bem, ou c) renovação do contrato.

Porém, no caso concreto, outra alternativa não restaria à arrendatária ao final do contrato, senão, após pago o preço integralmente com a soma das prestações de locativos mais VRG, receber o objeto pelo qual já havia inclusive feito a opção pela compra.

Além disso, não faria sentido o fato de que a arrendatária deixasse de receber a coisa, tendo pago todo o preço.

A principal característica do contrato de arrendamento mercantil é a opção de compra ao final do pacto ou sua devolução, perdendo com isso, a parte arrendatária os locativos desembolsados.

Mas se a arrendatária realiza a compra, com a opção pelo pagamento dos valores do VRG antecipadamente, cumulando-os com as contraprestações locativas do bem, descaracteriza-se o contrato como arrendamento mercantil, transfigurando-se em compra e venda a prestação.

Não se acolhe a tese de que o pagamento antecipado do VRG juntamente com a contraprestação não caracteriza a opção de compra mas representaria o pagamento do valor depreciativo do bem.

Tal assertiva não se sustenta, pois, se a parte arrendatária não se utiliza da opção de compra do bem ao término do prazo contratual, a arren-

dante tampouco poderá cobrar-lhe o valor residual garantido.

O valor depreciativo do bem já se encontra incluído na quantia paga a título de contraprestação, como uma espécie de garantia da instituição financeira a possível rejeição por parte da arrendatária no que tange à aquisição do objeto do contrato.

Nesse sentido, destaca Arnaldo Rizzardo:

“O art. 11 da Res. n. 980 prescreve: ‘A operação será considerada como de compra e venda à prestação, se a opção de compra for exercida antes de vencido o prazo mínimo de arrendamento’.

“Disposição semelhante, embora com alcance mais amplo, contém a Lei n. 6.099, art. 11, § 1º: ‘A aquisição pelo arrendatário de bens arrendados em desacordo com as disposições desta lei, será considerada operação de compra e venda a prestação’.

“Percebe-se que nada impede o exercício da opção antes do término do contrato. Mas, uma consequência advirá: o contrato não continuará como de arrendamento mercantil. Passará a considerar-se como de compra e venda a prestação” (op. cit., pág. 63).

É oportuna a referência ao magistério de Orlando Gomes em sua clássica obra *Contratos*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993, pág. 524:

“O elemento essencial de caracterização do leasing é a faculdade reservada ao arrendatário de adquirir, no fim do contrato, os bens que alugou. Se não existe, o contrato não é de leasing. Essa faculdade é, ao se exercer, um direito potestativo, bas-

tando, portanto, a declaração optativa do concessionário do leasing para que a relação pessoal de uso dos bens se transforme em relação real de propriedade”.

Antônio da Silva Cabral em *Leasing no Direito Brasileiro*, vol. II, Parte Especial, São Paulo, Resenha Tributária, 1975, pág. 90, afirma:

“5. O contrato, ao seu final, deve reservar ao arrendatário a ‘opção de compra’ do bem arrendado, por preço mínimo nele fixado e que corresponda ao valor residual, após todas as amortizações feitas pelo arrendatário.

“Como já tivemos oportunidade de esclarecer, o contrato de arrendamento mercantil evita a celebração de outros contratos colaterais, como o de financiamento, o de compra e venda e o fiduciário. No dizer do Prof. Mauro Brandão Lopes: ‘Com a forma do arrendamento, obtêm as partes vantagens de três lados: (a) o financiamento é límpido e nenhum risco apresenta para o financiador e financiado, mesmo com o pagamento feito sob a forma de ‘aluguel’; (b) a coisa, que substitui a prestação do financiador, continuando na sua propriedade, constitui para ele garantia suficiente do pagamento da dívida pelo arrendatário, sem necessidade de contratos acessórios e (c) os efeitos normais do contrato de arrendamento são válidos e desejados, conciliando-se perfeitamente com o fim novo visado, o financiamento” (89).

Conclui-se pois que o contrato em análise é típico contrato simulado de leasing financeiro, como se observa da lição de Fran Martins:

“O leasing financeiro é aquele em que uma empresa se dedica habitual e profissionalmente a adquirir bens produzidos por outros para arrendá-los, mediante uma retribuição estabelecida, a uma empresa que deles necessite” (op. cit., pág. 528).

Nesse sentido, são colacionados precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça:

1) REsp. n. 181.095—RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 18/3/99:

“Leasing. Financeiro. Valor residual. Pagamento antecipado. TR. Juros. Limite.

— A opção de compra, com o pagamento do valor residual ao final do contrato, é uma característica essencial do leasing. A cobrança antecipada dessa parcela, embutida na prestação mensal, desfigura o contrato, que passa a ser uma compra e venda a prazo (art. 5º, c, combinado com o art. 11, § 1º, da Lei n. 6.099 de 12/9/74, alterada pela Lei n. 7.132, de 26/10/83), com desaparecimento da causa do contrato e prejuízo ao arrendatário.

— Aplicação da Súmula 596/STF para a limitação da taxa de juros em operações das instituições financeiras.

— Matéria não prequestionada sobre a Lei n. 9.069/95 (TR).

— Recurso conhecido em parte (Súmula 596/STF) e nessa parte provido”.

Trecho do v. acórdão:

“1. A cobrança antecipada do valor residual de garantia descaracteriza o leasing e transforma o negócio

em verdadeira compra e venda financiada”.

Nesse sentido o precedente, que me permito reproduzir:

“1. A primeira questão versada no recurso diz com a desconfiguração do contrato de arrendamento mercantil (leasing) quando o valor do saldo residual é inserido no valor das prestações mensais, de tal sorte que, ao final do cumprimento do contrato, o preço já está totalmente pago.

“2. O leasing financeiro, modalidade de que se trata, ‘consiste no negócio jurídico bilateral pelo qual uma das partes, necessitando utilizar um determinado bem, procura uma instituição financeira para que promova a compra do mesmo para si e, posteriormente, lhe entregue em locação, mediante uma remuneração periódica, em geral, no seu somatório, superior a seu preço de aquisição. Ao final do prazo contratual, via de regra, surgem três opções para o locatário: a de tornar-se proprietário mediante o pagamento de uma quantia, a de renovar a locação por um valor inferior ao primeiro período locativo ou a de devolver a coisa locada’ (Benjó, Celso. O leasing na sistemática jurídica nacional e internacional. In Revista Forense, abril — maio — junho de 1981, pág. 15).

“3. A opção de compra tem sido definida como ‘um fator de máxima importância na caracterização do leasing financeiro’ (op. cit., pág. 17). Isso porque, esclareceu o Ilmo. Prof. Penalva Santo, ‘com boa razão, no parágrafo único do art. 10, a Resolução (n. 351/75) capitulou o exercício da opção em desacordo com o disposto no caput do artigo, ou seja, antes do término da vigência do contrato (rectius:

da opção) será considerado como de compra e venda a prestação. A ratio de tal dispositivo tem por finalidade evitar a prática de expediente como uma simples compra e venda mascarada de arrendamento mercantil' (Santos, J. A. Penalva. Leasing. In Revista Forense, abril — maio — junho de 1975, pág. 48).

"4. A Lei n. 6.099, de 12/9/74, alterada pela Lei n. 7.132, de 26/10/83, dispondo sobre o leasing, estabelece no seu art. 5º que os contratos de arrendamento mercantil conterão entre outras disposições, a cláusula de 'opção de compra ou renovação de contrato, como faculdade do arrendatário'.

"No art. 11, § 1º, a lei dispõe que 'a aquisição pelo arrendatário de bens arrendados em desacordo com as disposições desta lei será considerada operação de compra e venda a prestação'.

"5. Além das razões de ordem fiscal que levaram o legislador a manter a opção de compra, com o pagamento do valor residual como uma das características do contrato de leasing operacional, existem outras duas a considerar: a) o negócio do leasing fica sem causa, isto é, desaparece a razão do negócio se o arrendatário paga integralmente o preço do bem no curso da execução do contrato, uma vez que a finalidade básica do leasing financeiro é 'sempre o financiamento de investimentos produtivos' (Fabio Konder Comparato, Contrato de Leasing, Forense, 250/10) e não a compra e venda, sendo que a existência de uma promessa unilateral de venda por parte da instituição financeira serve para diferenciá-lo da locação e

da compra e venda a crédito; b) o arrendatário perde com a inclusão na prestação mensal da parcela correspondente ao valor residual, pois desembolsa antecipadamente aquilo que pagaria apenas no caso de exercer uma das três opções que a lei lhe reserva, ao final do contrato. E isso lhe pode ser ainda mais prejudicial se considerarmos que tal parcela serve para compor o valor da prestação mensal, sobre o qual incidirão juros e outros acréscimos. E a inadimplência, que resulta do não-pagamento da prestação mensal assim composta, terá graves reflexos na economia do contrato, com a possibilidade de perda da posse do bem, embora uma parte do valor não pago constitua cobrança antecipada do que somente seria exigível a final.

"Uma conseqüência dessa cobrança antecipada é que se elimina a opção de compra, pois é a única alternativa que resta a quem já pagou antecipadamente o preço. O em. Ministro José Augusto Delgado, ao considerar a hipótese de ser imposta ao arrendatário a obrigação de aquisição, com eliminação da opção, assim se manifestou: 'Tenho a cláusula que impõe obrigatoriedade do exercício de tal manifestação (compra) como leonina. Não se pode deixar de considerar que essa opção deve ser entendida como em harmonia com os interesses negociais do arrendatário, inclusive de suas condições financeiras. A imposição do arrendador viola o princípio da livre manifestação e o da razoabilidade negocial' (Leasing, Doutrina e Jurisprudência, Juruá, 1997, pág. 128).

6. Acrescento, ainda, a fundamentação constante do r. despacho

da Presidência, subscrito pelo Ilmo. Dr. Luiz Carlos Carvalho Leite:

‘No tocante aos dispositivos da Lei n. 6.099/74, alterada pela Lei n. 7.132/83, não se verifica a violação pretendida.

‘Com efeito, a lei supracitada prevê seja o arrendamento mercantil tratado como se compra e venda em prestação fosse, se a aquisição do bem verificar-se em desacordo com o estatuído em suas normas.

‘O preclaro Des. Arnaldo Rizzardo, em sua excelente obra sobre o tema (‘O Leasing — Arrendamento Mercantil — no Direito Brasileiro’. São Paulo, RT, 1987, pág. 61) após referir os dispositivos legais que permitem a antecipação do exercício da opção antes do término do contrato, refere nesse caso que uma consequência advirá: o contrato não continuará como de arrendamento mercantil. Passará a considerar-se como de compra e venda a prestação’ (fls. 592).

‘De decisão do eg. Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, recolhido do voto vencido da em. Relatora, Dra. Maria de Fátima Pessoa de Mello Cartaxo, a seguinte precisa observação: ‘1 — A antecipação do pagamento do valor residual (aproximadamente 35% do total do contrato) descaracteriza as condições usuais e tipificadoras dessa modalidade de negócio jurídico, o leasing, desconfigurando o exercício do direito à opção de compra, nos termos contratualmente propostos; 2 — O Aviso de Débito e o Termo de Aditamento de fls. 28 a 31 comprovam a antecipação do pagamento do valor residual, ao passo que, de acordo com a legislação vigente, isso só poderia ocorrer

por ocasião do término do contrato, quando deveria ser exercido o direito de opção’.

“7. Mais recentemente, neste eg. Tribunal, votando em julgamento que ainda não se concluiu, assim fundamentou seu voto o em. Ministro Waldemar Zveiter:

‘O preclaro Des. Arnaldo Rizzardo, em sua excelente obra sobre o tema (‘O leasing — Arrendamento Mercantil — no Direito Brasileiro’, São Paulo, RT, 1987, pág. 61) após referir os dispositivos legais que permitem a antecipação do exercício da opção antes do término do contrato, refere nesse caso ‘uma consequência advirá’: o contrato não continuará como de ‘arrendamento mercantil’. Passará a considerar-se como ‘de compra e venda a prestação’.

“Tal entendimento é esposado por todos quando tratam do tema, como Jorge Pereira Andrade (‘Arrendamento Mercantil — Leasing’, in ‘Contratos Nominados’, coord. por Yussef Said Cahali. São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 216) o qual afirma que:

‘É característica essencial do contrato de leasing a oferta unilateral do arrendante à arrendatária de três opções ao final do contrato, sendo que uma delas obrigatoriamente deverá ser exercida.

‘a) comprar o bem por valor residual adrede determinado;

‘b) devolver o bem;

‘c) renovar o contrato’.

“No mesmo sentido preleciona Maria Helena Diniz, no seu ‘Tratado Teórico e Prático dos Contratos’ (São Paulo, Saraiva, 1993, vol. 2, págs. 358/359):

‘Inferre-se daí que no arrendamento mercantil apresentam-se os seguintes elementos jurídicos, essenciais à sua caracterização:

‘(...)

‘5º. O Arrendatário, findo o prazo do arrendamento, tem a tríplex opção de: a) adquirir os bens, no todo ou em parte, por preço menor do que o de sua aquisição primitiva convencionando no próprio contrato, levando-se em conta os pagamentos feitos a título de aluguel; b) devolvê-los ao arrendador, ou c) prorrogar o contrato, mediante o pagamento de renda muito menor do que a do primeiro arrendamento (...). É preciso, ainda, não olvidar, que nada impede (Res. n. 980/84, art. 11, e Lei n. 6.099, art. 11, §§ 1º a 3º) o exercício da opção antes do término contratual, mas o contrato deixará de ser leasing financeiro, e passará a ser considerado compra e venda a prestação’.

‘Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca, dissertando sobre o contrato de leasing, em obra coletiva coordenada pelo Prof. Carlos Alberto Bittar (‘Novos Contratos Empresariais’, SP, RT, 1990, págs. 105/106), afirma que:

‘Do contrato deve constar expressamente a tríplex opção a favor do arrendatário: adquirir o bem, renovar o contrato ou devolver o bem’.

‘Tal opção deve ser exercida apenas por ocasião do término do contrato, sob pena de a operação vir a ser considerada como compra e venda a prestação’.

‘Constata-se, assim, que não há como se caracterizar o contrato em tela como sendo autêntico arrendamento mercantil, já que desde o início

o autor vem pagando o valor residual, sendo inócua qualquer previsão contratual de exercer opções ao final, pois somente alguém afetado por prodigalidade deixaria de exercer a opção de compra do veículo após ter pago todo o valor residual ao longo do contrato, nada mais restando a pagar ao final, como se verifica da leitura da cláusula 10.4 do contrato (fls. 19/19v.).

‘Assim, se o autor está pagando parcelas para amortizar o capital juntamente com o valor residual, resta evidente que está ele, na verdade, pagando o preço de aquisição do bem, não se tratando de verdadeiro leasing.

‘Tal deve ser declarado, tendo presente que pouco importa o nomen juris que as partes tenham dado ao contrato, a sua natureza jurídica deve ser inferida do efetivo teor das cláusulas avençadas e do que em concreto elas significam em sua operacionalidade.

‘Assim, reconhece-se a descaracterização do contrato de arrendamento mercantil (leasing), declarando-se que o contrato efetivamente realizado entre as partes é o de uma compra e venda a prestações.

‘8. A divergência sobre o ponto ficou indemonstrada, com citação de julgados no mesmo Tribunal ou de sentenças. O precedente do eg. TJSC veio por simples ementa, sem que se possa verificar a semelhança das situações.

‘Os dispositivos legais referentes ao tema não foram objeto de questionamento, que apenas ficou restrito ao exame da legislação especial, sem referência às disposições codificadas ou à Lei de Introdução ao



Código Civil, sendo que Resolução não serve para a caracterização da questão federal.

“(...)

“11. Posto isso, conheço em parte do recurso e lhe dou provimento para permitir a cobrança dos juros autorizados pelo Conselho Monetário Nacional”.

2) REsp. n. 213.850—RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 10/8/99:

“Leasing. VRG. Juros. Capitalização.

“O valor residual de garantia cobrado antecipadamente desfigura o contrato de leasing.

“Não é permitida a cobrança de juros capitalizados pelo descumprimento do contrato de leasing.

“No cálculo do custo da operação, podem ser incluídos juros nas taxas autorizadas pelo CMN.

“Recurso conhecido em parte”.

Mesmo que a tese não tenha sido especificamente argüida pela arrendatária, nem por isso está o órgão julgador do Poder Judiciário impedido de conhecê-la, conforme bem advertiu o Des. Carlos Prudêncio em acórdão lançado em Apelação Cível n. 99.002882-8, de Jaraguá do Sul, Primeira Câmara Civil, j. 27/4/99:

“Acredito estar na hora de enfrentarmos uma realidade atual, qual seja a da supremacia das teses das instituições financeiras em detrimento da interpretação das leis. Acredito que devemos repensar as decisões que interfiram no setor econômico, até mesmo para darmos uma resposta aos empresários e à população em geral no sentido de que o Poder Judi-

ciário não permitirá abusos contra quem quer que seja e que somente a lei, aliada ao seu fim social, prevalecerá. Nada mais de obedecermos resoluções, portarias e demais atos administrativos em detrimento da lei”.

Ademais, em sede de contratos, deve o Estado interferir para assegurar a ordem pública e as relações entre particulares quando violadoras das normas primeiras dos contratos, qual seja, a igualdade dos contratantes.

Assevera Fran Martins na mesma obra “Contratos e obrigações comerciais”, 13ª ed. rev. e aum., 1995, págs. 82/83:

“64. Interferência do Estado nos contratos. Publicização do contrato — Por outro lado, para fazer face a contingências oriundas de novas situações econômicas e políticas da humanidade, surgidas principalmente com as grandes guerras que, nos últimos decênios, têm abalado a estrutura da sociedade, o Estado vem interferindo, de maneira decisiva, nos negócios contratuais, já impedindo que os indivíduos contratem livremente, já, muitas vezes, substituindo a vontade das partes pela imposição de regras que devem ser cumpridas pelos contratantes. Assim age o Estado, tendo em vista manter o equilíbrio social.

“Mas o faz tão discricionariamente que já se chegou a falar na falência do Direito motivada pela interferência do poder público nos contratos, cada vez mais restringindo a livre manifestação das partes contratantes para imperar, sobre elas, a vontade estatal.

“Indiscutivelmente, há uma evidente ingerência do Estado em ques-

tões que, antes, eram reguladas soberanamente pelas partes, mas tal ingerência não aniquilou ainda o princípio da autonomia da vontade. Interfere o Estado em assuntos que dizem respeito ao bem-estar social, deixando ainda largo campo para que, de modo privado, possam as partes livremente contratar. Esse fato, não é novo, apenas tendo sido ultimamente ampliado, dadas as radicais transformações socioeconômicas dos povos dos últimos anos. O próprio Código Civil francês, que consagrou o princípio da autonomia da vontade, já havia, também, estipulado restrições a esse princípio, ao estatuir, no art. 6º, que 'não se pode derogar, por convenções particulares, leis que interessem à ordem pública e aos bons costumes', e quando o Estado interfere na livre manifestação da vontade dos contratantes, impondo regras que deverão ser por eles cumpridas, o faz tendo em vista assegurar o equilíbrio social, que deve ser superior aos interesses de ordem privada.

"Inegável, entretanto, é que, dia a dia, em face mesmo das transformações por que passa a humanidade, o Estado vai aprofundando cada vez mais a sua ingerência nos negócios privados, sobretudo no campo dos contratos. Este está, aos poucos, se publicizando, com graves repercussões na liberdade das partes contratantes. Exemplo dessa interferência do Estado no setor dos contratos comerciais são as medidas adotadas pelo poder público para a fixação dos preços de determinadas mercadorias, nos contratos de compra e venda, a prorrogação dos contratos de locação de imóveis utilizados para fins comerciais e, assim, partes integrantes do

fundo de comércio do comerciante, as restrições de importações ou exportações e muitas outras medidas que são periodicamente adotadas pelo Estado para que seja mantido o equilíbrio social".

Por seu turno, Waldírio Bugarelli, em *Contratos Mercantis*, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 1990, pág. 30, esclarece:

"Em contrapartida, observa-se uma veemente exploração da parte mais fraca, pela mais forte, sem que a conhecida e proclamada intervenção do Estado tenha posto cobro ou limitação dessa espoliação.

"País de capitalismo ainda primário, terra aberta ao espírito aventureiro e predatório, das fortunas fáceis a qualquer preço, encontra-se aqui, no Brasil, campo para toda a sorte de exploração, não só do rico pelo pobre, no âmbito civil, mas no campo comercial, pelas empresas, desde o consumidor, até as empresas mais fracas, pelas mais fortes.

"Serviu à luva, para esse tipo de exploração, o chamado de contrato de adesão (contrato-tipo, formulário etc.) em que se inscrevem as cláusulas mais aberrantes, como por exemplo: 1. a outorga de procuração do devedor (comprador ou mutuário, em geral) ao credor, para que este possa emitir cambial cobrando a dívida, ficando ao arbítrio do credor utilizar-se ou da forma de coação contratual ou da mais enérgica do direito cambiário; 2. outorga de procuração para que o credor represente o devedor perante instituições financeiras para obtenção de financiamento (nos contratos de cartões de crédito, de aquisição de imóveis etc.); (...); e assim, uma feira

incrível de estapafúrdias cláusulas contrárias aos interesses do devedor, a que este não pode fugir, pois que as empresas dedicadas ao mesmo ramo, por meio de padronização desses abusivos contratos, não permitem que ele se safe à grande corrente por elas formada: administradoras, imobiliárias, construtoras, instituições financeiras, seguradoras, todas reunidas por meio do contrato-tipo maldito, a que os Tribunais, infelizmente, vêm dando guarda, com base na autonomia da vontade que ainda permanece como verdadeiro dogma entre nós”.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, por sua 3ª Turma Cível, julgando a Apelação n. 4593697, do Distrito Federal, rel. Des. Wellington Medeiros (j. em 27/4/98), assim se manifestou acerca da relevância do tema contratos, como sendo de ordem pública:

“Apelação cível — Alienação fiduciária em garantia — Pagamento indevido — Retomada do veículo alienado — Cláusula contratual estabelecendo a perda total das prestações pagas em benefício do credor fiduciário — Matéria de ordem pública — Possibilidade de declaração da nulidade de ofício — Ausência de preclusão — Provimento parcial.

“I — Compete ao devedor, que alega pagamento indevido, a prova de tê-lo feito por erro (art. 965 do CC). Inexistente a prova, arca a parte incumbida de seu ônus com os efeitos decorrentes de sua produção infrutuosa.

“II — Mostra-se nula e ilegal, por força do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, a cláusula contratual de alienação fiduciária em ga-

rantia que estabelece que o assuntor renuncia, em caráter irrevogável e irreatável, ao direito de ressarcimento dos valores despendidos para o pagamento do débito do devedor.

“III — A retomada, pelo credor, da posse e propriedade do bem alienado fiduciariamente, sem a devolução das prestações contratuais pagas pela devedora, gera notório enriquecimento sem causa, quebrando a harmonia e o equilíbrio do contrato.

“IV — Essa nulidade, por envolver matéria de ordem pública, pode ser argüida por meio de ação, exceção, ou decretada de ofício pelo juiz ou Tribunal, a qualquer tempo e grau de jurisdição, não estando sujeita a prazos de prescrição ou decadência (Nelson Nery Júnior).

“V — Recurso conhecido e parcialmente provido, declarando-se a nulidade da cláusula abusiva e determinando-se a devolução das parcelas pagas pela consumidora, descontadas e/ou compensadas em favor do credor fiduciário as importâncias referentes à fruição do bem, conforme se apurar em procedimento de liquidação por arbitramento”.

Assim se conclui que:

1) o contrato de arrendamento mercantil define-se como operação financeira realizada por uma empresa arrendadora e que tem por objeto o arrendamento de bens móveis ou imóveis, para o uso próprio da arrendatária, contendo uma promessa unilateral de venda, um mandato e uma promessa sinalagmática de locação de coisa;

2) o contrato de arrendamento mercantil deve preservar algumas características essenciais, sem as quais perde a natureza de leasing, como por

exemplo: a) aquisição do bem, a final, pelo pagamento do valor residual adredemente determinado; b) devolução do bem, ou c) renovação do contrato;

3) no caso concreto, outra alternativa não restaria à arrendatária ao final do contrato, senão, após pago o preço integralmente com a soma das prestações de locativos mais Valor Residual Garantido — VRG, receber o objeto pelo qual já havia inclusive feito a opção pela compra, pois não faria sentido o fato de que a arrendatária deixasse de receber a coisa, tendo pago todo o preço;

4) se as principais características do contrato de arrendamento mercantil são a opção de compra ao final do pacto ou a devolução do bem, transfigura-se o contrato para compra e venda a prestação, diante dos pagamentos antecipados pela arrendatária, dos valores do VRG, cumulados com as contraprestações locativas do bem;

5) não merece acolhida a tese de que o pagamento antecipado do VRG juntamente com a contraprestação não caracteriza a opção de compra, mas representaria o pagamento do valor depreciativo do bem;

6) o Estado em tema de contratos deve interferir para assegurar a ordem pública e a igualdade dos contratantes, tendo em vista o equilíbrio social.

Isso posto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello.

Florianópolis, 18 de novembro de 1999.

*Xavier Vieira,*

*Presidente com voto;*

*Nelson Schaefer Martins,*

*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.013870-1, DE BLUMENAU**

**Relator: Des. Nelson Schaefer Martins**

*Execução. Embargos. Título judicial. Desapropriação. Citação. Nulidade afastada. Expurgos inflacionários não acolhidos pela sentença. Ordens normativas do Poder Judiciário catarinense. Recurso não interposto pelos embargados. Preclusão. Verba honorária. Inclusão no cálculo. Erro material no dispositivo do decism. Provimento do recurso e da remessa.*

*Afasta-se a preliminar de nulidade de citação, se o município embargado comparece espontaneamente aos autos para embargar, não se caracterizando prejuízo a seus interesses.*

*O Provimento n. 13/95 da CGJ—SC não incorporou os índices expurgados nos meses de janeiro/89, março/90, abril/90, maio/90 e fevereiro/91.*

*Assim, para que tais índices componham o cálculo, faz-se necessário que haja comando judicial neste sentido. Se no caso concreto a sentença não determina que sejam aplicados os índices expurgados e os embargados não recorrem do decisum, neste ponto, opera-se a preclusão.*

*Apesar de ter a sentença rejeitado os embargos no dispositivo, se na sua motivação, expressamente, determina a aplicação dos índices estabelecidos por provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça e por resoluções da presidência do Tribunal de Justiça do Estado, tem-se que por conta das ordens normativas do Poder Judiciário catarinense não incorporam os índices que foram expurgados.*

*A contradição entre a motivação e o dispositivo da sentença é suscetível de corrigenda na forma do art. 463 do CPC, como erro material, inclusive pelo Segundo Grau de jurisdição.*

*Não há irregularidade na inclusão dos honorários no cálculo pois a lei não proíbe a execução da sentença na parte relativa a honorários em conjunto com a condenação principal.*

*Nos termos do art. 35, letra i, da Lei Complementar n. 156, de 15/5/97 (Regimento de Custas do Estado), com a redação decorrente da LC n. 161, de 23/12/97, a Fazenda Municipal é dispensada do pagamento das custas processuais.* ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso e à remessa.

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.013870-1 da comarca de Blumenau (3ª Vara e Feitos da Fazenda Pública), em que é apelante o município de Blumenau, sendo apelados Oswaldo Odebrecht Filho, Ingeborg Hinsch Odebrecht, Alfredo Krepsky, Regina Moreira Krepsky, Egon Belz e Lilly Belz:*

Custas na forma da lei.

Perante o Juízo da 3ª Vara Cível e Feitos da Fazenda Pública da comarca de Blumenau, o município de Blumenau promoveu ação de desapropriação em face de Oswaldo Odebrecht Filho, Ingeborg Hinsch Odebrecht, Alfredo Krepsky, Regina

Moreira Krepsky, Egon Belz e Lilly Belz.

A sentença julgou procedente o pedido, fixando as indenizações em Cr\$ 46.864.127,78 e Cr\$ 50.538.924,92 acrescidas de juros de mora de 6% a.a. a partir do trânsito em julgado da decisão; juros compensatórios de 12% a.a. devidos sobre a diferença entre o valor da oferta e o valor da indenização (ambos devidamente corrigidos) a partir de 7/8/80 — data da imissão provisória na posse até o efetivo pagamento; correção monetária a partir de 28/5/82 — data da avaliação, independentemente do prazo anual fixado pelo art. 26, § 2º, do Decreto-Lei n. 3.365/41; honorários advocatícios de 10% sobre a diferença entre o valor depositado e o valor fixado na indenização.

O município de Blumenau interpôs apelação e a colenda Segunda Câmara Civil decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Na fase de liquidação por cálculo do contador, o Magistrado a quo determinou a citação da devedora para opor embargos em dez dias.

Determinada a intimação das partes (fls. 467, vol. II), por estas apresentaram esboços de cálculos (fls. 468/494 e 495/500, vol. II), sendo que o município de Blumenau opôs embargos na forma de simples manifestação (fls. 495/500, vol. II), e a sentença rejeitou-os (fls. 555/571, vol. II), condenando o embargante nos ônus da sucumbência.

Irresignado, o município de Blumenau apelou, tempestivamente, arguindo, em preliminar, a ausência de citação para oposição de embargos e, no mérito, apontou: a) incorreção do

cálculo do valor executado; b) afronta à lei federal; c) excesso de execução por terem sido incluídos no cálculo da condenação os honorários advocatícios (fls. 575/584, vol. II).

O recurso foi contra-arrazoado (fls. 586/608, vol. II), dispensado o preparo a teor do disposto no art. 511, § 1º, do CPC.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Joel Rogério Furtado, opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 617/621, vol. II).

É o relatório.

I. Afasta-se a preliminar de nulidade do processo por conta da pretensa ausência de citação do Município para oposição de embargos.

Ocorre que, no caso concreto, a circunstância revela-se como mera irregularidade processual que não causou prejuízo ao apelante.

Ademais, identificado o pedido do apelante e tratando-se de tema relacionado à desapropriação, a interpretação da lei processual deve ser aquela mais consentânea com o caráter social da pretensão de ordem material, ante o princípio da instrumentalidade do processo que recomenda que deve-se buscar a sua efetividade, ou seja:

“O processo deve ser apto a cumprir integralmente a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude os seus escopos institucionais” (cf. Cândido Rangel Dinamarco, in A instrumentalidade do processo, 2ª ed., São Paulo, RT, 1990, pág. 457).

“No exame do processo a partir de um ângulo exterior, diz-se que todo

o sistema não vale por si mas pelos objetivos que é chamado a cultuar; e, depois, em perspectiva interna, examinam-se os atos do processo e deles diz-se o mesmo. Cada um deles tem uma função perante o processo e este tem funções perante o direito substancial, a sociedade e o Estado. Além disso, os objetivos particularizados dos atos processuais convergem todos à garantia da equilibrada participação dos sujeitos, donde a consecução de cada um deles só constitui válida exigência na medida em que disso dependa o nível indispensável de participação no processo. Em consequência de tudo, tem-se que a visão teleológica do processo influencia e alimenta o princípio da instrumentalidade das formas, seja porque desenvolve a consciência instrumentalista em si mesma, seja porque a amplia e conduz a minimizar os desvios formais sempre que, atingido ou não o objetivo particular do ato viciado ou omitido, os resultados considerados na garantia do contraditório estejam alcançados (o que se dá em todos os casos em que, por maior que seja o vício ou mais grave a omissão, a parte prejudicada no processo seja vencedora no mérito)" (op. cit., pág. 384).

Assim, não se justificaria a decretação de nulidade do processo se, na hipótese, o apelante rebateu e defendeu-se através de peça convertida em embargos e o fez com amplitude, interpretando a pretensão dos expropriados, ora embargados, adequadamente, sendo que a matéria objeto do recurso que se examina é a mesma apresentada por ocasião da impugnação ao cálculo.

Desta forma aplica-se o princípio da instrumentalidade das formas e

dos atos processuais, mediante o qual somente se anula o ato se, além de ter sido inobservado, não tiver alcançado a finalidade que lhe é inerente, o que não é o caso dos autos.

Humberto Theodoro Júnior em Curso de direito processual civil, vol. I, 15ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, págs. 282/283 leciona:

"O princípio que inspirou o Código, nesse passo, foi o que a doutrina chama de princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais, segundo o qual o ato só se considera nulo e sem efeito se, além de inobservância da forma legal, não tiver alcançado a sua finalidade.

"Assim, dispõe o art. 244 que 'quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade'.

"Mas, em qualquer caso, mesmo quando haja expressa cominação de nulidade para a inobservância de forma, o juiz não decretará a nulidade nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta: a) se não houve prejuízo para a parte (art. 249, § 1º); b) quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade.

"Isto quer dizer que o ato mesmo absolutamente nulo não prejudicará a validade da relação processual como um todo. Daí, poder-se afirmar que, pelo princípio de instrumentalidade dos atos processuais, como regra geral predominam as nulidades relativas no processo".

A propósito, traz-se à colação declaração de voto vencido do Des. Newton Trisotto, na Apelação Cível n.



98.010130-1, de Chapecó, Primeira Câmara Civil, j. 1º/9/98:

"(...) 2. No caso sub judice, o exequente acostou à petição inicial extratos e demonstrativos dos lançamentos realizados, permitindo objetiva impugnação e o exercício de ampla defesa. Se incompletos, deveria o Juiz ensejar oportunidade para que fosse suprida a omissão.

"Nessas circunstâncias, tenho que a extinção da execucional, liminarmente, não se harmoniza com os princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo.

"Há muitos anos, quando remeteu o projeto do novo Código de Processo Penal ao Presidente da República, destacou o Ministro da Justiça Francisco Campos:

'O projeto não deixa respiradouro para o frívolo curialismo, que se compraz em espiolhar nulidades. É consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou à defesa'.

"O Código de Processo Civil contém o mesmo princípio, inserido nas disposições dos artigos 244 e seguintes, consagrado na expressão francesa: *pas de nullité sans grief*. Sobre o tema, anota Galeno Lacerda:

'No momento em que se descobre a verdadeira hierarquia de interesses tutelados pelos textos de um Código, desvenda-se o sentido profundo e vital do sistema que o anima. Neste sentido, tratando-se de um Código de Processo, o interesse público superior, que o inspira e justifica, é que se preste ele a meio eficaz para definição e realização concreta do direito material. Não há outro interesse público mais

alto, para o processo, do que o de cumprir sua destinação de veículo, de instrumento de integração da ordem jurídica mediante a concretização imperativa do direito material.

'Se assim é, como na verdade é, cumpre indagar quais as normas que, dentro de um Código Processual, tutelam sua instrumentalidade, porque nelas reside e habita o interesse público predominante. Fácil encontrá-las no capítulo destinado à disciplina das nulidades. Exatamente porque a preocupação maior consiste em tudo fazer para salvar o instrumento, a fim de que alcance o objetivo, verifica-se que as regras sobre nulidades possuem o necessário e indispensável condão de relativizar a maior parte das normas imperativas processuais e, por conseguinte, as sanções resultantes de sua infração.

'Por este motivo, o capítulo mais importante e fundamental de um Código de Processo moderno se encontra nos preceitos relativizantes das nulidades. Eles é que asseguram ao processo cumprir sua missão sem transformar-se em fim em si mesmo, eles é que o libertam do contra-senso de desvirtuar-se em estorvo da Justiça.

'Aplicando por analogia ao direito processual um conceito de Zitelmann, difundido entre nós por Pontes de Miranda para definir as normas de direito internacional privado ('Coments. à Const. de 67', I/92), diria que as regras sobre nulidades se integram no 'sobredireito' processual, porque se sobrepõem às demais, por interesse público eminente, condicionando-lhes, sempre que possível, a imperatividade.

'Sim, porque a nulidade resulta, precisamente, da infração a um preceito cogente e imperativo. Por isto, quando o Código, no art. 244, ordena ao Juiz considere válido o ato, apesar da nulidade, se alcançado o objetivo; quando, no art. 249, § 1º, determina que, apesar de nulo, o ato não será repetido nem suprida a falta, se inexistir prejuízo à parte, estamos em presença, na verdade, de normas processuais superiores que eliminam os efeitos legais da inobservância de dispositivos inferiores, como se o Código, em outras palavras, estabelecesse o seguinte silogismo: embora nulo o ato, porque descumpriu prescrição imperativa imposta pelo artigo número tal, a regra mais alta reguladora das nulidades impede a declaração do vício porque não houve prejuízo; porque, a resguardar a instrumentalidade do processo, o fim foi atingido.

(...)

'Se determinado dispositivo do Código prescreve que a nulidade não se declare, ele incide evidentemente sobre a norma infringida, cassando-lhe os efeitos, como autêntica regra de sobredireito. No mesmo plano de superposição se insere o parágrafo único do art. 250: apesar do erro na forma do processo, ou seja, no rito ou no procedimento, segundo a correta observação de Egas Moniz de Aragão ('Coments.', 4ª ed., II/384), 'dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa'. Pouco importa a infração. A regra violada se torna ineficaz, porque prescrição mais alta do Código assim o quer, porque o interesse público na instrumentalidade do processo assim o exige' (O Código e o formalismo processual, AJURIS 28/12).

"Os tribunais acolhem essa doutrina. Nos Recursos Especiais ns. 15.713, 1.561 e 7.184, por exemplo, registrou o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

'A concepção moderna do processo, como instrumento de realização de justiça, repudia o excesso de formalismo, que culmina por inviabilizá-la' (DJU de 24/2/91, pág. 1.876).

'O atual CPC prestigia o sistema que se orienta no sentido de aproveitar ao máximo os atos processuais, regularizando sempre que possível as nulidades sanáveis' (RT 659/183).

'Segundo proclamou o recente IX Congresso Mundial de Direito Processual, é em dispositivo do nosso CPC que se encontra a mais bela regra do atual Direito Processual, a saber, a insculpida no art. 244, onde se proclama que 'quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade' (RT 683/183)".

Do mesmo modo, aplica-se tese defendida pelo eminente Des. Anselmo Cerello, em Apelação Cível n. 98.000032-7, de Criciúma, Segunda Câmara Civil, j. 28/5/98, cujo trecho pertinente se transcreve:

"Quanto à nulidade de citação, a decisão do MM. Juiz a quo é de judiciedade indestrutível:

'O comparecimento espontâneo da parte supre a citação (art. 214, § 1º, do CPC). Ademais, por regra geral do Código de Processo Civil, não se dá valor à nulidade, se dela não resultou prejuízo para as partes, pois aceito, sem restrições o velho princípio: pas de nulitte sans grief. Por isso, para que se declare a nulidade, é ne-

cessário que a parte alegue oportunamente e demonstre o prejuízo que ela lhe causa...' (REsp. n. 57.329—SP, rel. Francisco Cesar Asfor Rocha, DJ de 20/3/95, pág. 6.098).

'Processual civil. Nulidade. Inocorrência. Aplicação do princípio da instrumentalidade dos atos processuais. I — no caso, ao entender que o comparecimento espontâneo do réu supre a citação (art. 214, § 1º, do CPC). O acórdão recorrido não violou o art. 1.326 do CC, nem o art. 38 do CPC e, ainda, bem aplicou o princípio da instrumentalidade das formas, consagrado no art. 154 daquele Código adjetivo' (REsp. n. 59.937—RJ, rel. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 5/6/95, pág. 16.655).

'Liquidação por artigos. Citação. Comparecimento espontâneo. A falta de citação pessoal do executado, prevista na legislação anterior, ficou suprida pelo comparecimento espontâneo do executado' (REsp. n. 34.287—PR, rel. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, DJ de 24/10/94, pág. 28.761).

'(...)':

"Além destes, há o julgado mencionado pelo embargado, também emanado do próprio STJ, cuja ementa é a seguinte:

'Segundo a sistemática processual vigente, extensiva ao processo executivo (CPC, art. 214, § 1º, c/c o art. 598), o comparecimento espontâneo do réu supre eventual vício de citação' (STJ, 4ª T., RMS n. 629/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. em 26/2/91, DJU de 25/3/91, pág. 3.225, 1ª col.).

"Desse modo, havendo o devedor comparecido e ofertado embargos

onde debateu a matéria longamente, não se há que falar de nulidade da citação.

"O prazo de dez dias previsto no art. 730 do CPC, cuidando do caso específico de execução contra a Fazenda Pública, não enseja a aplicação do art. 188 do CPC, como, aliás, é evidente".

II. O Juiz de Direito, Dr. Robson Luz Varella, em sua sentença, anotou:

"Reafirmando o que havia sido inicialmente salientado, fato é que a questão meritória, ora sob análise, não necessita de maiores considerações à medida em que os embargos opostos pela Fazenda Pública Municipal insurgem-se somente em relação aos cálculos de atualização das verbas indenizatórias pleiteada, particularmente no que diz respeito aos índices e procedimento empregados para atualização monetária das referidas verbas, restando, tão-somente, proceder-se a averiguação dos cálculos apresentados pelas partes em relação à sistemática adotada pela Corregedoria de Justiça do nosso Estado, neste particular.

"De acordo com o que dos autos consta, razão não assiste ao embargante quando afirma que os cálculos apresentados pelos expropriados às fls. 468/494 estão em desacordo com as determinações da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina no tocante aos índices e procedimentos adotados para correção monetária dos valores devidos, porquanto os indexadores por eles utilizados (ORTN, OTN, BTN, IGP-m, URV, IPC-r e INPC, cf. fls. 476/491) não contrariam o que determina o suscitado Provimento n. 13/95 da Corre-

gedoria de Justiça, e, por sua vez, a sistemática adotada para a realização do referido cálculo não afronta a Circular n. 32/95, igualmente editada pela Corregedoria Estadual.

“Conforme dispõe o artigo 1º do Provimento n. 13 da Corregedoria-Geral da Justiça Catarinense (publicado no DJE em 29/11/95, página 7/8), juntado aos autos pelo próprio embargante, ‘a correção monetária dos débitos resultantes de decisões judiciais, bem como nas execuções por título extrajudicial, ressalvadas as disposições legais ou contratuais em contrário, a partir de 1º de julho de 1995, deverá ser feita tomando-se por base o INPC, divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE’ (cf. fls. 503).

“Ora, como pode-se claramente perceber, a teor do mencionado Provimento, o INPC passou a ser adotado como indexador monetário para efeitos de cálculos judiciais somente a partir de julho de 1995 — não antes — e, sendo assim, os cálculos apresentados pelos expropriados (fls. 468/494) não fogem da sistemática adotada pela Corregedoria de Justiça à medida em que, a partir dessa data (julho/95 — 7/95), adotam o INPC como índice de correção monetária (cf. fls. 480, 486 e 491).

“Ademais, os outros índices de correção monetária utilizados pelos exeqüentes, quais sejam, ORTN — aplicado de abril/81 a fevereiro/86, OTN — aplicado de março/86 a janeiro/89, BTN — aplicado de fevereiro/89 a maio/89, IGP-m — aplicado de junho/89 a maio/94, URV — aplicado somente em junho de 1994, e IPC-r — aplicado de julho/94 a junho/95, estão

em conformidade com a legislação pertinente as suas respectivas épocas.

“Para que não restem dúvidas a esse respeito, passo a discorrer, sucintamente, acerca de como se sucedeu a evolução legislativa neste particular, entre o período de abril de 1981 — marco inicial para correção monetária dos valores indenizáveis — e julho de 1995 (época da edição do Provimento n. 13/95 que passou a regular a matéria).

“A Lei n. 6.899, de 8 de abril de 1981 (regulamentada pelo Decreto n. 86.649, de 25/11/81), determinou que a correção monetária incidente sobre qualquer débito resultante de decisão judicial se faria por meio da variação das ORTN (Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional). Posteriormente, com a instituição do ‘Plano Cruzado’, o Decreto-Lei n. 2.284, de 10/3/86, determinou a substituição das ORTN pelas OTN (Obrigações do Tesouro Nacional). Adiante, seguiu-se o chamado ‘Plano Verão’, com a edição da Lei n. 7.730, de 31 de janeiro de 1989, extinguindo-se as OTN. No entanto, referida lei não indicou índice substitutivo, que somente veio a ser instituído alguns meses depois (BTN — Bônus do Tesouro Nacional), pela Medida Provisória n. 57, de 22/5/89, posteriormente convertida na Lei n. 7.777, de 19/6/89, retroagindo-o a fevereiro daquele ano até junho (1989), quando a Resolução n. 12/94-GP, de 7/6/94, a partir de então, adotou o IGP-m (Índice Geral de Preços, da Fundação Getúlio Vargas), como indexador monetário, vigorando até maio de 1994.

“Com a promulgação da Lei n. 8.880, de 27 de maio de 1994 (publi-

cada no DOU de 28/5/94), institui-se a URV, Unidade Real de Valor, adotada como indexador monetário padrão somente no mês de junho daquele ano, tendo sido substituída a partir de julho pelo IPC-r (art. 17, da Lei n. 8.880/94), que vigorou até final de junho de 1995, vez que a partir de 1º de julho do mesmo ano adotou-se o INPC por força do mencionado Provimento n. 13/95 da Corregedoria-Geral da Justiça.

“Vale ainda lembrar que o cálculo apresentado pela municipalidade às fls. 496/499, além de não observar as normas anteriores ao Provimento n. 13/95, merece a devida corrigenda, também, no que diz respeito a sua omissão quanto ao pagamento dos honorários advocatícios devidos aos patronos dos embargados.

“Na verdade, não encontra melhor guarida sua singela insurgência em relação ao acréscimo dos honorários advocatícios devidos (por força de sentença) aos patronos dos embargantes no montante indenizatório, à vista de que o invocado ‘direito autônomo’ para executar as referidas verbas (sic fls. 496) foi obviamente exercitado por seus titulares às fls. 468/472, não havendo o que se questionar a esse respeito. Nesse sentido, inclusive, foi o parecer ministerial de fls. 4 (autos 95/98), opinando claramente pelo acréscimo dos honorários advocatícios no total dos valores indenizáveis” (fls. 566/569).

Observa-se que os índices de atualização monetária utilizados no cálculo de fls. 473/494 estão de acordo com os publicados pela CGJ, exceto no que tange aos meses de janeiro/89, março/90, abril/90, maio/90 e

fevereiro/91. Nestes meses foram aplicados os expurgos inflacionários que acumulados representavam 65,44% a mais: janeiro/89 — 42,72%; março/90 — 0,2%; abril/90 — 12,82%; maio/90 — 1,83% e fevereiro/91 — 0,70%.

O art. 2º do Provimento n. 13/95 da CGJ dispõe que:

“A utilização de outro indexador ficará a critério do Juiz da causa, declinando-o expressamente na sentença, em virtude de contrato ou de legislação específica” (fls. 502/503).

De acordo com o dispositivo transcrito a utilização dos expurgos exigiria definição prévia do juízo; porém, no caso concreto, a sentença não determinou que fossem aplicados os índices expurgados, conforme acima relacionados, e os apelados-embargados desta parte não recorreram do decisor.

Apesar de ter a sentença rejeitado os embargos no dispositivo, tem-se que na sua motivação, expressamente, determinou a aplicação dos índices estabelecidos por provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça e por resoluções da presidência do Tribunal de Justiça do Estado.

Ora, essas ordens normativas do Poder Judiciário catarinense não incorporam os índices que foram expurgados; assim, na realidade, o que a sentença definiu na motivação foi que os cálculos deveriam observar os índices oficiais e, portanto, no desenvolvimento da fundamentação do decisor o Magistrado acolheu, de fato, a tese do Município embargante.

Logo, houve contradição entre a motivação e o dispositivo da sentença, suscetível de corrigenda na forma

do art. 463 do CPC, como erro material, inclusive pelo Segundo Grau de jurisdição.

Nesse sentido, Apelação Cível n. 52.093, de Tubarão, rel. Des. Orli Rodrigues, Primeira Câmara Civil, j. 20/8/96:

"(...) 'Pode o juiz, a qualquer tempo, a requerimento da parte ou ex officio, corrigir erro ou inexatidão material da decisão, o que se justifica face o evidente desacordo entre a sua vontade e o que a decisão expressa. O disposto no art. 463 do CPC aplica-se não só ao juiz do Primeiro Grau, como ao Tribunal que apreciar a matéria em grau de recurso' (Alexandre de Paula)".

Portanto, nesse ponto, o recurso deve ser provido, para que se corrija erro material, com a conseqüente parcial procedência dos embargos, adotando-se, no cálculo, os índices oficiais definidos pelo Tribunal de Justiça do Estado.

III. O apelante reclamou da inclusão dos honorários advocatícios no cálculo.

Ocorre que o art. 23 da Lei n. 8.906/94 dispõe:

"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".

Theotonio Negrão, in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 30ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, pág. 958, anota:

"Não obstante tenha o advogado legitimidade ativa para cobrança dos honorários arbitrados a seu favor no dispositivo sentencial, nada impede que a parte vencedora cobre em execução o principal e a verba da sucumbência, afirma acórdão em RJTAMG 64/162.

"Art. 23. 7b. 'O art. 23 da Lei 8.906/94 prescreve o direito de execução autônoma, que não exclui a possibilidade de a execução da sentença na parte relativa aos honorários ser promovida em conjunto com a da condenação principal, reclamada na inicial' (STJ — 3ª Turma, REsp. n. 124.202—MG, rel. Min. Menezes Direito, j. 17/2/98, não conheceram, v. u., DJU 6/4/98, pág. 99)".

Por conseqüência, não há irregularidade na inclusão dos honorários no cálculo, pois a lei não proíbe a execução da sentença na parte relativa a honorários em conjunto com a condenação principal.

A remessa deve ser provida no que diz respeito à condenação em custas processuais do embargante, pois a teor do disposto no art. 35, letra i, da Lei Complementar n. 156, de 15/5/97 (Regimento de Custas do Estado), com a redação dada pela Lei Complementar n. 161, de 23 de dezembro de 1997:

"São isentos de custas e emolumentos:

"i) o processo em geral, no qual tenha sido vencida a Fazenda do Estado e dos Municípios, direta ou por administração autárquica, quanto a ato praticado por servidor remunerado pelos cofres públicos".

Isso posto, dá-se provimento ao recurso e à remessa para corrigir o

erro material contido no dispositivo da sentença e julgar parcialmente procedentes os embargos, aplicando-se quanto às custas a Lei Complementar n. 161 e, quanto aos demais ônus da sucumbência, o disposto no art. 21, caput, do CPC.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justi-

ça, o Exmo. Sr. Dr. Joel Rogério Furta-

do.

Florianópolis, 9 de setembro de 1999.

*Xavier Vieira,*

*Presidente com voto;*

*Nelson Schaefer Martins,*

*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.011244-0, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Cesar Abreu**

*Responsabilidade civil. Dano moral. Representação contra advogado, formulada perante o órgão representativo de classe (OAB/SC). Existência de autorização legal (Lei Federal n. 4.215/63, art. 119, e a atual Lei n. 8.906/94, art. 72). Atuação, entretanto, anormal e imoderada da pessoa interessada. Instauração do procedimento disciplinar requerida por meio de advogado. Imputação de falta de ética e de patrocínio infiel. Infração disciplinar que encontra regramento de natureza penal (art. 355 do CP). Fundamentos de fato utilizados em demanda judicial no interesse do representante e com repercussão na atividade profissional dos representados. Insucesso da representação e das ações judiciais encetadas. Circunstância que não afasta o dano, que se consumou com a imputação de conduta profissional incompatível. Reputação profissional e pessoal que integram o direito da personalidade. Abuso de direito caracterizado. Inteligência do art. 160, I, do Código Civil. Indenização devida. Fixação do quantum. Critérios. Recurso provido.*

*Consoante previsto em lei, “não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido” (CC, art. 160, I), donde se conclui, contrario sensu, que ilícito é o ato praticado no exercício não regular de um direito, ou o seu uso anormal.*

*“O que a lei não tolera é que o direito seja exercido de maneira imoderada. Não tolera a atuação anormal” (J. M. de Carvalho Santos).*



*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.011244-0, da comarca da Capital, em que são apelantes Ozinaldo Carneiro de Mesquita e Hylton Gouvêa Lins, sendo apelada a Sociedade Educacional Dinâmica Ltda.:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas ex lege.

## I — Relatório

A sentença de fls. 209/213, cujo relatório adota-se, julgou improcedente ação de indenização por dano moral proposta por Ozinaldo Carneiro de Mesquita e Hylton Gouvêa Lins contra a Sociedade Educacional Dinâmica Ltda., sob o fundamento de não caracterizar abuso de direito capaz de legitimar o pedido indenizatório o oferecimento de representação perante órgão de classe (OAB/SC), porque assegurada em lei federal.

Inconformados, os autores apelaram, entendendo evidenciada a ofensa à sua honra, o que justifica o pedido indenizatório.

Oferecidas as contra-razões, com invocação de precedente da lavra do Des. Vanderlei Romer, os autos ascenderam a esta Instância recursal, desognando-se data de julgamento.

## II — Voto

A apelação é de ser conhecida e provida.

Colhe-se da documentação encartada que os apelantes foram repre-

sentados pela apelada na entidade representativa de classe (OAB/SC), tendo-lhes sido atribuída a prática de ato simulado em prejuízo dos legítimos interesses do representante, infringindo, pela “prática fraudulenta”, as disposições do art. 102, incisos I, XIII e XV, da Lei n. 4.215/63 (Estatuto anterior), que tratam da “transgressão ao Código de Ética Profissional”, do “entendimento com a parte adversa sem autorização do cliente” e da “culpa grave em prejuízo aos interesses confiados ao seu patrocínio” (patrocínio infiel).

O patrocínio infiel, infração disciplinar reproduzida com o advento da Lei n. 8.906, de 4/7/94 (novo Estatuto da Advocacia), art. 34, inciso IX, constitui crime, definido no art. 355, caput, do Código Penal. Vejamos:

“Art. 355. Trair, na qualidade de advogado ou procurador, o dever profissional, prejudicando interesse, cujo patrocínio, em juízo, lhe é confiado: pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

“Parágrafo único: Incorre na pena deste artigo o advogado ou procurador judicial que defende na mesma causa, simultânea ou sucessivamente, partes contrárias.

Ora, além da falta com o dever ético, a representante, aqui apelada, atribuiu aos representados apelantes a prática de infração penal, qual seja, do “patrocínio infiel”.

Consta da representação, sob o título, os fatos:

“1. A Representante, Sociedade Educacional Dinâmica Ltda., foi citada em 11/9/1990 para responder os autos da Ação de Despejo n. 448/90, em trâmite perante a 6 Vara Cível da

Capital. Referida demanda foi patrocinada e subscrita pela Representada Ana Maria da Rosa Silveira (docs. inclusos).

"2. Tão logo recebeu o competente Mandado de Citação exarado pela 6ª Vara Cível da Capital, a Representante encaminhou o processo para o Representado Hylton Gouvêa Lins, posto que referido profissional já há muito tempo cuidava dos imóveis locados pela Representante para o desenvolvimento da sua atividade educacional. O instrumento de procuração para o patrocínio da defesa foi outorgado em 28/8/1990.

"3. O Mandado de Procuração, outorgado pela Representante em 28/8/1990, foi substabelecido em data de 10/9/1990, ao Representado Ozinaldo Carneiro de Mesquita, o qual acabou por patrocinar a defesa, substabelecendo a contestação de fls. 21 e 22 dos autos n. 448/90.

"4. Muito embora tratar-se de estabelecimento de ensino privado, cujas ações de despejo são regidas pela Lei n. 6.239, de 19 de setembro de 1975, vigente à época, o subscritor da defesa não argüiu tal Diploma Legal em favor da Representante, mormente ter a peça exordial ter requerido a retomada do imóvel imotivadamente.

"5. O MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Cível da Capital designou audiência de conciliação, instrução e julgamento para o dia 21/5/1991, às 16h, na qual estiveram presentes o Autor da Ação de Despejo n. 448/90 — Carlos Eduardo Porto —, sua procuradora, Ana Maria da Rosa Silveira, e o procurador da Representante, Ozinaldo Carneiro de Mesquita. A Repre-

sentante, Sociedade Educacional Dinâmica Ltda., esteve ausente da referida audiência, conforme comprova a ata de fls. 33.

"6. Nessa audiência, resolveram os procuradores celebrar acordo para a retomada amigável do imóvel, reconhecendo o procurador da Representante a procedência do pedido, ficando pactuado que a mesma desocuparia o imóvel em 30 de junho de 1992, portanto, na próxima terça-feira.

"7. Ao ser informada do acordo celebrado, a Representante inconformada com o mesmo, porque não poderia ceder ou desocupar o imóvel que utilizava para ministrar aulas, procurou informações junto ao Representado Hylton Gouvêa Lins, a quem até ali julgara ser seu procurador, e o mesmo lhe informou que a procuração outorgada permitia a celebração de acordos e substabelecimentos.

"8. Todavia, em sua busca de esclarecimentos acerca da atitude do profissional, veio a saber que os advogados Hylton Gouvêa Lins e Ana Maria da Rosa Silveira eram integrantes da mesma 'Banca de Advocacia', a qual também cuidava dos interesses do Autor da Ação de Despejo n. 448/90 — Carlos Eduardo Porto, sendo que tal fato tornou-se mais evidente à Representante quando lhe foi enviado por referido escritório de advocacia um Memorando, assinado por Hylton Gouvêa Lins, datado de 5/12/1991, o qual trazia informações de outros litígios envolvendo imóveis da Representante, mas que fora apostado em papel timbrado da 'Banca de Advocacia' que reunia os advogados Hylton Gouvêa Lins, Omar Acioli Lins,

Julia Nisia Lins Benato e Ana Maria da Rosa Silveira.

“9. Verificou-se, então, que no processo 448/90, no qual Carlos Eduardo Porto pretendia despejar a Sociedade Educacional Dinâmica do imóvel a ela locado para instalação de estabelecimento de ensino, não foi utilizado por qualquer dos advogados envolvidos papel com timbre do escritório ou do profissional subscritor, levando à conclusão evidente de ocultação do fato dos representados Hylton Gouvêa Lins e Ana Maria Rosa Silveira pertencerem ao mesmo escritório de advocacia e atenderem, também, os interesse do Autor da lide n. 448/90.

“10. Evidentemente, a conclusão a que se pode chegar é a de que houve pelo Autor da Ação de Despejo n. 448/90 e os advogados, ora Representados, simulação, uma vez que fulcraram referida ação de despejo no disposto no artigo 35 da Lei n. 6.649/79, requerendo a retomada imotivada do imóvel, quando público e notório é que as ações de despejo contra Estabelecimentos de Ensino regulam-se pela Lei n. 6.239/75, na qual não se admite a retomada por denúncia vazia.

“11. Inconformada com a fraude intentada pelo Autor da Ação de Despejo n. 448/90 e pelos Representados neste ato, a Representante apresentou Ação Cautelar Inominada Preparatória, dirigida por dependência à 6ª Vara Cível da Capital, visando suspender o acordo celebrado às fls. 33 do processo n. 448/90 (doc. anexo), impedindo dessa forma a retomada do imóvel, bem como apresentará o procedimento jurídico adequado pa-

ra anular a sentença homologatória de fls. 33, porque a mesma está eivada de vícios de vontade e consentimento”.

E não é só. Essa representação que, em tese, não deveria ultrapassar o âmbito interno do órgão representativo da classe, afeito a dar a tais ocorrências a sua exata dimensão e alcance, sem lhes permitir alarde e notoriedade prejudiciais aos seus filiados (art. 119 do Estatuto anterior e 72 da Lei n. 8.906/94), alcançou o processo judicial, denunciada a prática, como forma de desfazer o acordo judicialmente homologado, com a mesma força e vigor da representação encetada, assinalado o vício de vontade. É o que se colhe da petição inicial da ação cautelar inominada (fls. 14/20), preparatória da ação de anulação de ato jurídico, declarada extinta, por sentença, diante do abandono da causa pelo autor (fls. 45/80); da própria ação de anulação de ato jurídico (fls. 51/58), igualmente, na mesma sentença, declarada extinta, também por abandono da causa.

A representação foi arquivada no órgão de classe, limitada a apreciar a conduta dos profissionais, não pondo reparo ao substabelecimento havido. Deixou, entretanto, de tecer comentários sobre a aventada “simulação”, assinalando que a se matéria encontra sub judice.

A apelada, com sua contestação, juntou excerto doutrinário que merece consideração:

“Direito de representação contra advogado — É da cidadania o direito de representação contra advogado praticante de ato ou de comportamento atentatórios da ética profissional,

desrespeitoso do ministério advocatício ou do prestígio da classe. Redobrada cautela deve ser observada quando for advogado o representante. Hipótese, em especial, em que o propósito há de assentar-se em segura convicção e ser formalizada mediante exposição explícita e fundamentada, poupando o representado da acusação precipitada ou abusividade" (80-AASP n. 1883 — Farah — Responsabilidade Civil, 2ª ed., Eud, 1995, Irineu Antônio Pedrotti, pág. 236).

In casu, a representação foi formalizada por advogado, com exposição explícita e fundamentada dos fatos e indicação precisa das disposições disciplinares violadas (fls. 89/90).

Ocorre que as circunstâncias de fato não autorizam a invocação de violação da ética profissional e da infidelidade no patrocínio da causa.

Consta dos autos, e não cabem aqui digressões, já que limitada a demanda à verificação da existência de dano moral, que, procurado, o apelante Hylton Gouvêa Lins teria aceitado a defesa dos interesses da Sociedade apelada, sendo-lhe outorgado procuração. Tomando conhecimento de que a outorgante estava sendo demandada em ação de despejo patrocinada por integrantes do seu escritório de advocacia, tratou de substabelecer, sem reservas de poderes, a defesa da causa (fls. 61 e v.). O substabelecido, também aqui apelante, ofereceu defesa (fls. 59/60), vindo a transigir em relação à desocupação do imóvel, mediante o estabelecimento de prazo de desocupação (fls. 63). A ação de despejo teve início em meados de 1990, tendo a audiência de instrução

e julgamento sido marcada para 21/5/91, oportunidade em que houve a transação, com a desocupação prevista para 30/6/92. O acordo, portanto, permitiu à apelada mais 1 (um) ano de permanência no imóvel locado, sem contar o tempo da demanda. O instrumento procuratório, anoto, contemplava poderes bastantes, inclusive, para transigir, e o acordo, não tenho dúvidas, foi realizado no interesse do patrocinado.

Ora, houve indiscutivelmente abuso no exercício do direito de representar, pois não há indicativos sérios da violação do dever ético ou do patrocínio infiel.

A apelada buscou pela representação à OAB, simplesmente, conferir contornos de seriedade à medida cautelar e ação anulatória que propôs, uma vez que não desconhecia o acordo realizado, mas interessava desfazê-lo, em momento próximo ao escoamento do prazo de permanência. A procuração outorgada com esse objetivo, datada de 2/12/91, é prova evidente da manobra articulada pela apelada, que não se importou com as conseqüências prejudiciais à imagem dos profissionais que outrora contratara.

Há abuso de direito, dizem os doutrinadores, sempre que alguém age, sem motivo legítimo, de má-fé ou por erro tão ostensivo e leviandade tão manifesta que só o espírito de aventureiro ou a temeridade poderia explicar (Clóvis Bevilacqua, Código Civil, vol. 1/420 — Pedro Batista Martins, O abuso de direito, pág. 63/68 — João Monteiro, Proc. Civ. e Com., vol. 1/95, § 19, nota 1 — Cunha Gonçal-

ves, *Trat. de Dir. Civ. Port.*, vol. 1/429).

O abandono da causa, relativamente à medida cautelar e à ação anulatória reconhecida por sentença, impõe o reconhecimento da propositura de representação e ações judiciais aventureiras.

J. M. de Carvalho Santos (*CC Brasileiro Interpretado*, Livraria Freitas Bastos, vol. III, 14ª ed., pág. 355), comentando o art. 160 do Código Civil assinala: “o que a lei não tolera é que o direito seja exercido de maneira imoderada. Não tolera uma atuação anormal. Sendo essencial, portanto, para saber se houve abuso de direito, pesquisar objetivamente a intenção, isto é, com os elementos que dá o estudo do procedimento normal dos homens, ver se o procedimento de um determinado agente foi normal ou anormal, se se conformou ou não com o da média social, vale dizer — com o procedimento da média humana. Resultando a obrigação de ressarcir o dano se se verificar a anormalidade (Noé Azevedo, *Abuso do Direito no Exercício da Demanda*, pág. 11; Giorgi, *ob. cit.*, n. 168; Alves Moreira, *ob. cit.*, n. 235)”.

O comportamento da apelada não se enquadra com a normalidade.

Imputou levemente aos apelantes a falta de ética no exercício profissional, e o que é mais grave, a prática de um ato — patrocínio infiel — inscrito em nosso ordenamento jurídico como crime (art. 355 do CP), abandonando as suas convicções, na verdade emulações, ao desprezar a causa que objetivava, com o preço da honra dos profissionais, ora apelan-

tes, em que pretendia desfazer um acordo que só lhe beneficiou.

A indenização é devida, diante da exposição a que foram submetidos perante a sua própria classe os apelantes, pois a representação foi produzida por advogado contratado, impondo-se, em princípio, o reconhecimento da seriedade da argumentação perante o Poder Judiciário e seus membros, com as ações implementadas.

Segundo a lei, “não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido” (Código Civil, art. 160, inciso I), donde se conclui, contrario sensu, que ilícito é o ato praticado no exercício não regular de um direito, ou no seu uso anormal.

E o abuso de direito vem definido no art. 159 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

“O abuso de direito, em face do nosso Código, consiste no exercício irregular, no exercício anormal do direito, no exercício do direito com excessos, intencionais ou involuntários, dolosos ou culposos, nocivos a outrem” (Plínio Barreto, *RT*, vol. 79, pág. 506).

A reparação do dano moral era, antes do advento da Carta de 1988, acima de tudo, uma estimulante tese acadêmica, nem sempre bem aceita nos pretórios.

Hoje, entretanto, diante da disposição constitucional expressa (art. 5º, X), tornou-se indubitosa a sua reparação.

O dano moral e o dano à honra pessoal ou profissional são reparáveis pelo mal subjetivo que causam a sua vítima, independentemente da concretização dos reflexos no campo patrimonial.

Está aí, no sofrimento injusto e grave que lhe adveio da subentendida acusação falsa de comportamento criminoso, a qual, transpirou, como título jurídico da rescisão do contrato de trabalho, o dano moral, suscetível de restituição pecuniária, ou seja, "o que a dor retira à normalidade da vida, para pior" (Pontes de Miranda. Tratado de Direito Privado, SP, Ed. RT, 3ª ed. 2ª reimpressão, 1984, tomo XXVI/32).

Yussef Said Cahali professara:

"A reputação pessoal integra-se no direito da personalidade, como atributo da honra do ser humano, merecendo, assim, a proteção das normas penais e das leis civis reparatórias" (Dano Moral, 2ª ed., rev. atual., e ampl. São Paulo, RT, 1998, pág. 358).

Colhe-se do acórdão da lavra do eminente Desembargador Carlos Prudêncio:

"Configura denunciação caluniosa a imputação de crime a outrem sem qualquer respaldo concreto ou com a ciência de inexistência da infração penal. Assim, tem o dever de indenizar aquele que induz a autoridade policial a instaurar inquérito policial evidentemente descabido e inclusive representa advogados junto à Ordem dos Advogados do Brasil sem qualquer alegação consistente, ainda mais quando as investigações são arquivadas pela inoccorrência de qualquer crime. O prejuízo, ou melhor, o dano moral, é plenamente configurado nesta hipótese, porquanto os profissionais

do Direito, para o sucesso da carreira, necessitam sempre da boa conceituação e honra inabalável, fatos que restaram amplamente atacados in casu" (Ap. Cível n. 98.004542-8, de Maravilha).

No caso dos autos, se os apelantes fossem advogados principiantes, inexperientes, talvez o fato pudesse passar despercebido ou não tivesse maiores reflexos ou consequências para eles e para a comunidade jurídica em que vivem e atuam.

No entanto, integram os apelantes o rol dos advogados antigos, experientes, conhecidos na sociedade e respeitados nos pretórios. Na OAB são detentores de inscrições antigas o Dr. Ozinaldo Carneiro de Mesquita, inscrito em 31/7/67, sob n. 897 (fls. 41), e o Dr. Hylton Gouvêa Lins, inscrito sob o n. 375. São homens que ajudaram a construir e solidificar a OAB/SC, instituição que prima pelos princípios éticos, que garantem a dignidade e a respeitabilidade da classe, reconhecida amplamente pelos catarinenses.

Assim, se o dano moral, na hipótese versada, já seria grande para qualquer novato, é ainda maior para os apelantes, abalados os alicerces do conceito social, adquirido no exercício profissional.

É verdade, por outro lado, que se pode presumir uma dimensão restrita dos seus efeitos, mas não se pode negar a dor, o sofrimento, as angústias, enfim, os incômodos e as explicações que sempre são dadas e cobradas em situações tais, cujo convencimento, capaz de afastar a dúvida sobre o procedimento ético, é de avaliação sempre subjetiva.

Apesar de o dano moral afetar "o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico" (Wilson Melo da Silva, *O Dano Moral e sua Reparação*, 2ª ed., Forense, pág. 13), sua reparação deve fazer-se em pecúnia, arbitrada com bom senso pelo Juiz.

Ao fixar a indenização a que têm direito os apelantes deve-se levar em conta a proporcionalidade do fato em relação à ofensa moral sofrida, além de atentar à situação econômica da vítima e ao fato de que a indenização há de ser justa, embora imensurável o *pretium doloris*.

A reparação, evidentemente, não pode tornar-se fonte de enriquecimento das vítimas, podendo até mesmo — em certas circunstâncias — ser simbólica, a título de expiação para o culpado, para que não venha, na expressão de Arnoldo Wald, passar em branco e sem censura do Judiciário.

Assim, fixa-se a indenização, a título de danos morais, em 200 (duzentos) salários mínimos, distribuídos proporcionalmente entre os apelantes, invertidos os ônus da sucumbência, que se arbitram em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Finalmente, quanto ao precedente invocado nas contra-razões de apelação, acórdão da lavra do eminente Des. Vanderlei Romer, é importante frisar que as causas divergem

no campo fático e, portanto, na solução jurídica. O precedente (Apelação Cível n. 43.812, da Capital) trata de representação formulada à Ordem dos Advogados, diretamente pela parte, numa discussão em relação à retenção de valores, sem a prestação das contas respectivas. Assinala o Julgador, ainda, que "não se pode coibir o justo e moderado exercício do constitucional direito que tem o cidadão de representar perante os Órgãos competentes".

A situação, portanto, é o reverso do que estes autos sinalizam, daí a procedência do recurso.

### III — Decisão

Diante do exposto, dá-se provimento ao apelo para, reformando-se a sentença impugnada, conceder aos apelantes a indenização por danos morais.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. João José Schaefer e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon D'Eça Neves.

Florianópolis, 26 de agosto de 1999.

*Alcides Aguiar,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Cesar Abreu,*  
*Relator.*



**APELAÇÃO CÍVEL N. 98.003085-4, DE JARAGUÁ DO SUL****Relator: Des. Cesar Abreu**

*Ação civil pública contra ex-Prefeito e ex-Secretária da Administração. Legitimidade do Ministério Público e do respectivo Município. Efeitos da Lei n. 8.429/92. Improbidade administrativa indemonstrada. Lesão ao patrimônio municipal e/ou enriquecimento ilícito — ou sem causa — de autoridades municipais incorrente. Apelação provida.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.003085-4, da comarca de Jaraguá do Sul (2ª Vara), em que são apelantes Ivo Konell e Fedra Luciana Konell:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, rejeitar a preliminar e dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

**I — Relatório**

O Ministério Público, com a interveniência do Município, invocando o art. 129, III, da Constituição Federal, a Lei Orgânica do Ministério Público, bem como as Leis ns. 7.347/85 e 8.429/92, propôs, em outubro de 1993, Ação Civil Pública contra Ivo Konell e Fedra Luciana Konell, respectivamente, ex-Prefeito e ex-Secretária da Administração de Jaraguá do Sul, o primeiro pelo fato de ter decretado a desapropriação de terreno, com a área de 1.200m, a teor do respectivo decreto, situado no vizinho município de Schroeder; e a segunda por haver autorizado o respectivo pagamento, na condição de procuradora da municipalidade, ut amplo e geral instrumento procuratório que lhe fora outorgado.

A ação proposta, pelos fatos e fundamentos indicados na inicial, tem por finalidade: a) ressarcimento integral de prejuízos causados aos cofres municipais acrescidos de juros, correção monetária e demais cominações de praxe; b) pagamento de multa civil correspondente ao dobro do valor do prejuízo; c) suspensão, por cinco a oito anos, dos direitos políticos do primeiro requerido; d) proibição, pelo prazo de cinco anos, de contratar com o poder público ou receber benefícios e incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

Instrui o pedido, ab initio, com representação formulada em março de 1993 à Procuradoria-Geral de Justiça, por parte do Procurador-Geral do Município, por meio da qual foi pleiteada a deflagração da presente ação, visando obter ressarcimento, pelos representados, de “Cr\$ 900.000,00 (novecentos mil cruzeiros), além dos juros e da correção monetária, em face da ilegalidade dos gastos por eles efetuados”. Dita representação fez-se acompanhar, ainda: a) do decreto de declaração de utilidade pública da área questionada; b) da Portaria n. 78/91 que designou a comissão avalia-

dora da área expropriada; c) do respectivo laudo avaliatório, aprovado pelo Prefeito Municipal; d) de traslado da escritura probatória da propriedade do imóvel, objeto da parcial declaração de utilidade pública, que soma 146.362,50m; e) de traslado da procuração outorgada pela Prefeitura Municipal de Jaraguá do Sul à requerida Fedra Luciana Konell que, como Secretária de Administração, referenda o decreto de utilidade pública (fls. 13).

Como complemento, insere-se, ainda, no contexto, excerto de parecer dos órgãos técnicos do Tribunal de Contas do Estado que, entre as restrições levantadas, sinaliza, no item 37 (fls. 24), a "procuração outorgada pelo Prefeito à Secretária Municipal de Administração com poderes amplos e irrestritos".

Assinala-se que a iniciativa do Ministério Público teve o respaldo da Coordenadoria Geral da Procuradoria da Justiça, retratado no Ofício n. 1.254/93/CPC, de 10 de agosto de 1993 (fls. 30).

Feitas as citações, aos autos compareceram os réus que, em peça única, contestaram a ação, por meio da qual, pelos fundamentos de fato e de direito que invocam, adiante sinalizados, pedem seja julgada improcedente a ação. Juntam documentos (planta do imóvel e fotografias).

A Prefeitura Municipal, tão logo intimada para compor a lide, na condição de "litisconsorte ativo" (sic), fez-se presente a fls. 84. Ratificando a inicial, associou-se, em todos os seus termos, à postulação ministerial. Por decorrência, pede a procedência da ação, em sua totalidade.

Aberta vista, subseqüentemente às partes, a fls. 85, replicou o Ministério Público mantendo a ação e os respectivos pedidos.

Saneado o feito, a fls. 129v., tendo sido admitida a ouvida de testemunhas, foram estas relacionadas pelas partes, respectivamente, a fls. 132 e 136.

Iniciada a instrução em 29/6/96 (fls. 147), nela foram tomados os depoimentos pessoais dos réus e, após, em datas diversas, ouvidas as testemunhas (fls. 155 a 158, 171, 179v., 184 e 199v.).

Encerrada a instrução, a fls. 200, o MM. Juiz facultou às partes o oferecimento de memoriais os quais foram apresentados às fls. 201 e 204.

Sentenciando às fls. 210, o Juízo a quo houve por bem julgar procedente a ação proposta, com "fulcro no art. 269, I, do CPC, c/c os arts. 1º e segs. da Lei n. 8.429/92", e, em consequência, condenou "ambos os requeridos, por inteligência do art. 12, II, da Lei n. 8.429/92, ao ressarcimento integral do dano, suspensão dos direitos políticos pelo prazo de cinco anos, uma multa civil a cada um no valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefício ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos".

Inconformados, com o decisor prolatado, recorreram os demandados, tempestivamente, reportando-se aos fundamentos da contestação, com os aditamentos emergentes da instrução do feito (fls. 214), pedindo, a final, a reforma da sentença recorrida.

Recebida a apelação pelo MM. Juiz foi aberta vista ao Dr. Promotor Público que se manifestou a fls. 214, propugnando pela manutenção da sentença objurgada.

Subindo o recurso, distribuído, foi encaminhado ao douto Órgão do Ministério Público que se manifestou a fls. 230 e segs. pelo conhecimento e desprovimento do apelo, pelos fatos e fundamentos que arrola.

## II — Voto

Impõe-se seja dado provimento à apelação interposta pelos demandados que ataca, nestes autos, a ação proposta pelo Ministério Público, com a interveniência litisconsorcial ativa do município de Jaraguá do Sul, para o efeito de, conhecendo da apelação, seja reformada a sentença.

Inicialmente, cumpre admitir, que o princípio da não retroatividade, garantia essencial dos direitos individuais, constitui uma regra intangível, e é sempre nesse sentido que as leis, salvo texto contrário e formal, devem ser interpretadas. A retroatividade é só uma exceção.

Na verdade as leis devem dispor para o futuro. Os atos anteriores regem-se pela lei do tempo em que foram praticados, *tempus regit actum*. A partir daí é possível formular as mais diversas questões. Interessa aqui examinar os reflexos da prática de atos de improbidade administrativa antes do advento da Lei n. 8.429 de 2 de junho de 1992, principalmente diante das disposições do art. 37, § 4º, da Constituição Federal.

Há, no caso, uma questão de direito intertemporal a ser considera-

da. É preciso examinar, portanto, sobre se uma lei da espécie, posterior, pode ser aplicada a fatos ocorridos antes de sua vigência. A resposta dada pela maioria dos especialistas é positivamente não.

A jurisprudência já anota:

“Servidor Público — Improbidade administrativa — Ação civil ajuizada pelo Ministério Público — Inclusão da esposa do servidor beneficiário do ato — Inadmissibilidade — Ação proposta com base na Lei Federal n. 3.502 de 1958 que não tipificava conduta do beneficiário estranho ao serviço público — Irretroatividade, ademais, da Lei n. 8.429 de 1992 — Ilegitimidade passiva — Exclusão determinada — Decisão mantida — Recurso não provido” (JTJ, vol. 211, pág. 119).

É que, na conformidade dos princípios, que informam a vigência das leis no tempo, aplicam-se elas apenas aos fatos que lhes são subseqüentes, sem retroatividade.

Dessa forma, praticado um ato de improbidade antes do advento da lei de regência, na interpretação dos fatos, os efeitos preconizados só poderiam ter respaldo nos diplomas revogados pelo art. 25 da Lei n. 8.429/92, ou sejam, nas Leis ns. 3.164 de 1º de junho de 1957 e 3.502 de 21 dezembro de 1958.

E essas leis cuidam apenas do enriquecimento ilícito, uma das espécies de que é gênero a improbidade administrativa preconizada no art. 37, § 4º, da Constituição.

Ilustrando, buscam-se as lições dos autores que vêm se ocupando dos aspectos acima sinalizados, como Marino Pazzaglini Filho e outros (Improbidade Administrativa —

Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público, 2ª ed., Editora Atlas, 1997, pág. 29) que os exaurem substantivamente, ao comentar o art. 25 da Lei n. 8.429/92.

Segundo ditos autores (ob. cit., págs. 32 e segs.), como consequência da revogação estatuída no art. 25 surge o “primeiro problema que é o relativo à incidência temporal da Lei Federal n. 8.429/92, à medida que a legislação antecessora cuidava apenas do enriquecimento ilícito e tinha abrangência menor, tanto sob o aspecto subjetivo (autor da improbidade) como sob o enfoque objetivo (sujeito passivo da improbidade)”.

Diante disso entendem que “os atos de improbidade não subsumíveis à espécie enriquecimento ilícito não eram passíveis de outra sanção que não o ressarcimento do dano eventualmente produzido. Este é claro, por força dos dispositivos do Código Civil pertinentes ao ilícito civil e suas consequências”.

Pois bem, embora o art. 37, § 4º, da Constituição já “estipulasse outras sanções para a improbidade administrativa (perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e indisponibilidade de bens)”, para a sua aplicabilidade era necessária “legislação regulamentadora (...), mera enunciação do texto constitucional, o qual, embora vigente, não tem eficácia plena no período de 5/10/88 a 3/6/92 (datas, respectivamente, da promulgação da CF e do advento da Lei n. 8.429/92).

Assim, os atos de improbidade administrativa eventualmente praticados antes da vigência da Lei n. 8.429/92, mesmo que incluídos entre

os enumerados no seu art. 9º, praticados antes de 3/6/1992 (data da promulgação da Lei Federal n. 8.429/92), não comportam, por si só, a aplicação das sanções de multa civil, perda da função pública, suspensão de direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público ou dele receber benefícios e incentivos, razão por que apenas outras as penalidades poderiam ser alvitradas à luz da legislação posta em ocaso, mas vigente ao tempo dos fatos narrados.

Não é de ser esquecida, como exhaustivamente debatido nas discussões de julgamento nesta Câmara, que a disposição constitucional (art. 37, § 4º) é extremamente moralizadora e saneadora da administração pública, devendo-se, em defesa da coisa pública, enveredar-se quanto possível, pelo exame do ato acoimado de improbo.

Dessa forma, entendeu-se indispensável o exame preliminar da aventada “desapropriação”, sucedida pela aquisição do bem, com contornos indisfarçáveis de “compra e venda”.

Registram os autos que em 8 de agosto de 1991, pelo Decreto n. 2.390/91, o primeiro demandado Ivo Konell, então Prefeito Municipal de Jaraguá do Sul, ora recorrente, declarou de “Utilidade pública para fins de desapropriação amigável ou judicial” uma área de terras de 1.200m, situada no vizinho município de Schroeder, desmembrável de porção maior de 146.362,50m, de propriedade de Wanda Schreder Jacob, avaliada, formal e regularmente, pela moeda da época, em Cr\$ 900.000,00 (fls. 13 a 18), que correspondem, na moeda atual, a R\$ 4.102,45.

Segundo o Ministério Público, promotor da ação cível pública, tendo como litisconsorte ativo o município de Jaraguá do Sul, o então Prefeito Municipal, ao formalizar dita desapropriação (na verdade, declaração de utilidade pública para fins de desapropriação amigável ou judicial), exorbitou de sua competência territorial, desrespeitando a autonomia do município vizinho, e, por decorrência, tendo realizado obras no aludido terreno, causou prejuízos ao seu próprio município, equivalentes ao preço por ele pago pelo aludido terreno. E como os mencionados atos não mereceram respaldo do Poder Legislativo, tais fatos, por si sós, demonstrariam a ocorrência de improbidade administrativa.

Por outro lado, empenhada a despesa, e pago o preço da “desapropriação” no dia imediato à edição do Decreto de Declaração de Utilidade Pública, pela Secretária da Administração e procuradora ut singuli do Município, a teor de instrumento de mandato amplo e geral questionado pelos técnicos do Tribunal de Contas, teria esta praticado, igualmente, “ato de improbidade administrativa”, lesando “os cofres do município”.

Contestando a ação, os requeridos negam ter cometido ato de improbidade administrativa lesivo ao patrimônio público municipal, eis que a área em questão, em verdade, situa-se no município de Jaraguá do Sul, havendo apenas um equívoco ao ser editado o malsinado decreto, devendo-se isso “à mudança do curso do Rio Itapocuzinho, mudança essa ocorrida naturalmente sem qualquer influência humana”.

Essa mudança do leito antigo do Rio Itapocuzinho tomando outro, posta como causa de constantes enchentes na região, vinha ocasionando prejuízos aos moradores vizinhos, bem como ao próprio município, pois os alagamentos estavam danificando um pontilhão situado nas imediações como também impedindo o trânsito das pessoas por aquela rua.

Assinalados tais problemas que prejudicavam a população, após reuniões com os moradores, deliberaram fazer-se necessária a recolocação do rio em seu leito antigo, o que, para concretizar-se, exigia a desapropriação de 1.200 metros quadrados, já que essa área, a partir daí, não poderia mais ser utilizada por sua proprietária. Isso efetivamente veio a ocorrer pela formalização da Declaração de Utilidade Pública pelo município de Jaraguá do Sul, dado que, segundo afirmam os réus, essa área nele localiza-se, equivocada a referência ao vizinho município de Schroeder inserta no decreto pertinente.

As testemunhas ouvidas, voz geral, corroboram os fatos alegados, uns e outros não contestados pelas partes, tanto no que se refere aos problemas existentes na área, como quanto às demais circunstâncias que informam a ação (fls. 155 a 158, 171, 179v., 184 e 199v.).

A sentença recorrida, após o oferecimento de memoriais pelas partes, acolhendo a ação, julgou-a procedente, dando à lide a versão que vale lembrar:

“...a teor do disposto no art. 333, I, do CPC cabia ao autor (in casu o Ministério Público) a prova dos fatos articulados na inicial, comprovando-se

assim a improbidade administrativa do ato do Sr. Prefeito Municipal de Jaraguá do Sul, à época, Sr. Ivo Konell.

“(…)

“Às fls. 13 descansa cópia do indigitado Decreto n. 2.330/91, onde claramente se vislumbra que o Sr. Prefeito de Jaraguá do Sul desapropriou área de terras que não pertenciam ao Município que administrava, sim ao município de Schroeder, SC. Tais fatos estão sobejamente provados às fls. 13/18.

“(…)

“Conforme norma cogente, tal decreto extrapolou a capacidade administrativa do chefe do poder executivo municipal (sic) de Jaraguá do Sul, mormente porque, com a desapropriação completamente ilegal, causou prejuízos ao erário público e à área física do município de Schroeder.

“(…)

“Na mesma esteira de pensamento, não há como afastar a responsabilidade da Secretária de Administração, à época, Sra. Fedra L. Konell, uma vez que está comprovado o fato de ter a mesma ordenado, através do empenho de fls. 19, o pagamento indevido por uma desapropriação ilegal, causando com isso prejuízos para os cofres públicos de Jaraguá do Sul”.

Examinando-se esses fatos, de começo, antes de prosseguir, é relevante mencionar que o decantado “decreto de desapropriação”, na verdade de “declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação judicial ou amigável”, nada apropriou, por si só, à edibilidade, tanto que dele continuou dispondo a respectiva proprietária. A desapropriação, em ver-

dade, em homenagem à garantia constitucional do direito de propriedade só se consuma com o pagamento amigável — ou depósito judicial — do respectivo preço.

Questionando, se efetivamente localizada a área no município de Schroeder, à evidência, o decreto seria ineficaz para os fins propostos, razão por que a respectiva proprietária poderia evitar a consumação da pretendida desapropriação, se para concretizá-la viesse a ser necessária a via judicial.

Mas não o fez, nem resistência opôs à sua efetivação. Assim, a despeito de legalmente desobrigada, correspondendo ao propósito da municipalidade, recebeu o preço, consumando-se, então, por outras vias, a aquisição da propriedade por parte do Município, tanto que ajustadas e concordes as partes quanto ao objeto e ao preço, caracterizava-se, a teor do art. 1.122 do Código Civil, uma operação de compra e venda, perfeita e acabada, passando o imóvel a integrar o patrimônio do município de Jaraguá do Sul.

Então, a despeito da eventual ineficácia do decreto de declaração de utilidade pública assinalada pelo Ministério Público — e consagrada na sentença — o objetivo da edibilidade foi atingido por outros meios jurídicos válidos por consenso das partes envolvidas no ato, sem nenhum prejuízo para a municipalidade, pois se houve a saída de dinheiro dos “cofres municipais”, por outro lado, em compensação, o terreno passou a compor o patrimônio municipal, por equivalente valor, sem que dano ou prejuízo tenha

havido, ainda que inquestionado o valor atribuído ao bem adquirido.

A alegação de que as obras não se teriam realizado no município de Jaraguá do Sul também não pode ser objeto de censura, qualificada com a pecha de improbidade. Com efeito, para caracterizar o interesse público local não se pode levar em conta “onde” a obra é feita, mas a quem ela se destina e a quem efetivamente favorece. E, no caso, indubitavelmente, foram os moradores de Jaraguá do Sul assentados na região, não só os destinatários como os verdadeiros beneficiários.

De assinalar-se, também, que a legitimidade da operação, independentemente de questionamentos de forma, não mereceu reparo por parte do egrégio Tribunal de Contas do Estado, alto e qualificado órgão externo de fiscalização das contas municipais, tanto que não há notícia de que tenha sido glosada a respectiva despesa, nem mesmo recomendado o desfazimento do ato.

O que se observa, portanto, no caso presente, é que não houve dano nem prejuízo que afete o patrimônio municipal; os demandados, por sua vez, em nada se beneficiaram, favorecidos apenas os proprietários ribeirinhos, e quantos fazem uso da via pública periodicamente afetada pelos alargamentos sinalizados.

Do episódio, afinal, remanesce uma certeza: um problema que angustiava a comunidade, pequeno para os que com ele não conviviam, grande para os que sofriam os seus efeitos, ficou resolvido. É o que basta e o que se espera dos administradores públicos!

Levando-se em conta os pressupostos de fato, à luz das alegações das partes e da prova produzida, pode-se resumir:

a) a Prefeitura Municipal de Jaraguá do Sul, depois de declarar de utilidade pública, adquiriu, amigavelmente, uma área de 1.200m, desmembrável de porção maior, necessária para a realização de obras que visavam acabar com alagamentos ocorrentes no local questionado nestes autos, alagamentos esses que afetavam o trânsito, vinham danificando o pontilhão existente, impediam o uso regular das propriedades vizinhas, fatos esses sinalizados pelas partes e confirmados pelos depoimentos de fls. 155 a 158, 171, 179v., 184 e 199v., não contestados por quaisquer dos envolvidos na lide;

b) equivocado o decreto de declaração de utilidade pública, quanto à efetiva localização — ou até a despeito da localização —, nem por isso deixou ele de atingir os seus fins, acolhido que foi pela proprietária do imóvel perseguido, tanto que recebeu o respectivo preço, dando-se por paga e satisfeita, nada mais podendo repetir;

c) sinalizam os autos, outrossim, não ter sido ainda “escriturada a área”, certamente inferior ao módulo rural, mas esse fato não impediu que a edilidade dela tomasse posse, para ali realizar as obras pretendidas, sem que fosse inquietada pela respectiva proprietária que, tendo concordado com o preço da avaliação, recebeu-o de uma só vez, na conformidade do empenho de fls. 19, apropriado em verba própria, como tal não glosado pelo Tribunal de Contas do Estado no



curso da fiscalização realizada em 14/12/92 (fls. 21 a 25).

Do contexto vê-se, portanto, que a Prefeitura Municipal, in casu, adquiriu uma área de terras, desmembrável de porção maior, necessária à realização das obras reclamadas pela comunidade; pagou a quem de direito o justo preço, consoante o laudo de avaliação; mantém-se na posse mansa e pacífica da área em questão que integra o seu patrimônio.

Dito isso, não compromete a legitimidade do ato, nem de improbidade se trata a falta de escrituração, por instrumento público ou particular, assinalada pelo Ministério Público, tanto que pode ser formalizada em qualquer época. E, em caso de omissão — e até de oposição —, certo é que, substituindo o instrumento, medidas judiciais podem ser adotadas, a teor da legislação vigente (CPC, art. 639), dado que perfeita e acabada a operação de compra e venda, que a declaração de utilidade pública, mesmo que equívoca, desencadeou, presentes todos os elementos que a caracterizam a teor dos arts. 1.122 e segs. do Código Civil.

Do exposto evidenciam os autos que os demandados, ora recorrentes, nenhum proveito pessoal tiveram relativamente ao ato questionado, nem em razão dele favoreceram quem quer que seja, inexistindo, portanto, em relação a eles, enriquecimento ilícito ou sem causa que sugira a incidência da legislação anterior, revogada pelo art. 25 da Lei n. 8.429/92, e nem mesmo a subsequente se acaso invocável. Com efeito.

A Lei n. 3.164 de 1º de julho de 1957 dispõe sobre o seqüestro e per-

da em favor da Fazenda Pública de bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tenha incorrido, decretáveis no juízo cível segundo as leis processuais, sem outros cometimentos. Dela, em passant, cuidam, igualmente, Marino Pazzagli-Filho e outros (ob. e loc. cit., pág. 30) sinalizando que se trata de “diploma extremamente restrito, tanto na dimensão objetiva da conduta sancionada, contentando-se com a proteção da Administração Centralizada, como no plano subjetivo do agente público, reportando-se apenas ao servidor público e ao empregado autárquico”, sem alcançar, portanto, os agentes políticos.

Já a Lei n. 3.302 de 21 de dezembro de 1958 àquela afeiçoada, com outro contexto, prevê igualmente o seqüestro e perdimento de bens, por parte do servidor público, agora em sentido amplo, nos casos de enriquecimento ilícito, na forma e condições nele enumeradas, com as quais não se acomoda a espécie de que tratam estes autos. Dela se ocupando, observam os aludidos autores que, pelo fato de não contemplar o enriquecimento sem causa e as dificuldades para a caracterização do enriquecimento ilícito tornaram a aludida lei diploma de rara incidência, o que explicaria, segundo eles, “por suas incertezas e lacunas, em grande parte, a onda de corrupção e impunidade disseminada no país no período de sua vigência”. Mas acrescentam: “De qualquer forma, foi um passo inicial, embora isquêmico, no caminho do combate aos pecados administrativos que proporcionam o enriquecimento indevido”.

Lembram, todavia, que por força do que dispunha a Lei n. 3.164/57, por esta última, nesta parte não derrogada, o Ministério Público, embora, então, sem a autonomia funcional que hoje caracteriza a sua atuação, mantém intacta sua legitimidade para propor as ações relativas à espécie.

Assinala-se, finalmente, que as leis em referência não sancionavam as ações dos agentes públicos eventualmente infratores nas penas indicadas na Lei n. 8.429/92 apontadas na inicial, tal como acolhidas e decretadas na sentença recorrida, as quais passaram a ser aplicáveis tão-só a partir 3 de junho de 1992, nas condições previstas, ainda assim apenas em relação aos atos nela enumerados praticados após a sua vigência.

### III — Decisão

Diante do exposto, à unanimidade, conhecendo da apelação interposta por Ivo Konell e Fedra Luciana Konell, o primeiro ex-Prefeito Municipal, a segunda, ex-Secretária de

Administração, rejeita-se a preliminar e, no mérito, dá-se provimento ao apelo, reconhecida a improcedência da ação civil pública instaurada, condenando o município de Jaraguá do Sul, litisconsorte interveniente ativo, ao pagamento das custas e honorários de advogado que fixo em R\$ 1.000,00, a teor do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, presentes, no caso, os pressupostos do art. 18, última parte, da Lei n. 7.347 de 2/7/85 (redação do art. 116 da Lei n. 8.078 de 11/9/90).

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Silveira Lenzi. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Medeiros.

Florianópolis, 8 de junho de 1999.

*Eder Graf,*  
*Presidente com voto;*  
*Cesar Abreu,*  
*Relator.*

## AGRAVOS DE INSTRUMENTO

### AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.013897-3, DE CRICIÚMA

**Relator: Des. João José Schaefer**

— *Execução. Notas promissórias.*

— *Em se tratando de dívida solidária, o que, no caso, ocorre, à vista do disposto no art. 47 da Lei Uniforme, “não há aguardar a citação de todos os executados para que a execução tenha prosse-*

guimento” (RSTJ 66/443).

— *Oferecidos a penhora bens de difícil alienação, outros havendo de execução mais eficaz, justifica-se a recusa (REsp. n. 35.619-9, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU de 20/9/93, pág. 19.177), tanto mais, ante a regra do art. 656, III, do CPC, havendo bens no foro de execução.*

— *Se os bens indicados pela credora não pertencem aos executados, por ora nenhuma prova foi feita a respeito.*

— *Agravo desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.013897-3, da comarca de Criciúma (3ª Vara), em que são agravantes INCA Indústria Cerâmica da Amazônia S/A e outros, sendo agravada Vidres do Brasil Ltda.:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao agravo.

Custas de lei.

INCA Indústria Cerâmica da Amazônia S/A e outros agravam de instrumento de decisão do Dr. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva que, em execução que aos agravantes move Vidres do Brasil Ltda., recusou a nomeação de bens à penhora feita pelos avalistas da agravante e determinou a penhora de imóveis indicados pelo devedor.

Alegam os agravantes que, “havendo credor principal e coobrigados, a penhora recaia inicialmente sobre bens da primeira e somente na inexistência dos mesmos, procede-se a penhora sobre os bens dos avalistas da operação...”, o que, dizem, fere a regra do art. 620 do CPC de que a

execução deve ser feita pelo meio menos gravoso.

A par disso, cumpria aguardar primeiro a citação de todos os executados, a par de que os bens cuja penhora ora se determinou não mais lhes pertencem, “como se provará no curso da execução, seja através de embargos dos agravantes como embargos de terceiro”.

Foi negado efeito suspensivo pelo despacho de fls. 42/3 e a agravada respondeu dizendo que todos os devedores foram citados e, mesmo que não tenha havido citação explícita, ela se deu por citada, tanto que é a primeira a interpor o presente agravo.

De qualquer forma, os avalistas foram citados e ofereceram bens de difícil comercialização, localizados no Pará em ponto distante da execução.

Está superada, de outro lado, a regra de que a penhora deve recair primeiro sobre bens do devedor principal, não sendo a penhora de bens do avalista meio mais gravoso de execução.

É falsa, de outro lado, a afirmação de que os agravantes avalistas indicaram bens livres da devedora, pois tais bens não lhe pertencem.

É o relatório.

Trata-se de execução de notas promissórias que têm, na solidariedade entre seus subscritores, um de seus característicos mais distintos.

Diz o art. 47 da Lei Uniforme: “Os sacadores, aceitantes, endossantes ou avalistas de uma letra são todos solidariamente responsáveis para com o portador”.

E prossegue o mesmo dispositivo: “o portador tem o direito de acionar todas estas pessoas individualmente (ou coletivamente), sem estar adstrito a observar a ordem por que elas se obrigaram”.

Por isso, decidiu o STJ:

“Na execução movida em face de vários co-devedores, não há aguardar a citação de todos os executados para que a execução tenha desenvolvimento” (RSTJ 66/443).

Ou ainda:

“Estabelecido litisconsórcio passivo facultativo entre dois coobrigados solidários, a falta de citação de um deles não obsta o prosseguimento da execução em relação ao outro, que, citado, deve pagar ou nomear bens à penhora. O prazo do art. 652 do CPC é individual, sendo inaplicável à execução o disposto no art. 241, II, do mesmo estatuto” (REsp. n. 28.098, rel. Ministro Sálvio de Figueiredo, RSTJ 45/229).

Suficiente, pois, a citação dos avalistas para que validamente penhorados bens a eles pertencentes.

Se os imóveis penhorados não são mais dos avalistas é alegação que por ora não foi comprovada.

Acertada mostrou-se a decisão, por fim, ao recusar a penhora da jazida de argila, localizada no distante município de Ananitéua, no Estado do Pará, tanto mais que existentes bens no local da execução (art. 656, III, do CPC), invocando o despacho recorrido, pertinentemente, acórdão da 3ª Turma do STJ, no REsp. n. 35619-9—SP da lavra do Sr. Min. Eduardo Ribeiro, DJU de 20/9/93, pág. 19.177, no sentido de que “Justifica-se a recusa de bens nomeados à penhora que se revelem de difícil alienação, outros havendo que ensejariam execução mais eficaz”.

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Solon d’Eça Neves e Cesar Abreu.

Florianópolis, 19 de agosto de 1999.

*João José Schaefer,*  
*Presidente e Relator.*

**AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.020240-2, DE BRUSQUE****Relator: Des. Eder Graf**

*Ação monitória — Embargos ao mandado — Rito ordinário — Intervenção de terceiros — Denúnciação da lide — Admissibilidade.*

*“A regra do processamento dos embargos pelo rito ordinário (art. 1.102c, § 2º) basta para o reconhecimento da ampla admissibilidade de qualquer das formas de intervenção, desde que presentes os pressupostos específicos de cada uma delas” (Eduardo Talami-ni).*

*Intervenção de terceiros — Denúnciação da lide — Introdução de fundamento novo ao processo originário — Impertinência — Violação dos princípios da economia e da celeridade processual — Exegese do art. 70, III, do CPC.*

*“I — Em relação à exegese do art. 70, III, CPC, melhor se recomenda a corrente que não permite a denúnciação nos casos de alegado direito de regresso cujo reconhecimento demandaria análise de fundamento novo não constante da lide originária.*

*“II — A denúnciação da lide, como modalidade de intervenção de terceiros, busca atender aos princípios da economia e da prestação na entrega da prestação jurisdicional, não devendo ser prestigiada quando susceptível de pôr em risco tais princípios” (Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.020240-2, da comarca de Brusque (1ª Vara/Infância e Juventude/Registros Públicos), em que é agravante João Marcelo Hodecker, sendo agravado Valdemar Zanotti:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

João Marcelo Hodecker inter-pôs agravo de instrumento, com pedi-

do de efeito suspensivo, contra decisão proferida nos autos dos embargos à ação monitória ajuizada por Valdemar Zanotti, a qual indeferiu a denúnciação da lide à Massa Falida de Malhas Brus River Ltda., ao argumento de inexistir qualquer relação obrigacional entre esta e o agravante nos títulos de crédito que fundamentam a actio a ensejar a intervenção da empresa no processo.

Negada a liminar, postulado e contraminutado o recurso, o Juiz a quo prestou as informações solicitadas.

É o relatório.

Preliminarmente, cumpre anotar que é perfeitamente admissível a intervenção de terceiros nos embargos ao mandado na ação monitória, dada a regra insculpida no art. 1.102c, § 2º, do CPC, que determina a adoção do procedimento ordinário como rito para o processo.

A respeito, Eduardo Talamini comenta:

“A regra do processamento dos embargos pelo rito ordinário (art. 1.102c, § 2º) basta para o reconhecimento da ampla admissibilidade de qualquer das formas de intervenção, desde que presentes os pressupostos específicos de cada uma delas (em sentido contrário, referindo-se ao chamamento ao processo: Cruz e Tucci, *Ação...*, pág. 66). Não se pode afirmar que a ‘especificidade’ da via procedimental monitória afasta a intervenção de terceiros. Só seria assim, se a legislação houvesse determinado o processamento dos embargos ao mandado por outro rito, formalmente sumário, no qual estivessem vedadas todas ou algumas das formas interventivas (tal como o procedimento sumário ou o dos juizados especiais).

“Nem se diga que, caso definidos os embargos do art. 1.102c como ‘ação’ (por consequência, jamais tendentes à sentença condenatória — e sim apenas declaratória — relativamente ao pretense crédito objeto da demanda monitória), ficariam excluídos o chamamento ao processo (que se prestaria à ampliação subjetiva da condenação contida na sentença da demanda principal) e da denunciação da lide (que serviria para estabelecer segunda condenação, condicionada à

primeira contida na sentença da demanda principal). As mesmas funções que essas duas formas de intervenção possuem relativamente à sentença condenatória no processo comum de conhecimento seriam desempenhadas em relação à eficácia ‘executiva lato sensu’ que se agregará à decisão inicial concessiva do mandado, caso rejeitados os embargos” (Tutela monitória: a ação monitória — Lei n. 9.079/95, RT, 1998, págs. 127/128).

E finaliza:

“A economia processual e a eliminação de provimentos jurisdicionais contraditórios permitem essa interpretação extensiva” (op. cit., pág. 128).

É de ponderar-se que a matéria relativa à obrigatoriedade ou não da denunciação da lide em todas as hipóteses previstas no art. 70 do CPC ainda é questão de grande divergência doutrinária e jurisprudencial, tendo em vista os princípios informadores do referido instituto, a saber: os Princípios da Economia e da Celeridade Processual.

A respeito do assunto o Ministro Sydney Sanches fez brilhante estudo, trazendo a lume o escólio do jurista Vicente Grecco Filho, especificamente acerca do inciso III do art. 70 do CPC, in verbis:

“Vicente Grecco Filho, embora considerando não desapoiada na lei uma interpretação do inc. III do art. 70 que permita a dedução de toda e qualquer pretensão regressiva, por via da denunciação da lide, acaba por reputá-la ‘perigosamente extensiva’. Admite que a denunciação da lide encontra fundamento no princípio da economia processual, pois permite a solução de duas lides num só processo. E que

atende à própria exigência de justiça, pois evita sentenças contraditórias.

“Mas objetiva: ‘o direito processual adotou o princípio originário do direito romano, da singularidade da jurisdição e da ação, isto é, os efeitos da sentença, de regra, só atingem as partes, o juiz não pode proceder, de ofício, a legitimação e os casos de intervenção são de direito estrito, porque excepcionam os princípios consagrados nos artigos 3º e 6º do CPC. De fato, se admitirmos a denunciação ante a simples possibilidade de direito de regresso, violaríamos a economia processual e a celeridade da justiça, porque num processo seriam citados inúmeros responsáveis ou pretensos responsáveis numa cadeia imensa e infundável, com suspensão do feito primitivo’(...)”

“Essas objeções são inteiramente válidas e não podem passar despercebidas ao intérprete.

“O jurista não pode ser indiferente à realidade em que vive.

“Não se pode pretender que a denunciação da lide, instituto dedicado, entre outras finalidades, à economia processual, acabe se voltando contra ela e em detrimento daquele que reclama reparação de um dano. A menos que se dê ao art. 73 uma interpretação restritiva, que nele veja apenas a notícia da lide pelo denunciado a terceiro e não a propositura de sucessivas ações incidentais de garantia.

“É, aliás, a doutrina de Arruda Alvim, que será considerada, quando examinarmos aquele dispositivo.

“De qualquer maneira, mesmo não se admitindo sucessivas denuncicações da lide, a interpretação do inc.

III do art. 70 que permita a dedução, por via incidental, de toda e qualquer pretensão regressiva, no sentido amplo, acabará também afrontando o princípio da economia processual.

“Imagine-se a hipótese de alguém cujo veículo é danificado por agente do Poder Público. A Constituição Federal outorga-lhe o direito de reclamar indenização da própria Fazenda Pública, bastando-lhe a demonstração do fato objetivo do dano por ato do funcionário (art. 107). A ação proposta com base nesse fundamento normalmente chegaria ao fim sem grande desperdício de tempo, de esforço e de dinheiro.

“Se se admitir, porém, que a Fazenda Pública possa, nos mesmos autos, deduzir pretensão regressiva contra o funcionário causador do dano, porque agiu com culpa ou dolo, inevitavelmente o processo sofrerá entraves maiores, sobretudo com relação à instrução.

“E sempre em detrimento da vítima do dano. E sempre com desatenção ao princípio da economia processual, pois, pelo menos a primeira lide terá sua solução desnecessariamente retardada.

“Por isso reputamos acertada a doutrina de Vicente Grecco Filho, quando preconiza para o inc. III do art. 70 uma interpretação restritiva, que só permite a denunciação da lide para dedução de pretensão de garantia e de garantia própria. Não, assim, da chamada garantia imprópria.

“Fica, assim, afastada a possibilidade de se deduzir qualquer pretensão meramente regressiva, i. e., que não se funde na obrigação do denunciado de prestar garantia ao de-



nunciante — garantia propriamente dita” (Denúnciação da Lide no Direito Processual Civil Brasileiro, RT, 1984, págs. 120/121).

E arremata:

“Ora, voltando ao exemplo da ação de reparação de dano proposta em face da Fazenda Pública. Aí a vítima apenas precisa relatar o fato danoso e afirmar do funcionário sua autoria. Se a Fazenda Pública quiser exercer direito regressivo contra seu agente, não poderá simplesmente dizer que este responde por seu prejuízo na demanda, nos termos do art. 107, parágrafo único, da Constituição Federal. É preciso dizer que o funcionário agiu desta ou daquela forma; que isso configurou conduta dolosa ou culposa geradora do direito regressivo. E eventualmente produzir prova a respeito.

“Enfim, estará sendo provida uma demanda que nada tem de comum com aquela originariamente proposta.

“Até porque, em tese, pode haver responsabilidade objetiva da Fazenda e nem ter ocorrido dolo ou culpa de seu agente, o que evidencia a diversidade de fundamentos da pretensão indenizatória da vítima do dano perante o Poder Público e a pretensão regressiva deste contra seu agente, em caso de dolo ou culpa.

“É certo que o inc. III, em sua expressão literal, é bastante amplo, ensejando a idéia de que qualquer pretensão de regresso possa ser deduzida mediante denúnciação da lide. É certo também que o intérprete não deve distinguir onde a lei não distingue. Mas menos certo não é que ao intérprete igualmente não é dado in-

terpretar a lei, dando-lhe um elastério tal que acabe por violar o princípio que ela pretendeu preservar: o da economia processual.

“E não se pode considerar atenta à economia processual a idéia de resolver, a qualquer preço, uma lide secundária, em detrimento de uma lide principal.

“Não se inspira no ideal de justiça a solução demorada de duas lides se uma delas poderia, sem prejuízo da outra, ter sido resolvida prontamente e, todavia, não foi.

“Por isso concordamos com Grecco, quando conclui: ‘só é admissível a denúnciação nos casos de garantia automaticamente decorrente da lei ou do contrato, ficando proibida a intromissão de fundamento novo, não constante da ação originária; a denúnciação não pode transformar-se em instrumento de denegação de justiça para o autor, alheio à relação de garantia’” (op. cit., págs. 122/123).

Por sua vez, Celso Agrícola Barbi também apresenta argumentação convincente sobre a não-obrigatoriedade da denúnciação da lide na hipótese do inciso III do art. 70 do CPC:

“Obrigatoriedade da denúnciação — Diz o caput do artigo que a denúnciação é obrigatória. A expressão é inadequada, do ponto de vista da linguagem processual, em que, geralmente, se usa outra mais expressiva, que é ônus. Enquanto à obrigação corresponde um direito, no ônus não há essa correspondência.

“O ônus é a atribuição de certa conduta a uma parte. Se ela observa essa conduta, pratica o ato imposto por lei, nada lhe acontece. Mas se não se desincumbe dele, sofrerá um prejuí-

zo” (Comentários ao Código de Processo Civil, 10<sup>a</sup> ed., Forense, 1998, vol. I, pág. 252).

Acrescentando:

“Mas a aplicação do princípio do caput do artigo aos casos dos itens II e III suscita dúvidas, porque esse ônus não consta da lei civil ou comercial. Todavia, a lei processual é da mesma categoria da lei substancial em nosso direito constitucional, são ambas de natureza ordinária, com igual força, de modo que o Código de Processo Civil pode modificar disposições de lei civil ou comercial.

“Na 1<sup>a</sup> edição destes Comentários, sustentamos que a expressão obrigatoriamente, usada no artigo, deveria ser entendida como significando que a falta de denunciação da lide, nos casos previstos no art. 70, levava à perda do direito de garantia ou regresso. A maioria da doutrina brasileira, todavia, tomou posição diferente: Arruda Alvim entende que a perda do direito à indenização só ocorre no caso de no item I; e nos casos dos itens II e III, a denunciação é apenas condição para que a indenização a que tiver direito o denunciante seja decidida no mesmo processo. Do mesmo modo, Clito Fornaciari Júnior e Renato Maneschy.

“Meditando mais detidamente sobre o assunto, modificamos nosso pensamento anterior, especialmente tendo em vista os argumentos expendidos por Arruda Alvim e Clito Fornaciari Júnior. Realmente, no caso do item I do art. 70 não há dúvida de que a denunciação é ônus imposto pelo Código Civil para que o evicto possa haver a indenização pela evicção.

“Mas, nos casos dos itens II e III do art. 70 a lei civil não criou condição ou ônus para o exercício do direito de indenização ou de regresso. A lei processual, realmente, no caput do art. 70, diz que haverá denúncia obrigatoriamente, mas não criou sanção para o inadimplemento dessa obrigação. Como penalidade, a perda do direito precisaria ser expressamente cominada.

“Acresce que as sanções pela inobservância de norma processual são a preclusão ou a nulidade. No caso, não se pode pensar em nulidade do processo, porque esta, se atingisse o processo todo, iria ferir o litigante adversário do réu, omissis, o que seria castigar o autor pela falta do réu. Como preclusão, a sanção só tem eficácia dentro do processo em que ela ocorrer. Seria, assim, como quer, com outras palavras, Arruda Alvim, a perda, pelo réu, do direito de obter, no mesmo processo, a condenação do garantidor a indenizar o réu pelo que este perder na causa.

“Concluimos, portanto, agora, em resumo, que a falta da denunciação da lide no caso do item I do art. 70 acarreta a perda do direito à indenização pela evicção, com base no art. 1.116 do Código Civil. Mas a falta da denunciação da lide nos casos dos itens II e III daquele artigo não leva à perda do direito de indenização ou de regresso; apenas impede que esse direito seja exercido no processo onde deveria ter sido feita a denunciação, de modo que ele só poderá ser reclamado em processo posterior” (op. cit., págs. 253/254).

Nesse sentido, recentemente se decidiu no Superior Tribunal de Justiça:

“I — Em relação à exegese do art. 70, III, CPC, melhor se recomenda a corrente que não permite a denúncia nos casos de alegado direito de regresso cujo reconhecimento demandaria análise de fundamento novo não constante da lide originária.

“II — A denúncia da lide, como modalidade de intervenção de terceiros, busca atender aos princípios da economia e da presteza na entrega da prestação jurisdicional, não devendo ser prestigiada quando susceptível de pôr em risco tais princípios” (REsp. n. 97.695/SP, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 30/4/98).

Ainda:

“Processo civil — Denúnciação da lide — Direito de regresso — Fundamento jurídico novo — Inadmissibilidade — Obrigatoriedade — Inocorrência — Precedentes — Recurso não conhecido.

“I — Em relação à exegese do art. 70, III, CPC, melhor se recomenda a corrente que não permite a denúncia nos casos de alegado direito de regresso da lide originária.

“II — A denúncia da lide, como modalidade de intervenção de terceiros, busca atender aos princípios da economia e da presteza na entrega da prestação jurisdicional, não devendo ser prestigiada quando susceptível de pôr em risco tais princípios.

“III — Segundo entendimento doutrinário predominante, somente nos casos de evicção e transmissão de direito (garantia própria) é que a

denúnciação da lide se faz obrigatória.

“IV — Recurso não conhecido” (REsp. n. 157.147/MG, Min. Waldemar Zveiter, j. 4/3/99).

In casu, busca o agravante a denúncia da lide à Massa Falida de Malhas Brus River Ltda. afirmando que os cheques que dão suporte à monitoria foram emitidos em garantia a diversas compras de mercadorias realizadas pela empresa litisdenunciada na Zanotti Indústria e Comércio de Elásticos Ltda., de propriedade do agravado, as quais foram intermediadas pelo recorrente na qualidade de representante comercial desta última.

Alega que, com a decretação da quebra da empresa compradora — inviabilizando a imediata satisfação da dívida —, a beneficiária das cártulas teria indevidamente endossado os títulos ao seu sócio-gerente, ora agravado, de modo a evitar a eventual discussão da causa debendi, em detrimento do agravante.

Ora, trata-se de fundamento fático-jurídico totalmente novo e estranho ao processo originário e que demanda provas prescindíveis ao deslinde da monitoria, o que importaria em inegável prejuízo ao credor.

Ademais, haveria necessariamente a alteração da competência, com a conseqüente remessa dos autos ao Juízo Falimentar, em razão dos princípios da universalidade e indivisibilidade insculpidos no art. 7º, § 2º, do Decreto-Lei n. 7.661/45, violando novamente o princípio da celeridade processual.

Assim, deve-se lançar mão da corrente mais ponderada, que interpreta de modo restritivo a ordem aparentemente preemptória do caput do

art. 70 do CPC, porquanto o ingresso de terceiros na relação processual retardará ainda mais a entrega da prestação jurisdicional.

Apenas a latere, é de bom alvitre frisar que não se está a afastar a possibilidade de o agravante exercitar o seu eventual direito de regresso contra a Massa Falida denunciada em lide autônoma, na qual poderá servir-se amplamente dos meios de prova admitidos pelo ordenamento processual civil.

Nega-se, pois, provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Silveira Lenzi e Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 22 de fevereiro de 2000.

*Eder Graf,*  
*Presidente e Relator.*

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.017376-0, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Anselmo Cerello**

*Ação popular — Carência de ação fundada na não apuração administrativa da fraude imputada — Ilegitimidade de causa do autor popular sob argumento de estar envolvido nos fatos e por estar de má-fé — Chamamento ao processo de terceiros imputados de envolvimento nos fatos objetos da ação — Ilegitimidade passiva ad causam de uma das requeridas — Crítica à postura dos representantes do Estado na ação popular — Insuficiência fundamental da decisão monocrática de Primeiro Grau de jurisdição — Preliminares rejeitadas — Agravo desprovido.*

*Não é cabível, uma vez proposta a ação popular, que se proceda a um verdadeiro desmanche processual, substituindo as partes ativas e passivas ao argumento de envolvimento do autor popular nos fatos motivadores da ação e não participação dos réus. A configuração da legitimação ativa para a ação popular decorre da demonstração do exercício do status de cidadania, revelado pelo título eleitoral.*

*Provável envolvimento do autor popular nos fatos imputados de fraudulentos não é caso de alteração do pólo passivo da ação, pois nada impede que também sua atuação seja analisada como uma questão de fundo, sendo sua imputada má-fé questão de mérito.*

*Não se pode em vestibular equacionar o efetivo envolvimento dos requeridos na ação popular, bastando a presença de indícios reveladores de uma participação mais ou menos efetiva, ainda que o processo administrativo instaurado não tenha logrado comprovar ocorrência à imputada fraude caracterizadora do prejuízo para o Erário Público, quando existem indícios suficientes da existência de tais fraudes, ensejando-se uma maior e melhor averiguação por meio da via judicial, em homenagem ao princípio da autonomia das instâncias.*

*Não pertine ao judiciário a análise da postura dos representantes do Estado no processo popular, ademais qualquer omissão ou desinteresse é muito bem e eficientemente provido pelo Ministério Público, sempre efetivamente atuante nestes processos.*

*Hodiernamente reclama-se concisão nas decisões judiciais, ressalvadas a integralidade na entrega da prestação jurisdicional e sua inteligibilidade. Observados tais pressupostos não peca por ter sido sintética a decisão judicial, meramente interlocutória.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.017376-0, da comarca da Capital (Vara da Fazenda — 1º Cartório), em que são agravantes Casa de Saúde e Maternidade São Sebastião Ltda. e outros, sendo agravados Carlos Terli Heger e outros:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, desprover o recurso.

Custas legais.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Casa de Saúde e Maternidade São Sebastião Ltda., Ana Maria Tavares de Oliveira e Norma Tavares Buechele inconformadas com a r. decisão exarada pelo MM. Juiz de Direito da Vara da Fazenda da comarca da Capital que, nos autos da ação popular promovida por Carlos

Terli Heger, Salete Aparecida Heger e Wendel Heger, contra os agravantes, não acolheu todas as preliminares argüidas nas contestações, tais como carência de ação, por ilegitimidade ativa ad causam do agravado Carlos Terli Heger e sua transferência para o pólo passivo da demanda; ilegitimidade ativa ad causam da esposa e do filho do agravado autor.

Aduziram que o agravado, na qualidade de responsável direto pela firmação do ato impugnado, não pode prosseguir como autor popular, uma vez que a ele foi delegada, pelo então administrador do hospital agravante, Werner H. C. Hartmann, as funções de elaborar as faturas nosocomiais de Quimioterapia/SUS da Casa de Saúde, bem como conferi-las, assiná-las, entregá-las à SES/SC e recebê-las para guarda, a cada mês.

Logo, entendem que mesmo que se admita que o agravado, demonstrando sua condição de cidadão, pudesse adquirir legitimidade para ingressar com a ação popular, com as contestações surgiram fatos supervenientes e consistentes, comprovatórios de que, se efetivamente houver ocorrido fraude e dano ao erário público, o próprio agravado, Carlos Terli Heger terá participado, direta e decisivamente daquelas irregularidades, devendo, a partir daí, integrar o pólo passivo da demanda.

Asseveram ainda que a decisão atacada não está suficientemente fundamentada, em afronta ao disposto no inc. IX do art. 93 da CF/88.

Arrematam dizendo que estão presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* autorizadores da concessão de efeito suspensivo ao recurso, bem como devem ser chamados a integrar a lide, na qualidade de litisconsortes passivos necessários, os Srs. Secretário Estadual da Saúde, Presidente do Cepon, Membros da Comissão Ambulatorial de Oncologia e Diretores da Diretoria de Inspeção e Assistência à Rede de Saúde da SES/SC (DIAR) que tenham ocupado tais funções durante o período compreendido entre junho/91 e setembro/95, por força do disposto no art. 6º da Lei n. 4.717/65.

Deixei de conceder efeito suspensivo à decisão agravada (fls. 194/196).

Inconformadas com o despacho que sustentou a decisão do MM. Juiz a quo, as agravantes formularam pedido urgente de liminar em agravo de instrumento (fls. 202/208), alegando não ser analisada uma das quatro

pretensões apresentadas, pretendendo nova apreciação do pedido de suspensão.

O Des. Relator João Martins indeferiu o pedido, salientando que se houve omissão no despacho esta serviria para interposição de embargos de declaração.

O MM. Juiz prestou informações, conforme requisitado.

Manifestei-me quanto à alegação de omissão apontada, salientando que a preliminar em questão foi indeferida pela r. decisão agravada.

O recurso foi contra-arrazoado tendo os agravados se manifestado pelo improvimento do agravo.

A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

O MM. Juiz a quo, novamente chamado a prestar informações, comunicou que o processo principal encontra-se paralisado aguardando a solução do presente recurso (fls. 252/254).

É o relatório.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Casa de Saúde e Maternidade São Sebastião Ltda., objetivando a reforma da decisão em ação popular que lhe move Carlos Terli Heger e outros, no tocante ao indeferimento de sete das oito preliminares argüidas em contestação.

O objeto da ação popular é a imputada fraude ocorrida inteiramente dentro do setor de faturamento da Unidade de Quimioterapia da Casa de Saúde e Maternidade São Sebastião Ltda. onde recebidos e diagnosticados os pacientes, pelo Setor de Quimi-

oterapia, estes eram encaminhados ao SUS que, por meio da Comissão Ambulatorial de Oncologia, autorizava o procedimento solicitado pela de Requisição de Exames. Após estar o paciente devidamente autorizado volta-va ao Setor de Quimioterapia da Casa de Saúde São Sebastião para a execução dos exames e tratamentos autorizados pelo SUS. Finalizados estes, era formalizado o “boletim de emergência ou relatório de enfermagem” e repassados ao setor de faturamento da Casa de Saúde São Sebastião, no qual seriam superfaturadas as notas, por meio de troca de códigos da tabela do SUS, remetidas então, à Secretária de Saúde que autorizava o pagamento, lesando, assim, o Erário Público. Com a obtenção dos valores superfaturados deduzidos dos códigos originais eram devolvidos ao Setor de Quimioterapia.

Instada a contestar a ação popular, as agravantes aduziram as preliminares, as quais foram afastadas, sendo acolhida a preliminar que requeria a citação do Sr. Werner Hellmuth de Carvalho Hartmann.

Inconformadas, as agravantes interpuseram o presente recurso, reforçando as preliminares argüidas em resposta à ação popular.

Com relação à ilegitimidade ativa ad causam dos agravados, a Constituição Federal de 1988 é expressamente clara quanto à quaestio, in verbis:

“Art. 5º — ...

“ LXXIII — qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade

administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

Assim, não há como cogitar-se a ilegitimidade ativa ad causam dos autores, haja vista serem eleitores, e não restar comprovada, nem apurada, má-fé decorrente da proposição da presente ação.

Da mesma forma, não há como acolher a preliminar de ilegitimidade dos impetrantes, sob a alegação de que elas estariam envolvidas em fraude, pois não é este o objetivo da ação popular, devendo ser manejada ação competente para apurar a participação ou não das agravadas na irrogada fraude, posto o cerne da questão não residir na suas características pessoais, as quais somente dizem respeito a esta demanda cuja proposição reclama estarem os proponentes em plena investidura do status de cidadão.

Por outro lado, não há como acolher carência de ação fundada na falta de inquérito administrativo, pois, como é cediço, o exaurimento prévio da via administrativa não é requisito basilar à proposição da ação em apreço, em face do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, trazido na CF/88:

“Art. 5º — ...

“XXXV — a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Com relação, ainda, à carência de ação, quanto à impossibilidade jurídica do pedido, muito bem fundamentou o MM. Juiz a quo na decisão ataca-



"...a referida carência de ação, motivada pela impossibilidade jurídica do pedido (fls. 593/594), também não merece melhor sorte. Como bem afirmou a demandada Casa de Saúde São Sebastião (fls. 594), a lesividade aos cofres públicos ainda não foi comprovada. Certamente que não. É para este fim que se presta a presente demanda. Hely Lopes Meirelles, em sua obra 'A Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data', 18ª ed., ensina:

'A ação popular tem fins preventivos e repressivos da atividade administrativa ilegal e lesiva ao patrimônio público, pelo que sempre propugnamos pela suspensão liminar do ato impugnado, visando à preservação dos superiores interesses da coletividade.

'Como meio preventivo de lesão ao patrimônio público, a ação popular poderá ser ajuizada antes da consumação dos efeitos lesivos do ato; (...). Esse entendimento deflui do próprio texto constitucional, que a torna cabível contra atos lesivos do patrimônio público, sem indicar o momento de sua propositura'" (in op. cit., pág. 113).

No que tange às preliminares fundadas na má-fé do proponente da actio, estas não devem ser apreciadas em decisão interlocutória, e conseqüentemente veiculadas em agravo de instrumento, pois dizem respeito ao mérito da causa, o que somente será apurado a final por ocasião da sentença de mérito. Desta forma é afastada esta preliminar.

Adentrando à preliminar de chamamento à lide, como litisconsortes passivos necessários do Sr. Wer-

ner Hellmuth de Carvalho Hartmann e dos Srs. Secretário Estadual da Saúde, Presidente do Cepon, Membros da Comissão Ambulatorial de Oncologia e Diretores da Diretoria de Inspeção e Assistência à Rede de Saúde da SES/SC (DIAR), que tenham ocupado tais funções durante o período compreendido entre junho/91 e setembro/95, tal preliminar deve ser afastada, pois, conforme analisou o MM. Juiz a quo, e, ainda, citando o ensinamento do saudoso Hely Lopes Meirelles:

"... a só referência à assistência e ao litisconsórcio ativo não exclui os intervenientes passivos que tenham legítimo interesse na defesa da causa, tais como os funcionários não citados para integrar à lide, mas que, se procedente a ação e declarada sua culpa no ato ou contrato lesivo, poderão ser regressivamente responsabilizados pelo dano (art. 11). Estes, inegavelmente, poderão ingressar à ação como litisconsortes ou assistentes do réu" (in op. cit. pág. 120).

Do decisum hostilizado:

"Assim, o então administrador da Casa de Saúde tem, a princípio, o dever de vigilância sobre seus subordinados. Em sendo julgada procedente a actio, poderá acarretar a este obrigação direta para com terceiro, prejudicá-lo ou afetar seu direito subjetivo. O mesmo não se pode dizer em relação aos demais, posto que inexistente comunhão de interesses entre os réus e as pessoas que se busca chamar à lide (vide STF — RT 594/248 e STF — 2ª Turma, Ag 107.489-2 — AgRe—SP). Desta forma, em relação aos Srs. Diretores de Inspeção e Assistência à Rede de Saúde, Presi-

dente do Cepon, Membros da Comissão Ambulatorial de Oncologia e sucessivos Secretários da Saúde do Estado de Santa Catarina, rejeito o pedido formulado (fls. 726 e 792), deferindo, de outra parte, o pleito de chamamento à lide, na qualidade de litisconsorte passivo necessário, do Sr. Werner Hellmuth de Carvalho Hartmann, devendo o mesmo ser citado" (fls. 45/46).

Portanto, a preliminar de chamamento deve ser mantida conforme decidido pelo Juízo a quo, pois uma vez comprovada a responsabilidade, serão responsabilizados, mas no momento "inexiste comunhão de interesses entre os réus e as pessoas que se busca chamar à lide", não encontrando motivos para integrá-los à demanda.

Ainda, tratando-se do pólo passivo da demanda, deve ser rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam da Sra. Norma Tavares Buechle, pois conforme admitido na contestação de fls. 705/737 dos autos principais, ela estava perfeitamente registrada como co-gerente da empresa desde junho de 1991, estando este período compreendido no lapso fraudatório em litígio, "dessa forma, nesta qualidade, eventualmente teria praticado, caso procedente a imputação, atos de autorização, aprovação, ratificação e outros, devendo tal situação, ser apurada no transcurso deste autos" — fls. 46.

Em relação ao afastamento dos litisconsortes ativos, tal preliminar também há de ser afastada, pois estes não trazendo qualquer acréscimo ao objeto do processo e nada pedindo

além do que já foi pedido, limitam-se, portanto, a fortalecer a inicial.

Wilson Bussada afirma que: "o pedido de litisconsórcio, ativo ou passivo, pode ocorrer em qualquer fase do procedimento, inteligência e aplicação do § 5º do art. 6º da Lei n. 4.717/65" (in Terceiros no Processo: Litisconsórcio e Assistência, Ed. Jurídica Brasileira Ltda., pág. 520).

No mesmo norte, Maria Sylvania Zanella Di Pietro, em Direito Administrativo, a pág. 525: "sujeito ativo, já se viu que é o cidadão, assim considerado, para fins de ação popular, mediante a comprovação do status de cidadania revelada pela condição de eleitor. É perfeitamente possível o cidadão habilitar-se como litisconsórcio ativo, que será facultativo, uma vez que é dado a qualquer litisconsorte ou assistente do autor da ação popular, nos expressos termos do art. 6º, § 5º, da Lei n. 4.717/65".

Ainda, no tocante à postura inadequada processual do Estado de Santa Catarina, devo salientar que a atribuição de patrocinar a defesa e andamento dos interesses compete à douta Procuradoria do Estado de Santa Catarina, que aduziu que até o presente momento, conforme fls. 46, "não cabe aqui discutir tal matéria, pois, como é cediço, o ente estatal (...) decidir acerca do objeto de sua resposta".

Portanto, o modo e a forma com que os Procuradores do Estado devem manifestar-se na tramitação da causa, não é de competência do Poder Judiciário, nem seria ético, compeli-los a se manifestarem sobre a matéria e ditar a forma pela qual deveriam fazê-lo. Rejeito a preliminar.

Por fim, questionam a aparente ausência de fundamentação do decisorum hostilizado.

Contudo, analisando-se a r. decisão verifica-se que ela equacionou sucintamente todos os pontos pertinentes à questão, não devendo ser por este ponto questionada, bem como não se pode dizer que não tenha feito adequadamente, levando-se em conta o momento processual e a natureza das decisões interlocutórias que não reclamam análises profundas.

O que importa é que todas as questões foram enfrentadas em 4 (quatro) laudas, o que descarta a hipótese de excesso de concisão a ponto de comprometer a integralidade na

entrega da prestação jurisdicional ou a sua inteligibilidade. Ressalvados tais pressupostos as decisões judiciais devem ser concisas.

Afastadas as preliminares, a Segunda Câmara Civil, à unanimidade, desproveu o recurso.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 17 de fevereiro de 2000.

*Anselmo Cerello,*  
Presidente e Relator.

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.008611-9, DE PALHOÇA

**Relator designado: Des. Anselmo Cerello**

*Medida cautelar inominada — Liminar — Exclusão do nome do agravante do rol de inadimplentes mantido por instituições privadas tutelares do crédito — Inviabilidade — Exercício regular do direito — Inteligência do art. 43, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor — Agravo de instrumento desprovido.*

*O serviço de proteção ao crédito inclui-se entre os bancos de dados e cadastros de consumidores expressamente previstos no art. 43 do Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90. São eles necessários uma vez que preenchem autêntica necessidade do mercado e do próprio consumidor, razão pela qual não pode o judiciário, por meio de medida cautelar, obstar o exercício deste direito, uma vez verificados os pressupostos legais, ou seja, a inexistência de arbitrariedades ou abuso do direito.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.008611-9, da comarca de Palhoça, em que é agravante Carlos Alberto*

*Juraszek, sendo agravado Banco do Estado de Santa Catarina S/A — Besc:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por maioria de votos, desprover o recurso.

Custas legais.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Carlos Alberto Juraszek contra ato do MM. Juiz José Maurício Lisboa que, nos autos da Medida Cautelar Inominada c/c Exibição de Documentos n. 045.99.003350-8, movida pelo agravante contra o Banco do Estado de Santa Catarina S/A — Besc, entendeu estar ausente o *fumus boni juris* na cautelar agravada, pois consiste este na plausibilidade do direito invocado, que não ficou devidamente demonstrado na pretensão.

Asseverou que o seu direito se encontra ancorado em farta decisão jurisprudencial, colacionando-as.

Em despacho (fls. 39/40), o douto Des. Xavier Vieira concedeu o efeito suspensivo ao recurso, sob o seguinte fundamento: “Do exame dos autos, verifico que assiste razão ao agravante, porquanto a discussão envolvendo a possibilidade de inscrever ou não o nome do devedor nos órgãos de proteção ao crédito, quando sub judice a dívida, vem-se consolidando no sentido de que estando em discussão o montante do débito é defeso a inscrição do seu nome no Serasa ou em qualquer outro cadastro creditício”.

É a síntese do necessário.

Pretende o agravante, por meio de liminar em cautelar inominada c/c exibição de documentos, obter o cancelamento do seu nome no registro do Serasa, instituição legalmente constituída e tutelar do crédito, em razão de se constituir praxe bancária, com a

formação da lide — irresignação do apelante, pelas práticas abusivas do apelado —, inscrever seus contendores no cadastro de inadimplentes chamado Serasa (fls. 58, item 17).

No entanto a pretensão do agravante fere o disposto no art. 43 do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que tais registros são mantidos para a formação de banco de dados, concernentes à tutela do crédito, revelando uma autêntica imagem do quadro de inadimplência para direcionamento das transações creditícias, revelando-se, assim, como autêntica instituição de interesse público, de legalidade indiscutível (TJSP — Ap. Cível n. 216.832, de Botucatu; JTJ — LEX 170/33; TJSC 96.003316-5, de Rio do Sul; 96.007200-4; 96.012667-8, de Brusque; 96.007749-9, de Jaraguá do Sul; 96.011201-4, de Sombrio).

A respeito é oportuno o ensinamento do mestre Humberto Theodoro Júnior:

“O Serasa é uma sociedade anônima, isto é, uma sociedade privada que mantém o cadastro de clientela bancária, para prestação de serviços exclusivamente a seus associados, que são vários bancos nacionais. Os dados compilados, como acontece em qualquer cadastro bancário, são confidenciais e sigilosos. Servem apenas de fonte de consulta para os sócios, os quais utilizam os dados ao estudo das operações de crédito usualmente aplicadas..., anotar, portanto, a conduta de certos clientes no cadastro do Serasa é operação de rotina que jamais poderá ser vista como ato ilegal ou abusivo, mesmo porque a atividade bancária tem nos dados sigilosos da clientela o principal instrumento de se-

gurança da atividade creditícia. Na verdade, nenhum estabelecimento de crédito pode prescindir de rigoroso controle cadastral sobre a idoneidade moral e patrimonial de seus usuários, em virtude da própria natureza das operações que constituem a essência de sua mercancia..." (Responsabilidade Civil, págs. 24/25).

Dessa forma não se vislumbra qualquer ilegalidade na inclusão do nome do agravado no Serasa já que ele mesmo se confessa devedor.

O fato de haver divergência no valor do débito, não lhe retira a condição de devedor.

Legal, portanto, a "provável" inscrição, conforme, aliás, já proclamou esta Corte no Agravo de Instrumento n. 96.010459-3, de Ibirama, em aresto da lavra do Des. Nelson Juliano Schaefer Martins:

"Agravo de instrumento. Liminar indeferida em medida cautelar. Cancelamento de registro dos nomes dos agravantes no cadastro do Serasa. Recurso desprovido. Anotação de

inadimplemento de cliente nos cadastros no Serasa é operação que não pode ser equiparada a ato ilegal ou abusivo, pois a atividade bancária utiliza-se destes dados sigilosos como instrumento de segurança da atividade creditícia que desempenha. Para a concessão de liminar em ação cautelar faz-se necessária a configuração dos requisitos do *fumus boni juris*, que consiste na plausibilidade do direito invocado e no *periculum in mora*, que corresponde à irreparabilidade ou difícil reparação desse direito".

Diante desse contexto, nega-se provimento ao agravo.

É o voto.

Presidiu o julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Xavier Vieira, e, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik.

Florianópolis, 21 de outubro de 1999.

*Anselmo Cerello,*  
*Presidente para o acórdão*  
*e Relator designado.*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Xavier Vieira:

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, nos autos da ação cautelar inominada c/c exibição de documentos indeferiu a liminar pleiteada para impedir o encaminhamento do nome do agravante no cadastro de inadimplentes do Serasa.

Razão assiste ao recorrente.

Com efeito, discutindo-se judicialmente o montante do débito é defeso a inscrição do nome do devedor no Serasa ou em qualquer outro órgão de proteção creditícia.

Nesse sentido é o REsp. n. 170.281—SC, julgado em 24/6/98, para o qual foi Relator o eminente Min. Barros Monteiro, no qual a Quar-

ta Turma daquele Excelso Sodalício deu provimento ao recurso originário dessa Segunda Câmara Civil, cuja ementa é a seguinte:

“Consumidor. Inscrição de seu nome em cadastro de proteção ao crédito. Montante da dívida objeto de controvérsia em juízo. Inadmissibilidade.

“Constitui constrangimento e ameaça vedados pela Lei n. 8.078, de 11/9/90, o registro do nome do consumidor em cadastro de proteção ao crédito, quando o montante da dívida é ainda objeto de discussão em juízo.

“Recurso especial conhecido”.

Assim, porque ousei divergir da douta maioria, dou provimento ao recurso.

*Xavier Vieira.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.000851-6, DE BLUMENAU

**Relator: Des. Carlos Prudêncio**

*Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Bem indispensável à continuidade das atividades comerciais e produtivas da devedora. Direito de ser mantida na posse até decisão final. Precedentes.*

*Sendo o bem imprescindível ao desempenho do trabalho da devedora, cujo desapossamento, por força de liminar em ação de busca e apreensão, venha a acarretar a paralisação das suas atividades, e conseqüentes prejuízos, deve então permanecer em suas mãos mediante advertência das responsabilidades inerentes ao encargo de depositária, até que as questões em torno do contrato sub judice venham a ser dirimidas, de modo que se mantenham preservados, mesmo que temporariamente, os postos laborais e a capacidade plena.*

*Ação de consignação em pagamento. Mora elidida por meio de depósitos em ação consignatória.*

*Elidida a mora por meio de depósito das prestações vencidas de contrato de alienação fiduciária e sendo o bem alienado imprescindível à continuidade das atividades desenvolvidas pela devedora, justo é que se a mantenha na posse deste até desate definitivo das lides, sob pena de causar-lhe prejuízos irreparáveis, os quais não se vislumbram possam afetar a agravada.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.000851-6, da comarca de Blumenau (3ª Vara), em que é agravante Valdete Muller, sendo agravado Banco ABN Amro S/A:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas legais.

## I — Relatório

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Valdete Muller contra decisão que, revendo decisão revogatória anterior, deferiu liminar de busca e apreensão do bem objeto do contrato de financiamento n. 10/3187812, nos autos da ação n. 008.99.014421-3, movida por Banco ABN Amro S/A.

Argumenta que a Meritíssima Juíza deferiu o pedido de desentranhamento do mandado de busca e apreensão para o seu efetivo cumprimento, não autorizando o recolhimento do mencionado mandado, conforme requerido pela acionante.

Aduz que, determinada a busca e apreensão do veículo, interpôs ação de consignação em pagamento, depositando todas as prestações vencidas e não pagas, ou seja, as quatro últi-

mas parcelas no prazo de vencimento contratualmente estabelecido.

Afirmou que o objetivo da ação consignatória foi resguardar a agravante da mora pela inadimplência e que os valores depositados em favor do agravado foram consignados em ação conexa à ação de busca e apreensão.

Sustenta que se encontra despossada de seu automóvel o que lhe dificulta o exercício profissional, posto que é vendedora de anúncios jornalísticos para o Jornal de Santa Catarina na cidade de Blumenau e outros municípios, asseverando que o veículo poderá sofrer deteriorações.

Requer a concessão do efeito suspensivo ao recurso para que o bem apreendido retorne para suas mãos, ao argumento de serem essenciais à continuidade de seu trabalho.

A fls. 41/43, foi negado efeito suspensivo ao recurso e contra-razões ofertadas a fls. 55/68, defendendo a decisão, requerendo sua manutenção.

## II — Voto

O contrato objeto da ação de busca e apreensão firmado entre as partes está garantido fiduciariamente com um veículo marca Fiat, modelo Palio ED, ano/modelo 96/97, cor bran-



ca (fls. 22), cujo pagamento dar-se-ia em 36 (trinta e seis) prestações.

Consta dos autos que o Banco ABN ajuizou ação de busca e apreensão contra a agravante, tendo por objeto o automóvel supracitado, visto que ela deixou de efetuar o pagamento das 31ª (trigésima primeira) e 32ª (trigésima segunda) parcelas, referentes a junho e agosto/99, reclamando, também, o pagamento antecipado das demais, tendo sido deferida a medida liminar em 31/8/99.

A agravante informou que em 27/8/99 ajuizou ação consignatória, tendo depositado em Juízo as parcelas vencidas, reclamadas pelo ora agravante (31ª e 32ª), o que culminou com a revogação da liminar pelo Magistrado.

As parcelas posteriores continuaram a ser depositadas em Juízo e a acionante postulou que tais valores fossem repassados à ação de busca e apreensão a fim de purgar a mora.

Ocorre que o meritíssimo Juiz de Direito anotou que não era possível efetuar tal transferência, visto que os valores consignados estavam sub judice, e deferiu o pedido do banco de desentranhamento do mandado de busca e apreensão para que fosse cumprido.

Dessa decisão, a agravante interpôs agravo de instrumento afirmando que não estão presentes os requisitos para concessão da liminar; não está em mora, ante a consignação dos valores; deve-se aguardar o deslinde da ação de consignação para depois se analisar a busca e apreensão.

Observe-se que o agravado reclama o pagamento das seis últimas

parcelas do contrato (31ª à 36ª), num total de R\$ 2.767,03 (fls. 25/26), sendo que em consignação foi depositado o valor de R\$ 2.778,28 e a devedora, ora agravante, anteriormente ao ajuizamento da ação de busca e apreensão, propôs ação de consignação em pagamento.

Tendo em vista que a constituição em mora nos contratos de alienação fiduciária tem como efeito a possibilidade de propositura da ação de busca e apreensão, caracterizada pela limitação da horizontalidade de sua cognição, de duvidosa constitucionalidade, tem a jurisprudência exigido extrema rigidez procedimental para constituição em mora do devedor.

Em que pese em determinadas situações restar configurada a mora, tenho entendido que não cabe ao proprietário fiduciário a propositura da ação de busca e apreensão, visto que com a consignação dos valores devidos pela devedora reverte-se a situação de inadimplência.

Ademais, ressalta-se que notificam os autos o pagamento de 30 parcelas do contrato supracitado, sendo as vincendas e em atraso devidamente consignadas.

Do depósito incidente

No que tange à possibilidade do depósito incidente traz-se a lição de Humberto Theodoro Júnior "Curso de Direito Processual Civil", RJ, Forense, 13ª ed., 1996, págs. 22/4, verbis:

"O procedimento da ação de consignação em pagamento, tal como se acha regulado pelos arts. 890 e 900 do CPC, é um procedimento especial, subordinado e limitado a fundamentos restritos, tanto na proposi-

tura do pedido, como na resposta do demandado.

“Deve-se reconhecer, todavia, que diante do permissivo do art. 292 do CPC, mostra-se perfeitamente admissível a cumulação do pedido consignatário com os outros pedidos diferentes, num mesmo processo, desde que, desprezado o rito especial da ação de consignação em pagamento, e verificada a unidade de competência, observe-se o procedimento ordinário.

“Assim, é perfeitamente possível pedir-se por exemplo, o preço para se obter acolhida do pedido principal relativo ao direito de preferência; ou, em qualquer contrato sinalagmático, é admissível o pedido de depósito da prestação própria, para se executar a outra a cargo do demandado; ou ainda, num caso de rescisão contratual, pode o autor, desde logo, requerer a declaração de dissolução do negócio, seguida do depósito da cláusula penal ou de qualquer encargo convencional que lhe caiba na extinção do vínculo”.

Mesmo que se trate de quantia ilíquida haveria a possibilidade de realização do depósito, conforme continua o autor:

“Sendo, outrossim, acessório, entende não ser tão relevante, na espécie, a liquidez e certeza da obrigação, em caráter preliminar, pelo menos. Justifica que nestes casos de cumulação de pedidos, a certeza jurídica e a liquidez da obrigação serão alcançadas, via de regra, pela solução do pedido principal. Se o depósito foi preparatório e estiver menor do que o débito proclamado na sentença, oportunidade terá o autor de completar a consignação, na fase executória, se a

tanto não se opuser algum preceito de direito material. Se o depósito for daqueles que, normalmente, se cumprem na fase de execução, o problema da liquidez e certeza inexistirá, porque, ao tempo da consignação, esse requisito já estará definitivamente acertado.

“Note-se, por último que, na generalidade das prestações ilíquidas ou incertas, é sempre cabível a cumulação sucessiva de apuração e declaração do quantum debeat com o pedido conseqüente de autorização para depósito liberatório a posteriori. Nessas ações, que seguem rito ordinário, e não o da consignação em pagamento, nada impede, também que o autor desde logo, deposite em Juízo o valor em que provisoriamente estima sua dívida, o qual estará sujeito a reajustes da sentença final, mas que poderá muito bem ser aceito pelo demandado, com antecipação para o desate da lide, em modalidade de autocomposição”.

Já se decidiu neste Tribunal:

“Possível é a utilização do depósito por consignação incidente, na ação revisional de contrato de arrendamento mercantil, desde que utilizado o procedimento ordinário (art. 292, CPC). Com o depósito resulta afastada a mora, com a sorte da medida incidente devendo seguir a da ação principal”(in AI n. 96.001740-2, rel. o subscritor, j. 12/12/96).

Bem indispensável às atividades comerciais da acionante

Ocorre que a agravante alega a necessidade do bem objeto do contrato de financiamento já referido, posto ser ele indispensável à continuidade das suas atividades, e o seu desapos-

samento lhe trará graves e irreparáveis prejuízos, tendo em vista atuar no ramo de venda de anúncios jornalísticos para o Jornal de Santa Catarina, na cidade de Blumenau e região (fls. 6).

A jurisprudência traçada pelo eg. Superior Tribunal de Justiça no RMS 5.038-6—PR, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, publicado na RSTJ 79/261, segue no sentido de que:

“As máquinas indispensáveis à atividade industrial da empresa devedora, apreendidas em ação de busca, podem permanecer na posse da ré, enquanto tramita o processo, até o momento da efetivação da venda”.

Também, no REsp. 0111182—SC, Terceira Turma, publicado no DJU de 17/11/1997, relator Ministro Waldemar Zveiter, já entendeu a Corte Superior que:

“I — Intentada ação de reintegração de posse em face de contrato de arrendamento mercantil, as máquinas indispensáveis à atividade industrial da empresa devedora podem permanecer em posse da ré enquanto tramita o processo, até o momento da alienação definitiva. Precedentes do STJ”.

A propósito, em acórdão prolatado pelo eminente Des. Orli Rodrigues, no Agravo de Instrumento n. 10.506, de Taió, publicado no DJE de 4/9/96, se assentou:

“Considerando que o trabalho exercido pela agravante depende diretamente do maquinário objeto da reintegração, é de se aplicar na hipótese de leasing o mesmo entendimento jurisprudencial concernente à alienação fiduciária, que viabiliza a manutenção do bem na posse da empresa devedo-

ra, sempre que representar equipamento indispensável ao desempenho da atividade empresarial, de maneira que sua remoção acarretaria prejuízos incontornáveis”.

Este relator já decidiu no Agravo de Instrumento n. 96.000995-7, de Blumenau, publicado no DJE de 24/10/96, em caso análogo a este, que:

“Sendo o bem imprescindível ao desempenho do trabalho da devedora, cujo desapossamento, por força de liminar em ação de reintegração de posse, venha a acarretar a paralisação das suas atividades, e conseqüentes prejuízos, deve então permanecer em suas mãos, mediante advertência das responsabilidades inerentes ao encargo de depositária”.

Analisando matéria também idêntica, esta egrégia Primeira Câmara, em acórdão proferido no Agravo de Instrumento n. 10.505, da lavra do eminente Des. Francisco Oliveira Filho, publicado no DJE de 12/6/95, assim decidiu:

“Admissível, inclusive tendo em vista o disposto no art. 150 do Código de Processo Civil, e a possibilidade de persistência das atividades da empresa, assegurando postos de trabalho, a ‘conveniência da não remoção imediata dos bens. Manutenção em caráter excepcional e provisório, da medida adotada’ (JC 33/259). Mutatis mutandis esta é a hipótese”.

No Agravo de Instrumento n. 97.003673-6, de Joinville, publicado no DJE 28/11/97, desse mesmo relator, tira-se que:

“Lastreada a reintegração de posse no inadimplemento de arrendamento mercantil, cuja maior parte do

débito, todavia, foi quitada, aconselhável é a manutenção do bem objeto do contrato em mãos do devedor, se essencial às suas atividades, das quais retira não só os subsídios necessários à manutenção sua e de sua família, como também aquele indispensável ao cumprimento integral da obrigação”.

Na mesma esteira o entendimento seguido pela colenda Quarta Câmara Civil desta eg. Corte no Agravo de Instrumento n. 97.012076-1, de Urusanga, relator Des. Pedro Manoel Abreu, publicado no DJE de 18/12/97.

“Pode ser deferida ao arrendatário, na condição de depositário judicial, a posse do bem objeto de arrendamento mercantil, quando a apreensão possa impedir a continuidade da sua atividade econômica ou prejudicar a sua atividade produtiva, mediante a condição de contratar seguro facultativo integral para a cobertura de eventuais riscos”.

Agravo de instrumento n. 96.012169-2, de Sombrio. Relator Des. Alcides Aguiar, publicado no DJE de 24/11/97:

“Em se cuidando de maquinário essencial à atividade produtiva, é de todo razoável que se o mantenha depositado com o arrendatário enquanto não decididas as ações conexas de consignação em pagamento e de reintegração de posse”.

No Agravo de Instrumento n. 97.003149-1, de Chapecó, publicado no DJE de 25/7/97, relatado pelo Des. Pedro Manoel Abreu extrai-se:

“Tratando-se a medida cautelar de provimento de urgência, o art. 804 do CPC faculta ao juiz a concessão de

eliminar inaudita altera parte ou após justificação prévia.

“Os veículos e as máquinas, objeto de arrendamento mercantil, indispensáveis à atividade industrial ou produtiva da empresa devedora, na iminência de apreensão em ação de reintegração de posse, poderão permanecer na posse do arrendatário, na pendência da lide, até o julgamento da causa”.

Por outro lado, é de se dizer, juntamente com o Juiz Cezar Tasso Gomes, da 4ª Câmara Cível do TARGS no Agravo de Instrumento n. 197008055 de 1997, apud *Ajuris*, que:

“(…) A mora, diga-se, somente estará bem 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.

“(…)”

“E por identidade de razão, isto é, por decorrer de uma situação ainda não perfeitamente configurada, a manutenção do bem na posse do devedor é medida que se impõe, não sendo prudente alterar a situação das partes até a solução final da lide”.

Outrossim, o art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil é claro ao expressar que: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. E, ao contrário do que disserta a agravante, o princípio da igualdade vem sendo violado justamente ao privilegiar-se as instituições financeiras com artifícios processuais, tais como o Dec. n. 911/69; Dec. n. 70/66, dentre outros, que só lhe favorecem em detrimento do devido processo legal tam-

bém garantido pela Constituição Federal.

Veja-se, ainda, *mutatis mutandis*, no Agravo de Instrumento n. 196067946, TARGS, de 1996, apud *Ajuris*:

“Admitindo-se, em tese, a possibilidade de revisão do contrato de leasing, não é prudente retirar a posse do bem do arrendatário, desequilibrando as partes da decisão final do litígio”.

Ademais, não se vislumbram prejuízos que possam advir à agravada dessa medida que, embora confronte-se, em tese, com o Dec.-Lei n. 911/69, observa os fins sociais e as exigências do bem comum, conforme orienta o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

A propósito, o eg. TRF/5ª Região, no Agravo de Instrumento n. 4956 — Pernambuco — Ac. 2ª T. — unân. — rel. Juiz José Delgado, publicado no DJU II, 24/11/95, pág. 81.463, em ação de busca e apreensão decorrente de contrato de alienação fiduciária, onde o bem era imprescindível ao sustento do devedor, assim ementou:

“Não é de bom proceder determinar a busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, ainda quando em mora o devedor, sem que o mesmo tenha tido a oportunidade de apresentar sua defesa, o que constitui violação ao princípio do devido processo legal agasalhado na Constituição. 2. A concessão da liminar de busca e apreensão do veículo alienado, possui caráter satisfativo expressamente proibido pelo art. 1º, § 3º, da Lei n. 8.437/92, e pode acarretar a privação do financiado, do único meio de subsistência seu e de sua família”.

Extraímos do voto do relator, Juiz José Delgado, a seguinte lição:

“A CEF pretende, através do deferimento da liminar, a satisfação do débito haja vista que com a busca e apreensão do bem alienado, esgota-se o objeto da presente demanda antes mesmo do seu início, privando-se o agravado de um bem que pode constituir o único meio de sobrevivência seu e de sua família inclusive para buscar os recursos necessários ao financiamento de sua defesa e mesmo os meios para saldar as suas obrigações. Explicitando mais claramente: o indeferimento da liminar de busca e apreensão do bem, pouco ou nenhum prejuízo acarretará à agravante/CEF que em sendo vitoriosa na demanda terá a restituição do bem alienado fiduciariamente.

“O mesmo não se pode dizer do agravado caso tenha o seu veículo apreendido. O prejuízo que tal ato lhe trará será sem dúvida muito mais danoso pois antes mesmo de ser declarado vencedor ou vencido após o julgamento da ação que contra si foi proposta, terá sofrido, antecipadamente, a sua punição”.

Para completar, Marinoni, Luiz Guilherme, in “Efetividade do Processo e Tutela de Urgência”, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1994, pág. 16, deixa sua valiosa crítica sobre a lei de regência da alienação fiduciária:

“No procedimento da busca e apreensão, o réu, na contestação, só poderá ‘alegar o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais’ (art. 3º, § 2º, do Decreto-Lei n. 911/69). O procedimento ora objeto da nossa análise, além de permitir a apreensão liminar do bem

alienado fiduciariamente (art. 3º, caput), restringe a matéria de defesa; é óbvio que estas limitações da cognição, a primeira no sentido vertical e a segunda no horizontal, têm por fim único a construção de um procedimento que atenda aos interesses de uma determinada classe”.

Processual civil. Consignação das parcelas. Afastamento dos efeitos da mora. Abstenção do credor de enviar títulos a protesto. Admissibilidade.

Sub judice a quaestio, afastam-se os efeitos da mora, descabendo levar a aponte títulos decorrentes do contrato.

No Agravo de Instrumento n. 97.003673-6, de Joinville, publicado no DJE 28/11/97, desse mesmo relator, tira-se que:

“Lastreada a reintegração de posse no inadimplemento de arrendamento mercantil, cuja maior parte do débito, todavia, foi quitada, aconselhável é a manutenção do bem objeto do contrato em mãos do devedor, se essencial às suas atividades, das quais retira não só os subsídios necessários à manutenção sua e de sua família, como também aquele indispensável ao cumprimento integral da obrigação”.

Por outro lado, é de se dizer, juntamente com o Juiz Cezar Tasso Gomes, da 4ª Câmara Cível do TARGS, no Agravo de Instrumento n. 197008055 de 1997, apud Ajuris, que:

“(…) A mora, diga-se, somente estará bem configurada quando a responsabilidade de cada parte for definida, e isto irá ocorrer por ocasião do julgamento final, quando serão decli-

nados os critérios pelos quais o débito poderá, então, ser quantificado”.

“(…)”

“E por idêntica razão, isto é, por decorrer de uma situação ainda não perfeitamente configurada, a manutenção do bem na posse do devedor é medida que se impõe, não sendo prudente alterar a situação das partes até a solução final da lide”.

Outrossim, o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil é claro ao expressar que: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. E, ao contrário do que disserta a agravante, o princípio da igualdade vem sendo violado justamente ao privilegiar-se as instituições financeiras com artifícios processuais, tais como o Dec. n. 911/69; Dec. n. 70/66, dentre outros, que só lhe favorecem em detrimento do devido processo legal também garantido pela Constituição Federal.

Nesse diapasão, o TARGS no Agravo de instrumento n. 196061782, de 1996, relatado pelo Juiz Cezar Tasso Gomes, apud Ajuris, decidiu:

“Entendendo-se que os depósitos não têm efeito de liberar o devedor da obrigação, e que manifesta seriedade a conduta de quem sabe que deve, embora entenda dever menos, é correta a decisão que autoriza aqueles, mantendo o bem na posse da devedora”.

Mutatis mutandis, da lavra deste relator o AI n. 97.000934-8, de Videira:

“Arrendamento mercantil. Reintegração de posse. Automóvel. Bem indispensável às atividades comer-

ciais da devedora. Direito de ser mantida na posse até decisão definitiva. Mora elidida através de depósitos em ação de consignação em pagamento. Precedentes.

“Elidida a mora através de depósito das prestações vencidas e vencidas de contrato de arrendamento mercantil e sendo o bem arrendado imprescindível à continuidade das atividades desenvolvidas pela devedora, justo é que se a mantenha na posse dos mesmos até desate definitivo das lides, sob pena de causar-lhe prejuízos irreparáveis, os quais não se vislumbram possam afetar a agravada.

“Nessa hipótese, o representante legal da empresa arrendatária conserva o bem na qualidade de depositário, mediante assinatura de termo próprio nos autos, de modo que a medida preserve, mesmo que tempo-

riamente, os postos de emprego e a capacidade plena”.

### III — Decisão

Ante o exposto, dá-se provimento ao agravo e, em consequência, reforma-se a decisão agravada, a fim de que o bem apreendido retorne às mãos da agravante até desate final da lide.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Newton Trisotto.

Florianópolis, 21 de março de 2000.

*Francisco Oliveira Filho,*  
*Presidente;*  
*Carlos Prudêncio,*  
*Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.009466-9, DA CAPITAL

**Relator: Des. Trindade dos Santos**

*Alienação fiduciária em garantia. Busca e apreensão. Bem não localizado. Conversão em ação de depósito. Prisão civil. Indeferimento. Decisão mantida. Agravo desprovido.*

*A equiparação do fiduciante ao depositário, para os fins do art. 66 da Lei n. 4.728/65 e do Decreto-Lei n. 911/69, não é integral, tendo em vista apenas, e somente, uma plena garantia do fiduciário. A prisão daí decorrente, acaso admitida, é prisão em razão de dívida, a qual, à exceção daquelas decorrentes de alimentos e de infidelidade depositária em típico contrato de depósito, está banida do nosso ordenamento jurídico, por via do Texto Magno de 1988.*



*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.009466-9, da comarca da Capital (4ª Vara), em que é agravante Banco Volkswagen S/A, sendo agravado Nilton Sérgio da Silva:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas legais.

Banco Volkswagen S/A ingressou com agravo de instrumento, combatendo o despacho exarado nos autos da Ação de Busca e Apreensão n. 023.98.033130-0, por si movida contra Nilton Sérgio da Silva, que deixou de decretar a prisão civil do agravado, na qualidade de depositário infiel de bem alienado fiduciariamente.

Assevera o recorrente ser plenamente admissível a prisão civil em casos tais e independente de tratar-se de depósito típico ou atípico, consoante previsto no art. 5º, LXVII, da Constituição Federal.

Assim, pugnou pela concessão de efeito suspensivo ao recurso, com a reforma da decisão censurada quando do julgamento final.

Negado o efeito suspensivo postulado, o agravado não apresentou contraminuta.

É o relatório.

A insurgência recursalmente promovida pelo agravante não está a merecer acolhimento!

Pela decisão atacada, o MM. Decisor singular indeferiu o pedido de prisão civil formulado pelo agravante na ação de busca e apreensão convertida em depósito, por entender tra-

tar-se de depósito atípico e também por não ser mais admissível a prisão não alimentar com a promulgação do Decreto Legislativo n. 27, do Congresso Nacional.

Insurgindo-se, argumenta o agravante ser totalmente admitida pela jurisprudência pátria a possibilidade de prisão civil por dívida nos ajustes de alienação fiduciária, independentemente de tratar-se de depósito típico ou atípico.

Esta Corte, manifestando-se sobre o assunto, já disse:

“Em se tratando de alienação fiduciária, atípica é a equiparação do devedor ao depositário, posto que tais contratos têm por finalidade precípua o financiamento do bem e não a sua guarda. Nos contratos de alienação fiduciária, o fiduciante não é investido na posse de bem alheio e sim de bem que, ou já integrava o seu patrimônio, ou cuja aquisição lhe foi financiada. Nessa conjuntura, ressalta evidenciado que a prisão do denominado depositário por equiparação não pode ser traduzida, de modo algum, por prisão decorrente de infidelidade depositária, senão por prisão em razão do desfalque de uma garantia de pagamento do débito. Em síntese: uma mera prisão por dívida. E as prisões por dívida incidem em frontal vulneração ao art. 5º, inciso LXVII do vigente Texto Constitucional, que apenas as admite nas hipóteses de inadimplemento voluntário de débito alimentar” (HC n. 97.004242-6, Balneário Camboriú, do qual fomos relator).

A par disso, a prisão do financiador em contratos de financiamento com garantia de alienação fiduciária — e assim vem sendo predominante-

mente entendido — equivale a uma verdadeira prisão por dívida, o que é vedado constitucionalmente.

Isso muito embora a legislação pertinente à alienação fiduciária encerre previsão expressa a respeito, ao equiparar o devedor ao depositário.

Todavia:

“O devedor fiduciante não se equipara integralmente ao depositário da lei civil; tal equiparação (art. 66 da Lei n. 4.728/65) tem em mira apenas a plena garantia do devedor fiduciário” (RT 285/192).

Não se pode perder de vista, de outro lado, que:

“O juiz não é mais escravo da lei. Não se pode chumbar à sua letra, muitas vezes escritas há anos, há séculos passados, quando outras eram as condições de existência social, que ela visou disciplinar. Servirá à lei aplicando-se, humanamente, tendo em vista as realidades sociais, as exigências da equidade e da moral coletiva, livre de exageros da dialética e do emaranhado de fórmulas escritas. Como disse o eminente Juiz: O Magistrado não pode ficar impassível na majestade do cargo, como se ele também não tivesse, dentro das finalidades de sua missão social e política, o dever imperioso de não relegar para segundo plano, com lamentável indiferença, ambiente e situações imprevisas, que, por vezes, reclamam diverso tratamento, na ânsia de melhor e mais perfeita justiça” (RT 113/779).

E o nosso Texto Magno é incisivo ao dispor, em seu art. 5º, inciso LXVII:

“Não haverá prisão civil por dívida (...)”.

Faz ver Eduardo Fabrício que:

“Os sistemas jurídicos modernos baniram, por odioso, o instituto da prisão por dívidas, fazendo aplicação do princípio segundo o qual responde por estas o patrimônio, não a pessoa do devedor” (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, vol. III, tomo III, pág. 197).

Proclamou, acerca da temática, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em brilhante acórdão da lavra do eminente Des. Cristiano Graef:

“A liberdade é o maior bem da vida, que por isso mesmo sobrepairá ao interesse pecuniário de qualquer credor. Só em último caso deve-se prender o cidadão comum, que confia sua própria liberdade ao credor, fortalecido pela lei para explorar atividade econômica considerada útil para o desenvolvimento do País” (RJTJRS 77/143).

De mister é asseverar-se que a prisão civil, nos contratos garantidos por alienação fiduciária, é decorrente de um artifício legalmente engendrado e originado da prepotência do poder econômico imperante no capitalismo.

Na hipótese, o devedor não é depositário de bens alheios, posto que os bens são do próprio financiado, apenas sendo dados em garantia para o solucionamento do débito contraído.

Depositário infiel, para os efeitos de sujeição à pena de prisão civil, é, portanto, aquele enquadrado nos parâmetros do art. 1.287 do Código Civil, em face das condições características do contrato de depósito, às quais não podem ser igualadas, sequer por ficção legal, à do alienante fiduciário, de forma a autorizar a decretação da prisão civil do devedor.

A alienação fiduciária, inequivocamente, é dívida no sentido estrito, não uma entrega, em depósito, de bem alheio, pelo que a prisão civil, ainda que autorizada por lei especial, resulta em inequívoca ilegalidade, antagonizando-se com todos os princípios que informam as normas gerais de direito acerca do contrato de depósito.

Como já acentuou o egrégio Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, os contratos de alienação fiduciária:

“Não tendo por finalidade a guarda, mas a garantia, não há depositário infiel, nem depositário infiel a justificar a prisão civil, que resulta em flagrante ilegalidade. A equiparação do fiduciante ao depositário deve ser banida do direito. Habeas corpus concedido” (HC n. 546.443-1—SP, rel. Juiz Aloísio de Toledo César).

Também, no mesmo diapasão, já assinalou o colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Ilegal é o decreto de prisão civil expedido contra o devedor fiduciante, porque este não pode ser considerado depositário infiel” (HC n. 3.227-6/DF, DJU de 11/9/95, rel. Min. Anselmo Santiago).

“Processual Penal. Habeas corpus. Prisão civil. Depositário infiel. Alienação fiduciária em garantia. A Lei de Mercado de Capitais, alterada pelo Decreto-Lei n. 911/69, equiparou o devedor fiduciante ao depositário infiel tradicional (CC, art. 1.265) só para ensejar a cobrança de dívida mediante ameaça de prisão. Violação do inciso LXVII do art. 5º da Constituição que alterou cláusula constitucional anterior (art. 153, § 17), e do art. 11 do Pacto

Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 226/91. Ordem concedida” (HC n. 3.294-2—SP, rel. Min. Adhemar Maciel).

“Prisão civil. Sua impossibilidade nos casos de depósitos atípicos, instituídos por equiparação para reforço às garantias em favor dos credores. Prevalência da norma constitucional, tutelar de direito maior à liberdade, e imune a leis ordinárias ampliativas do conceito de depositário infiel” (REsp. n. 3.413—RS, DJU de 9/9/91, rel. Min. Athos Gusmão Carneiro).

“Não há como se admitir a ameaça de prisão decorrente do texto legal pela eventual inexistência do bem depositado, sabido que a privação da liberdade por causa tal se contrapõe ao princípio constitucional de impossibilidade de prisão por dívida” (REsp. n. 3.909—RS, DJU de 29/10/90, pág. 12.145, rel. Min. Waldemar Zveiter).

Igualmente:

“Segundo a ordem jurídica estabelecida pela Carta Magna de 1988, somente é admissível prisão civil por dívida nas hipóteses de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e de depositário infiel (CF, art. 5º, LXVII). O devedor fiduciante que descumpra a obrigação pactuada e não entrega a coisa ao credor fiduciário não se equipara ao depositário infiel, passível de prisão civil, pois o contrato de depósito, disciplinado nos arts. 1.265 a 1.287 do Código Civil, não se equipara, em absoluto, ao contrato de alienação fiduciária. A regra do art. 1º do DL n. 911/69, que equipara a alienação fiduciária em garantia ao contrato de depósito, perdeu a sua vitalidade jurídica

em face da nova ordem constitucional” (Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 4.543—SP, DJU de 5/6/95, pag. 16.689, rel. Min. Vicente Leal).

Em face da impressionante lição que contém, empreste-se realce, ainda, ao acórdão prolatado no Habeas Corpus n. 3.545, do Distrito Federal, da lavra do insigne Min. Ademar Ferreira Maciel, assim ementado:

“Constitucional. Habeas corpus. Prisão civil. Alienação fiduciária em garantia. Interpretação do art. 66 da Lei n. 4.728/65, alterado pelo Decreto-Lei n. 911/69, em face do novo ordenamento constitucional. Ordem concedida.

“I — O paciente foi condenado em ação de busca e apreensão, convertida em ação de depósito, a restituir bem (veículo) objeto de contrato de alienação fiduciária em garantia. Foi decretada a prisão civil do paciente.

“II — A Constituição Federal prevê a prisão civil por dívida em apenas dois casos: inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e depositário infiel (art. 5º, LXVII). No parágrafo 2º desse mesmo art. 5º, está dito que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Em 1991, foi incorporado em nosso ordenamento constitucional, pelo Decreto Legislativo n. 226, de 12/12/91, textos do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, que em seu art. 11 veda taxativamente a prisão civil por descumprimento de obrigação contratual. Por

outro lado, no caso específico da alienação fiduciária em garantia, não se tem um contrato de depósito genuíno. O devedor fiduciante não está na situação jurídica de depositário. O credor fiduciário não tem o direito de exigir dele a entrega do bem. Nem mesmo de proprietário deve ser rotulado, pois nem sequer pode ficar com a coisa, mas apenas com o produto de sua venda, deduzido o montante já pago pelo devedor.

“III — Ordem concedida” (DJU de 18/12/95, pag. 44.620).

Destaque-se, a propósito, ainda os seguintes julgados:

“Embora se comungasse, anteriormente, do entendimento de que possível seria a prisão do depositário no âmbito da alienação fiduciária, hoje já não se acolhe tal orientação, apesar de se reconhecer que a matéria não está pacificada na jurisprudência. Na realidade, se está à face de prisão por dívida vedada constitucionalmente (art. 5º, LXVII). Dito contrato não tem por finalidade a guarda, mas a garantia, não há depósito nem depositário infiel a justificar a prisão. O fiduciante não está guardando coisa alheia, os bens são do próprio devedor, dados em garantia” (RT 719/146).

“A prisão civil, na visão constitucional, tem por objeto um contrato real, o de depósito, não avença pessoal que decorre do contrato de alienação fiduciária, como instituto destinado a oferecer maior segurança às operações de crédito no mercado de títulos e valores.

“Pode-se entregar legitimação ao credor fiduciário para a ação de depósito, para o alcance da garantia (art. 902, I, do CPC) e para o procedimento

executório (art. 906 do CPC), em face do poder legiferante ordinário. Não tem, contudo, o credor de dívida civil, decorrente de empréstimo fiduciário, legitimação para pedir a prisão do devedor insolvente (art. 902, § 1º, do CPC), em face da limitação constitucional da coerção física (art. 5º, LXVII, da CF)" (RT 721/139).

"Somente cabe prisão civil nos casos previstos no art. 5º, inc. LXVII, da CF, sendo que, no caso de prisão de depositário infiel, deve ser esta em virtude de contrato típico de depósito e não em decorrência de conversão de pedido de busca e apreensão" (RT 738/424).

Manifestando-se a respeito, o ilustrado Couto e Silva averba:

"(...) é claro que para caracterizar o depósito, é preciso que o negócio jurídico tenha por finalidade a guarda. Se a finalidade for de garantia, não se tratará de depósito" (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, vol. IX, tomo I, pág. 58).

Da mesma forma, já fixou este Tribunal:

"A alienação fiduciária, à guisa de proteger o mercado de capitais, sacrifica o princípio segundo o qual apenas o patrimônio do devedor deve responder por suas dívidas, elevando o interesse econômico acima do da liberdade" (HC n. 12.755, de Tubarão, rel. Des. Amaral e Silva).

No mesmo sentido, dissemos, ao ementarmos o acórdão prolatado

na Apelação Cível n. 96.012518-3, da comarca de Lages:

"Nos pactos de alienação fiduciária em garantia, o negócio jurídico tem por finalidade o financiamento de determinado bem, e não a guarda desse bem. Atípica é a equiparação feita por lei do devedor a depositário, uma vez que depósito na verdade inexistente, porquanto o financiado não é investido na guarda de bens alheios, e sim de bens próprios cuja aquisição lhe foi financiada. Assim, a prisão do depositário por equiparação não pode ser considerada, de forma alguma, prisão por infidelidade depositária, senão prisão por dívida, em clara infringência ao art. 5º, inciso LXVII, da Lei Maior, que abomina, expressamente, a privação da liberdade de alguém por dívidas, a não ser aquelas decorrentes de alimentos".

À luz das razões assim expostas é que se nega provimento ao agravo.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues, dele participando, igualmente com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer.

Florianópolis, 9 de setembro de 1999.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Trindade dos Santos,*  
*Relator.*

**AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.010388-9, DE BLUMENAU****Relator: Des. Trindade dos Santos**

*Ação de cobrança. Exceção de incompetência. Suspensão automática do processo (art. 265, III, CPC). Decisão exarada no curso da suspensão. Ausência de prejuízo. Nulidade inócurrenente. Documento apresentado em língua estrangeira. Não essencialidade deste. Desnecessidade de tradução. Custas e honorários. Caução. Art. 835, CPC. Imperiosidade. Tratado de Las Leñas. Irrelevância no caso. Agravo parcialmente provido.*

— *A mera interposição de exceção de incompetência é causa, por si só e sem a necessidade de qualquer pronunciamento judicial, da suspensão do processo principal, por força do disposto no art. 265, III, do CPC.*

— *No curso da exceção de incompetência, suspensa automaticamente a tramitação do processo principal, é defeso ao Magistrado praticar qualquer ato, à exceção dos casos em lei previstos, sendo de nenhuma eficácia aqueles que implicarem em prejuízo às partes; todavia, praticado o ato e ausente esse prejuízo, são eles válidos, somente passando a surtir efeito, entretanto, após escoado o lapso suspensivo.*

— *Se os documentos enxertados nos autos e produzidos em língua estrangeira não têm finalidade probante, não se prestando, pois, para a demonstração de alegações e fatos sobre os quais controvertem as partes, desnecessária, por sem qualquer cunho de praticidade, é a exigência da versão deles para o vernáculo.*

— *Tratando-se de empresa sediada no exterior e não provando-se ser ela proprietária de imóvel no País, ou de aqui ter escritório, filial ou sucursal, a prestação de caução às custas e honorários advocatícios é imposição inarredável, ex vi da norma inserida no art. 835 do CPC. Não integrando o Chile, pelo menos de forma oficial, o Mercosul, não estão seus cidadãos e empresas nele sediados amparados, ao litigarem no País, pelas benesses do Tratado de Las Leñas, recepcionado no nosso ordenamento jurídico pelo Decreto Legislativo n. 55/95.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.010388-9, da comarca de Blumenau (3ª Vara), em que são agravantes Manuel Y Juan Aburto Rosas Ltda. e Juan Guillermo Aburto Rosas, sendo agravada Artex S/A:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento parcial à insurgência.

Custas na forma da lei.

Manuel Y Juan Aburto Rosas Ltda. e Juan Guillermo Aburto Rosas interpuseram agravo de instrumento contra a decisão que, suspendendo a ação de cobrança contra eles proposta por Artex S/A, determinou que os agravantes providenciassem para que, no prazo de 30 (trinta) dias, os documentos juntados aos autos e redigidos em língua estrangeira fossem acompanhados de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado, determinando, ainda, que a primeira agravante prestasse caução suficiente às custas e honorários de advogado, ou que, para livrar-se de tal ônus, demonstrasse possuir bens imóveis que assegurassem o pagamento.

Aduzem os agravantes, primeiramente, que o despacho questionado é nulo, em virtude de ter sido proferido durante a suspensão do processo.

Enfatizaram, de outro lado, não ser necessária a juntada da tradução determinada, por tratar-se de linguagem de fácil compreensão e, além do mais, que tais documentos não constituem prova escrita para demonstração de fatos controvertidos na lide, sequer dificultando a defesa da agra-

vada, pois esta já atua há vários anos no mercado internacional.

No que tange à caução às custas, sustentaram tratar-se de exigência descabida, haja vista estar a empresa agravante sediada em Estado-parte do Mercosul, com a isenção dessa exigência sendo-lhe assegurada pelo Tratado de Las Leñas.

Pugnou pela concessão do efeito ativo, julgando-se nulo o despacho agravado e determinando a suspensão do feito enquanto tramitar a exceção de incompetência, bem como para, ao final, determinar o prosseguimento da ação sem a necessidade da prestação de caução e da juntada da tradução dos documentos apresentados.

Foi deferido o pleiteado efeito suspensivo.

Em sua resposta, a agravada pugnou pela manutenção da decisão guerreada, aduzindo que o Chile não é signatário de tratados de cooperação jurisdicional com o Brasil.

Nas informações que prestou, o MM. Magistrado a quo manteve a decisão atacada reportando-se aos motivos que a fundamentaram.

É o relatório.

Apenas em parte há que se dar provimento à insurgência recursalmente manifestada pelos agravantes.

Objetivam estes, resta ver, obter, primeiramente, a decretação da nulidade da decisão que, nos autos da ação de cobrança contra eles proposta pela agravada Artex S/A, determinou a prática de atos processuais, enquanto o curso da ação se encontrava suspenso, em face da exceção de incompetência promovida.



Cumprе ressaltar, de início, que, em que pese haver a decisão objugada determinado a suspensão do curso processual, dando a nítida impressão de que a suspensão somente passara a fluir da prolação da mesma decisão, essa suspensão já havia se operado de pleno direito com o recebimento da exceção, conforme o mandamento constante do art. 306 do Código de Processo Civil.

Ensina Nelson Nery Júnior:

“A simples oposição da exceção é causa de suspensão do processo (CPC 265, III). Basta, portanto, que seja protocolizada ou despachada pelo juiz para que se considere suspenso o processo. Não há necessidade de decisão expressa do juiz recebendo a exceção para que o processo seja suspenso” (Código de Processo Civil Comentado, Editora RT, 3ª ed., pág. 587).

Estando suspenso o feito, nenhum ato poderia ser praticado durante o período suspensivo, salvo se houvesse perigo de dano irreparável para uma das partes, consoante explícita o art. 266 do Código de Processo Civil.

Todavia, em que pese isso, os atos praticados ou determinados neste interregno não passam a ostentar a eiva de nulidade; porém, os seus efeitos somente incidem após a ultrapassagem do período de suspensão, com a normalização do curso do processo.

Tecendo seus comentários acerca do refalado art. 266 assinala Theotônio Negrão que, durante a suspensão processual, é defeso praticar qualquer ato:

“(..) desde que haja prejuízo; do contrário valem os atos como se tivessem sido praticados no primeiro

dia útil após a suspensão” (Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil em vigor, 27ª ed., 1996, pág. 236).

Destarte, ao contrário do apreço pelos agravantes, a interlocutória atacada não é nula; contudo, seus efeitos só se verificarão após a retomada do rumo processual, ou seja, após decidida a antes mencionada exceção de incompetência.

No que tange à determinação da juntada da tradução para o idioma português dos documentos trazidos aos autos em língua estrangeira, necessário é tecer-se algumas considerações.

Reza o art. 157 do Estatuto Procedimental Civil que só poderá ser juntado aos autos documento redigido em língua estrangeira, quando acompanhado da respectiva versão para o vernáculo.

Tal mandamento processual tende a preservar a certeza jurídica, para que o entendimento do processo seja fácil e, mormente, para que a parte ex adversa não seja prejudicada pela não exata compreensão do que pretende a parte que introduz nos autos o documento.

Não é, entretanto, o que ocorre no caso em pauta.

Os documentos em língua espanhola, que os agravantes juntaram aos autos da ação de cobrança, constituem-se em meras cópias do Contrato Social da primeira agravante e de suas posteriores alterações, tratando-se, pois, de documentos sem qualquer relevância para o deslinde do feito.

Ora, não é razoável a exigência da versão de referidos documentos

para a língua pátria, apenas para dar cumprimento a uma formalidade legal, quando esta, no caso específico, afigura-se despidianda e sem qualquer interesse para a causa.

Ademais, com a criação do Mercosul — Mercado Comum do Sul e sua posterior ascensão, deve o Poder Judiciário acompanhar o desenvolvimento, integrando-se ao contexto formado, abdicando de exigências que não mais se justificam e passando a conviver naturalmente com o aparecimento de grande número de demandas oriundas da nova realidade comercial.

Este Sodalício, a propósito, já externou o entendimento de que:

"In casu, os documentos são redigidos em espanhol, portanto de fácil compreensão, ainda mais agora que o Mercosul une os países limítrofes com os estados sulinos, sendo esta língua ouvida e entendida praticamente por todos" (AI n. 7.726, de Biguaçu, rel. Des. Eder Graf).

Certo faz-se que deve ser, sempre que cabível, preservado o princípio da legalidade, bem como deve-se, invariavelmente, atentar para a segurança jurídica; mas, para tanto, a exigência legal há que ser, quando menos, razoável.

No presente caso razoabilidade não há, pois a exigência da juntada da tradução dos documentos em vernáculo, a par de tornar-se dispendiosa para os agravantes, não traduziria qualquer efeito prático com relação à lide, porquanto, como já salientado, os documentos determinados de versão não se prestam a fazer qualquer prova eficaz no que pertine ao questio-

namento em si, sendo eles, demais disso, de fácil compreensão.

Neste diapasão já se disse:

"Prova — Documento — Redação em espanhol — Desnecessidade do acompanhamento de versão em vernáculo — Artigo 157 do CPC — Hipótese em que os documentos são de fácil compreensão — Recurso desprovido" (1º TACivSP Ap. 394.559-7, 3ª Câmara, rel. Juiz André Mesquita, j. 29/8/98, JTA-112/176).

Ainda:

"Em verdade, não se cuidando, na essência, de documentos, com o seu fim precípua de constituir meio de prova ou demonstração de alegações e fatos controvertidos na lide, desnecessária, mesmo, a pretendida tradução para o vernáculo. Com essa providência, aliás, o assistente litisconsorcial evitou o cansativo trabalho de reproduzir, nas suas contrarrazões, as lições doutrinárias do clássico autor francês, prática tão comum nos costumes forenses, até obviando a necessidade de posterior conferência com o original" (1º TACivSP, RT 117/163).

Ressalte-se, todavia: não se está admitindo, com isso, o uso do idioma espanhol sem qualquer restrição nas demandas judiciais, o que não teria qualquer cabimento, uma vez que, muito embora tal idioma tenha muitas semelhanças com o pátrio, palavras existem com grafia e pronúncia parecida, porém com sentidos dissonantes, o que se conhece por "falsas cognatas", que, aceitas indistintamente, viriam resultar em grandes desacertos e incertezas.

Dessa forma, a decisão vergastada merece reforma no item em referência.

No que toca à necessidade de caução para que aquele que resida no estrangeiro possa litigar no nosso País, vem a tratar-se de norma cogente consubstanciada no art. 835 da Lei Adjetiva Civil.

Dispõe referido preceito, in verbis:

“O autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou dele se ausentar na pendência da demanda, prestará, nas ações que intentar, caução suficiente às custas e honorários de advogado da parte contrária, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento”.

E os recorrentes, saliente-se, são residentes e domiciliados no Chile.

Alegam os agravantes que, com o advento do Tratado de Las Leñas, foi criado benefício processual para os países membros do Mercosul, incluída aí a desnecessidade de prestação de caução para litigar em qualquer país-membro do mercado comum.

Razão, no entanto, não lhes assiste neste tópico.

Efetivamente, houve, no âmbito do Tratado de Assunção, a formalização do Tratado de Las Leñas, dispondo sobre “Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa”, concluído tal tratado pelos governos da Argentina, do Brasil, do Paraguai e do Uruguai.

Referido tratado, que foi introduzido no Ordenamento Jurídico Nacional pelo Decreto Legislativo n. 55, de 19 de abril de 1995, conferiu a dis-

pensa de qualquer caução ou depósito para cidadãos residentes nos países-parte nas ações intentadas em qualquer dos países signatários.

Desse Tratado não participou o vizinho país do Chile, entretanto.

Em que pesem os inúmeros pactos internacionais estabelecidos com o Chile, como por exemplo o “Protocolo Adicional ao Acordo de Complementação Econômica n. 35”, firmado entre os Governos dos Estados-parte do Mercosul e o Governo da República do Chile em 11 de setembro de 1997, estes têm cunho eminentemente comercial.

Portanto, as vantagens do chamado “Tratado de Las Leñas” não foram estendidas aos cidadãos chilenos, vez que o Chile não se encontra incluído no texto legal respectivo (art. 4º do Decreto Legislativo n. 55/95), e, ao menos por ora, não é tal país membro efetivo do Mercosul.

E a caução contra a qual infletem os agravantes convola-se, antes de mais nada, em exigência razoável, a fim de evitar que aquele que litiga contra pessoa domiciliada no estrangeiro possa precaver-se quanto aos dispêndios oriundos da demanda.

Colhe-se da jurisprudência deste Pretório:

“Caracterizados os pressupostos do art. 835 do Código de Processo Civil, a caução é inarredável, em virtude da sede da empresa estar localizada no exterior e não ser proprietária de imóvel no País, exceção do sub iudice, a par da falta de escritório, filial ou sucursal no território brasileiro” (Al n. 97.008742-0, de Balneário Camboriú, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

Neste item, improsperável é a crítica recursal dos agravantes.

Assim, em face do exposto, empresta-se provimento parcial ao agravo de instrumento em tela.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 23 de setembro de 1999.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente com voto;*  
*Trindade dos Santos,*  
*Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.017291-8, DE SÃO JOSÉ

**Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra**

*Agravo de instrumento — Constituto possessório (Código Civil, artigo 494, IV) — Reintegração de posse ajuizada pelo promissário comprador — Recusa, pelo vendedor, em entregar o imóvel — Descumprimento da avença e reserva de usufruto — Matérias alheias ao procedimento do artigo 926 e seguintes do Código de Processo Civil — Providência deferida pelo Magistrado sob o rótulo de antecipação de tutela (art. 273) — Manutenção, nesse particular — Transformação da lide possessória em petição — Inviabilidade — Decisão parcialmente reformada.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.017291-8, da comarca de São José (2ª Vara Cível e Registros Públicos), em que é agravante Geraldo Luiz Carvalho Rodrigues, sendo agravado Osvaldo Peifer:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, prover parcialmente o recurso.

Custas na forma da lei.

### I — Relatório

Agravo de instrumento interposto por Geraldo Luiz Carvalho Rodrigues contra decisão proferida pelo Juiz de

Direito da 2ª Vara Cível da comarca de São José que, a título de antecipação de tutela nos autos da Reintegração de Posse n. 064.98004777.7, imitiu o autor Osvaldo Peifer na posse do imóvel objeto do pedido.

Asseverou que a providência deferida pelo Togado não foi requerida pela parte, bem como inexistiam provas do manifesto propósito protelatório e do receio de dano irreparável ou de difícil reparação (fls. 8).

Disse também que o compromisso de compra e venda firmado entre as partes diz respeito ao imóvel do qual é usufrutuário, e seu filho nu-proprietário, e que a cláusula relativa à entrega ao promitente comprador dei-

xou de ser cumprida porque Geraldo Luiz Rodrigues não poderia transferir uma posse que não tinha.

Mais adiante, discorreu acerca da tramitação do feito e das disposições da avença, acrescentando que o Juiz transformou a ação de reintegração de posse em reivindicatória com base na tese (sustentada pelo agravado) da tradição ficta, deferindo uma providência que não foi postulada, qual seja, a antecipação da tutela.

Aduziu que a disposição constituti não se aplica à hipótese porque a cláusula 6 é expressa em dizer que o imóvel será entregue ao comprador, e como ele não tem a posse indireta nem teve a posse direta, só poderia fazer valer seus direitos por meio da ação reivindicatória, com base no domínio.

Requeru a reforma da decisão ao argumento de que não há dano irreparável ou de difícil reparação a ser evitado e, muito menos, abuso do direito de defesa, inexistindo, nos autos, qualquer pedido de antecipação de tutela, já que a lide versa sobre direito possessório.

Pugnou o seu retorno à posse do imóvel, juntando procuração e os documentos de fls. 12/120, bem como a prova do preparo.

A carga de suspensividade foi indeferida pelo despacho de fls. 123/124.

Na resposta, o agravado registrou que na mesma oportunidade havia intermediado a venda para Gilberto de Freitas Barbosa, e mais tarde veio a saber tratar-se de pessoa conhecida dos agravantes e de má reputação. Discorreu sobre o negócio realizado com este e com os agravantes

e ainda acerca da extinção do usufruto instituído sobre o imóvel em favor de um deles.

Pediu, a final, o desprovemento do reclamo, mantendo-se a decisão objurgada.

É o relatório.

## II — Voto

O agravante, seu filho e o agravado firmaram o compromisso de compra e venda do imóvel descrito no contrato de fls. 22/24, que foi registrado à margem da respectiva matrícula (fls. 24v./25).

Dentre as cláusulas, estabeleceram: o consentimento do usufrutuário, preço, condições de pagamento e o prazo de entrega, que seria de "sessenta (60) dias contados da assinatura deste compromisso" (fls. 23). A avença foi firmada em 20/2/98 e consta que no interregno até a propositura da ação o agravado, ora adquirente, estaria fazendo reformas, quando em 10/8/98 ficou impossibilitado de dar continuidade porque um dos vendedores o ameaçou, impedindo-lhe o acesso ao imóvel.

Em razão dos fatos, o agravado ajuizou a possessória (fls. 12/27), registrando que o agravante e seu filho, mesmo depois de vencido o prazo do contrato, lá permaneceram por mero consentimento, sendo precária a sua posse.

Pelo despacho de fls. 30 o Magistrado ordenou a emenda da inicial, proferindo, a seguir, o despacho de fls. 63, que determinou a oitiva dos réus antes da análise da liminar. Às fls. 113/114 sobreveio a decisão objurgada onde, em síntese, o prolator

recebeu o feito como imissão e não reintegração de posse, concedendo, em face disso, a antecipação da tutela em favor do agravado, com fulcro no artigo 273, inciso II, do Código de Processo Civil.

Dá a insurgência.

Enquanto o agravante defende a sua permanência no imóvel porque detentor dos direitos inerentes ao usufruto, e ainda porque a cláusula que o instituiu não foi revogada expressamente, permanecendo o gravame mesmo depois de alienado, o comprador, ora agravado, registra fatos ligados à índole do agravante e do filho, relativamente ao negócio e à terceira pessoa, também interessada na aquisição do imóvel e supostamente conhecida deles.

Tais perquirições, não se olvida, constituem o âmago do pedido e não podem aqui ser aventadas, mesmo porque o Magistrado a esse respeito não se pronunciou. A questão é saber se o que decidiu está correto, vez que, além de receber o feito como imissão de posse, deferiu a providência requerida pelo agravado como se fosse antecipação de tutela — atento ao princípio da fungibilidade.

De acordo com o artigo 494, IV, do Código Civil, a posse pode ser adquirida pelo constituto possessório, e o contrato, o qual previa, expressamente, que “a entrega do referido imóvel pelo promitente vendedor ao promitente comprador será em sessenta (60) dias contados da assinatura deste compromisso”, foi levado a registro no dia 26/2/98 (fls. 24v.) e, até 16/10/98 o agravante e seu filho não haviam procedido à desocupação,

que então foi levada a efeito com a medida judicial noticiada às fls. 116v.

Já o Boletim de Ocorrência (fls. 27) informa que havia animosidade entre as partes e que o próprio agravante impediu, sob ameaça, a entrada do agravado no imóvel.

Esses elementos representam, sem dúvida, as bases que o adquirente necessitava para o manejo da possessória, pois:

“O constituto possessório é um dos meios de aquisição da posse (art. 494, IV, CC), e o alienante a conserva como mero detentor, em nome do adquirente, possuidor indireto. Extinta, assim, a posse plena do tradens, fica este reduzido à simples situação de possuidor direto do objeto da tradição.

“É plenamente lícito ao adquirente, possuidor indireto em decorrência da cláusula constituti, buscar sua proteção possessória por meio dos interditos, cumulando o pedido (art. 921, I, CPC) com perdas e danos” (Ap. Cív. n. 29.513, apud Ap. Cív. n. 51.417, de Gaspar, rel. Des. Eder Graf).

E ainda:

“Reintegração de posse — Pressupostos caracterizados — Sentença mantida — Apelo improvido.

“Decorrendo a posse daquela anteriormente exercida pelo vendedor, pode o novo proprietário manejar ação reintegratória. Demonstrando elementos adequados à posse do autor, o esbulho praticado pelo réu, a data em que ocorreu e a perda da posse, a reintegração é inarredável” (Ap. Cív. n. 40.995, de Piçarras, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

Outrossim, “para que se verifique a posse jurídica não é preciso que

o possuidor resida no imóvel, nele permaneça, edifique ou faça plantações; basta que tenha a possibilidade de dispor da coisa, porque a posse pode ser exercida independentemente da ocupação física..." (Ap. Cív. n. 29.892, de São José, rel. Des. Anselmo Cerello).

No caso, o próprio contrato, devidamente registrado na matrícula, não deixa de servir como fator de presunção relativa da posse do agravado, ainda que seja correto dizer que em juízo possessório não se questione matéria afeta ao domínio (a respeito, o AI n. 6.225, de Blumenau, rel. Des. Eder Graf).

Por outro lado, é verdade que em sede de provimento liminar, como no presente caso, era inafastável a comprovação, mesmo que perfunctória, dos requisitos mínimos à concessão da medida.

E quanto a esta, a prova carreada conduzia à certeza (pelo menos aparente) do direito do agravado, não obstante tenha o Magistrado se utilizado de fundamentos equivocados no momento em que recebeu a lide como imissão de posse, deferindo ao agravado a tutela antecipada, ao argumento de estar, com isso, aplicando o princípio da fungibilidade, típico do procedimento possessório.

Tendo em vista que "em possessória só se cassa liminar em caso de falta de fundamentação do respectivo despacho ou quando ilididos os motivos que justificaram a medida" (AI n. 6.951, de Criciúma, rel. Des. Amaral e Silva), e não sendo possível concluir que o ponto nevrálgico da liminar divergisse do entendimento utilizado

para a concessão da tutela antecipada, cujo mecanismo, igualmente assecuratório, é tendente a preservar o bem em disputa até que se decida a sua titularidade, mantém-se, nesse particular, a decisão.

Como o pedido se circunscreve-se a questão de índole possessória (fls. 9), o agravado, ao aditá-lo, ratificou a postulação inicial (fls. 32/33), e tendo sido os réus regularmente citados (fls. 65), deve a ação prosseguir de acordo com os fundamentos que a embasaram (fls. 14/18), pois ainda que se admita, no procedimento especial, a tutela prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil (in RT 740/329), deve-se ter em conta que a possessória era de força nova e comportava a prestação jurisdicional específica do artigo 926 e seguintes do CPC, independentemente de quem, no mérito, esteja com a razão.

### III — Decisão

Ante o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso, a fim de que o Magistrado imprima ao feito o procedimento previsto no artigo 926 e seguintes do Código de Processo Civil, mantendo-se a situação fática em que se encontram as partes.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino.

Florianópolis, 23 de novembro de 1999.

*Eder Graf,*  
*Presidente com voto;*  
*Cláudio Barreto Dutra,*  
*Relator.*



**AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.014739-8, DE BARRA VELHA****Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra**

*Agravo de instrumento. Cautelar inominada. Afastamento liminar do chefe do executivo municipal e do secretário de administração e finanças. Irregularidades em processos licitatórios. Verificação de fatos na fase indiciária, seguida de apreensão judicial da prova da materialidade. Circunstâncias autorizadoras da providência liminar. Exegese do artigo 798 do Código de Processo Civil, aliado ao cunho provisório da medida. Manutenção do despacho. Recurso desprovido.*

*“As ações cautelares não operam no plano da satisfatividade, senão no da provisoriedade, com o objetivo precípuo de assegurar o resultado útil da demanda principal, preservando a futura execução dos efeitos invariavelmente nefastos da demora na entrega da tutela jurisdicional...” (AI n. 99.005018-1, de Lages).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.014739-8, da comarca de Barra Velha, em que são agravantes Orlando Nogaroli e João Carlos d'Ávila Bittencourt, sendo agravado o representante do Ministério Público:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao agravo.

Custas na forma da lei.

**I — Relatório**

Agravo de instrumento interposto por Orlando Nogaroli e João Carlos d'Ávila Bittencourt, respectivamente Prefeito Municipal de Barra Velha e Secretário de Administração e Finanças do mesmo município, contra despacho proferido pelo Juiz de Direito que, nos autos da Ação Cautelar Inominada com pedido de afastamento aforada pelo Ministério Público, de-

feriu a liminar para que pudesse ser preservada a instrução processual, mantendo hígida a prova testemunhal e documental.

Apontam a ilegalidade e a precipitação do despacho agravado, bem como as conseqüências de ordem pessoal, moral e administrativa, já que os indícios não são mais do que documentos próprios da administração pública, inclusive fornecidos espontaneamente mediante requisição da Promotora de Justiça.

No extenso arrazoado de fls. 4/17, colacionaram entendimento doutrinário e jurisprudencial, sempre em defesa da reforma do despacho, requerendo, por fim, suspensão liminar de seus efeitos.

Com a inicial vieram as peças de fls. 18/47 e a prova do preparo, sendo indeferida a carga de suspensividade ao reclamo conforme despacho de fls. 50/52.

Não se conformando, os agravantes interpuuseram o recurso previsto no artigo 195 do Regimento Interno (fls. 59/62), que foi seguido da postulação de fls. 69/70, acompanhada de farta documentação.

O Ministério Público, na contraminuta, defendeu, em síntese, a manutenção do interlocutório em face da evidente malversação das verbas públicas pelos agravantes. Juntou os documentos de fls. 427/821.

O pedido de reconsideração foi indeferido pelo despacho de fls. 822 e às fls. 826/829 consta o acórdão que não conheceu do agravo regimental.

Em sua manifestação, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou no sentido do desprovimento do reclamo.

É o relatório.

## II — Voto

Como se sabe, o artigo 798 do Código de Processo Civil autoriza que o juiz determine “as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”, e o Togado de Primeiro Grau, atento à qualidade da prova colacionada, ligada basicamente a irregularidades praticadas na gestão do Prefeito e do Secretário de Administração e Finanças do Município, determinou que eles fossem afastados dos cargos — providência esta cumprida em 21/8/99 (fls. 41).

Os agravantes negam a participação nos processos licitatórios, e alegam que os seus comportamentos, diante das informações solicitadas pela Representante Ministerial, consti-

tuem indícios de que a liminar foi por demais severa.

Vê-se que a motivação do despacho teve por sustentáculo os elementos presentes na farta prova documental, deixando claro que tanto o Prefeito quanto o Secretário de Finanças estavam atrelados ao procedimento licitatório pela própria posição funcional que ocupavam, já que o segundo, na condição de presidente da comissão de licitação, era responsável (inclusive criminalmente) por todos os atos praticados para a consecução do processo, nos termos do artigo 51 da Lei n. 8.666/93. O primeiro, por sua vez, era autoridade incumbida de homologar e adjudicar a licitação e, de acordo com o artigo 49 da aludida norma, anulá-la/revogá-la caso se depa- rrasse com a eiva da ilegalidade ou inconveniência.

Não foi, todavia, o que ocorreu, visto que as irregularidades apontadas nas alíneas a a j do despacho de fls. 33/34 (às quais se reporta para não ser repetitivo) levam a crer que um e outro, mesmo não tendo participação direta na tramitação dos processos, foram, no mínimo, coniventes, pela óbvia razão de ser comum a delegação de funções para tal desiderato.

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça dá a dimensão exata da sua ligação nos procedimentos que, aliados aos indícios presentes na declaração do ex-funcionário (fls. 46/47), revelam que, nesta fase, havia razões plausíveis sustentando a existência de prática irregular, pois, não obstante a ausência do contraditório, o depoimento mereceu credibilidade na medida em que restou corroborado pela prova da materialidade.

A valoração desses elementos, não se olvida, decorreu da possibilidade, real, de os agravantes turbarem as investigações, tornando inexequível qualquer controle interno dos seus atos, exsurgindo, daí, o periculum in mora, vez que o fumus boni juris derivou da inobservância de procedimento que tinham a obrigação de respeitar, de acordo com a Lei n. 8.666/93.

Sem razão, portanto, a afirmação de que não participaram dos atos licitatórios e, menos ainda, que não estão presentes os requisitos da cautela, que, ademais, é de cunho provisório e pode ser revista pelo Togado a qualquer tempo.

A respeito, a jurisprudência:

“Agravado de instrumento — Medida cautelar — Liminar satisfativa — Limites — Extrapolação — Inadmissibilidade.

“As ações cautelares não operam no plano da satisfatividade, senão no da provisoriedade, com o objetivo precípua de assegurar o resultado útil da demanda principal, preservando a futura execução dos efeitos invariavelmente nefastos da demora na entrega da tutela jurisdicional. Asseguram elas a efetividade do direito reclamado, mas não conferem esse direito, desde logo e por antecipação,

ao seu autor. Assim, estranha lhes é a realização do próprio direito invocado e, portanto, qualquer caráter de satisfatividade, sob pena de atribuir-se aos provimentos acautelatórios natureza de irreversibilidade, privando a parte contrária, de modo definitivo, do bem ou direito, sem, ao menos, a garantia do contraditório’ (Des. Trindade dos Santos)” (AI n. 99.005018-1, de Lages, rel. Des. Eder Graf, j. em 25/5/99).

Mantém-se, pois, a decisão em todos os seus termos.

### III — Decisão

Em votação unânime, a Câmara negou provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros.

Florianópolis, 8 de fevereiro de 2000.

*Eder Graf,*  
*Presidente com voto;*  
*Cláudio Barreto Dutra,*  
*Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.019285-7, DE JOINVILLE

**Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra**

*Agravado de instrumento — Contrato de distribuição de bebidas Antártica — Rescisão — Tutela antecipada objetivando indenização pelos danos emergentes oriundos da avença — Indeferimento — Cláusulas possibilitando a qualquer das partes a “denúncia” do contrato, “com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias”, caben-*

*do à distribuidora a “assunção de todos os riscos decorrentes do exercício das atividades comerciais”, salvo “culpa ou dolo, de infração atribuída à produtora” — Decisão mantida — Recurso desprovido.*

*— Segundo o disposto no artigo 273 do Código de Processo Civil, “o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação...”.*

*— Não havendo nos autos prova inequívoca dos fatos alegados pela agravante, imerece prosperar a antecipação da tutela jurisdicional concernente à indenização pelos danos emergentes oriundos de contrato firmado entre as partes.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.019285-7, da comarca de Joinville (1ª Vara), em que é agravante Bebidas Ferlin Ltda., sendo agravada Indústria de Bebidas Antártica — Polar S/A:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

## **I — Relatório**

Agravo de instrumento interposto pela empresa de Bebidas Ferlin Ltda., contra a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Joinville que, nos autos de ação ordinária de indenização aforada contra a Indústria de Bebidas Antártica — Polar S/A, indeferiu a tutela antecipada visando a percepção da importância de R\$ 1.796.709,72 (um milhão, setecentos e noventa e seis mil, setecentos e nove reais e setenta e dois centavos) referentes aos “danos emergentes” oriundos de contrato

de distribuição de bebidas firmado entre as partes.

Alega, em síntese, que a decisão imerece prosperar, porquanto encontram-se presentes os pressupostos à concessão da tutela antecipada, diante da prova inequívoca com que se houve a denúncia da avença, eis que abrupta, unilateral e imotivada, “trazendo-lhe prejuízos de elevada monta, que devem ser reparados pela agravada” (sic); não havendo, pois, que se falar em pacta sunt servanda, por se estar diante de um contrato de adesão. Culminou por asseverar a possibilidade de concessão, neste Grau de Jurisdição, do provimento negado no Juízo de origem, conforme acórdão estampado no RMS n. 8.516/RS, da lavra do Ministro Ademar Maciel, bem como desta Corte, nos Agravos de Instrumento ns. 96.006350-1 e 98.015932-6, da relatoria dos Desembargadores Eder Graf e Francisco Borges. Requereu a concessão de tutela antecipada, indeferida às fls. 229/239, juntando os documentos de fls. 31/227.

Intimada, a agravada contra-arrazou o recurso, pedindo a manutenção do despacho objurgado, ocasião em que trouxe à colação recente julgado envolvendo matéria semelhante à dos autos, proferida pela Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Paraná, no Agravo de Instrumento n. 74.076-1 em que são partes a aqui agravada e a empresa Guareschi Comércio de Bebidas Ltda.

## II — Voto

A agravante Bebidas Ferlin S/A ingressou no Juízo da 1ª Vara Cível da comarca de Joinville, com ação ordinária de indenização contra a aqui agravada Indústria de Bebidas Antártica — Polar S/A, objetivando o ressarcimento por danos emergentes, morais e lucros cessantes em razão de “abrupta e unilateral cessação do vínculo contratual entre as partes” (fls. 40/82).

Após tecer considerações acerca do direito almejado, postulou fosse antecipadamente deferida a tutela jurisdicional de parte do pedido, a fim de que a ré fosse condenada ao pagamento da quantia de R\$ 1.796.709,72, conforme perícia realizada pela Consult, empresa conceituada na região de Cascavel/PR, prosseguindo o feito para a apuração das demais verbas indenizatórias, já que com a rescisão, segundo alega, além de ter que dispensar sem justa causa 17 (dezesete) empregados, cuja indenização importa em R\$ 8.569,13, terá que devolver o imóvel onde se encontra instalada, importando a multa contratual em R\$ 750.000,00. Houveram também investimentos relacionados com o “Projeto Excelência 2000” im-

plantado pela agravada, em que esta teve que adquirir 3 (três) caminhões marca Volvo cujo prejuízo alcança a quantia de R\$ 71.500,00. Por fim, sofreu danos com a aquisição de câmaras frias, geladeiras, balcões e frigoríficos, no valor de R\$ 733.478,85, além da venda de vasilhames e garrafeiras, cujo preço ficou abaixo do previsto, orçados em R\$ 84.317,49, e, ainda, com a reforma e pintura necessárias à descaracterização da atividade de distribuidora dos produtos da agravada avaliados em R\$ 148.844,75.

A tutela antecipada restou indeferida pelo decisão de fls. 34/36, daí o insurgimento manejado pelo presente agravo.

Analisando a inicial e os documentos que a acompanham, mais precisamente o contrato de fls. 84/90, tem-se que aos contratantes restou assegurado o direito de denunciar o contrato, visando sua resolução, estabelecendo, tão-somente, como condição ao exercício de tal direito, notificação premonitória com o prazo de 60 (sessenta) dias de antecedência à implementação da rescisão (cláusula 12ª).

“O presente contrato vigorará pelo prazo de 1 (um) ano, com início em 1º de agosto de 1984, podendo ser prorrogado por igual período e assim sucessivamente, caso não seja denunciado por qualquer das partes, por antecedência mínima de 60 (sessenta) dias”.

Aludida notificação, ao que tudo indica, restou atendida pela agravada ao endereçar à agravante, em 25 de maio de 1998, a correspondência que se encontra às fls. 142, constando o contrato celebrado entre as partes

em 30 de julho de 1984, e a aludida cláusula 12ª, e que foi por aquela recebido, conforme se observa às fls. 50.

As partes entabularam, ainda, que caberia à distribuidora, ora agravante, a “assunção de todos os riscos decorrentes do exercício das atividades comerciais”, salvo “culpa ou dolo, de infração atribuída à produtora, de obrigação resultante do contrato” (cláusula 15ª).

Segundo o disposto no artigo 273 do Código de Processo Civil, “o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação...”.

Prova inequívoca, segundo a doutrina, é aquela que, por sua clareza e precisão, autoriza, desde logo, um julgamento de acolhida do pedido formulado pelo autor, se o litígio, hipoteticamente, fosse julgado naquele momento.

E tal incorre no caso dos autos, isto porque, como bem salientou o Magistrado, “a denúncia do contrato atribuída à requerida, em sendo precedida de notificação levada a efeito em prazo hábil, por expressamente prevista no contrato, não se constitui, absolutamente, em ato ilícito, seja contratual, seja extracontratual! Ademais, não impõe o contrato, a quaisquer dos contratantes interessados na sua rescisão, a obrigação de justificar os motivos de sua forma de assim proceder. Não se olvida, absolutamente, que a rescisão do contrato implicou e implicará em sérios transtornos às atividades comerciais exercidas pela au-

tora/distribuidora que, entretentes, eram perfeitamente previsíveis, na medida em que tal contrato, sabidamente, não tinha duração perpétua.

“Assim, mesmo que se admita como existente, ad argumentandum tantum, qualquer dispêndio realizado pela autora/distribuidora em decorrência da rescisão contratual, forçoso é de se convir que não se erigem os mesmos, absolutamente, por si só, na indispensável prova inequívoca, não do fato em si (despesas realizadas ou a realizarem-se), mas sim do direito à obtenção das verbas indenizatórias pleiteadas na peça inaugural, assentado que está tão-somente em esparsos entendimentos pretorianos, circunstância esta que impossibilita venha este Juízo a se convencer da própria verossimilhança das alegações” (fls. 35/36).

Por fim, cumpre salientar que os acórdãos citados pela agravante às fls. 9 e 15 não guardam qualquer similitude com a hipótese sub examen, já que a tutela antecipada ali deferida, foi “tão-somente garantir a continuidade do fornecimento de produtos, até que a ação principal fosse definitivamente julgada...” (fls. 20 e 14).

### III — Decisão

Diante do exposto, ausentes os requisitos ínsitos no artigo 273 do Código de Processo Civil, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se ipso facto a decisão agravada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino.

Florianópolis, 21 de dezembro de 1999.

*Eder Graf,*  
*Presidente com voto;*  
*Cláudio Barreto Dutra,*  
*Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.004689-3, DE XANXERÊ

**Relator: Des. Sérgio Paladino**

*Ação ordinária. Pedido de declaração de inexistência de relação jurídica cumulado com o de sustação de protesto. Duplicata transferida por endosso. Litisconsórcio necessário da insitituição financeira endossatária. Alegada ilegitimidade passiva ad causam. Inocorrência. Recurso desprovido.*

*Tendo a instituição bancária adquirido a propriedade do título por intermédio de endosso, tornando-se titular dos direitos de crédito que representa, suportará os efeitos da sentença que o possa invalidar, o que a torna litisconsorte passiva necessária, disso decorrendo sua legitimidade para a causa.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.004689-3, da comarca de Xanxerê (1ª Vara), em que é agravante o Banco do Brasil S/A e agravado Cláudio Manoel Gotardi:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Banco do Brasil S/A contra despacho que, nos autos da ação declaratória de inexistência de relação jurídica c/c sustação de protesto que lhe move Cláudio Manoel Gotardi, rejeitou a prefacial de ilegitimidade passiva ad causam por si argüida.

Sustenta que não participou da transação comercial que originou o título, tendo-o adquirido por endosso e protestado por falta de pagamento com o objetivo de garantir o direito de regresso contra o endossante, devendo a discussão da causa debendi entabular-se apenas entre os participantes do negócio mercantil.

Aduzindo que o precedente jurisprudencial que embasou a decisão atacada envolve situação diversa, postulou a reforma do decisum e a suspensão de seus efeitos.

Negado o efeito suspensivo e prestadas as informações solicitadas ao Dr. Juiz de Direito, o agravado apresentou a contraminuta.

É o relatório.



A questão não envolve dificuldade, porquanto, tendo o agravante adquirido a propriedade do título por intermédio do endosso, tornando-se, em razão disso, titular dos direitos de crédito por ele representados, suportará certamente os efeitos da sentença que o possa invalidar, o que o torna litisconsorte passivo necessário, disso decorrendo sua legitimidade para a causa.

A respeito, colhe-se da jurisprudência:

“Declaratória de anulação e inexistência de título. Endosso. Litisconsórcio passivo necessário. Antecipação de tutela. Desnecessidade de ouvir-se previamente o réu. Cancelamento do protesto, mediante depósito judicial do valor do título. Possibilidade. Recurso desprovido.

“Levado a protesto o título endossado a terceiro, as ações cautelar e principal promovidas pelo sacado deverão ter como litisconsortes passi-

vos necessários o endossante-credor e o endossatário, uma vez que a lide deverá ser decidida de maneira uniforme para todos os litisconsortes.

“Nesse caso deve o endossatário residir no pólo passivo da relação processual como litisconsorte necessário, posto que tem direito subjetivo a ser preservado, decorrente do endosso, que lhe transmitiu a titularidade do crédito” (AI n. 97.003052-5, de Blumenau, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Ante o exposto, negou-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Silveira Lenzi.

Florianópolis, 26 de outubro de 1999.

*Eder Graf,*  
*Presidente com voto;*  
*Sérgio Paladino,*  
*Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.013441-5, DE TUBARÃO

**Relator: Des. Sérgio Paladino**

*Execução. Nomeação de bens à penhora pelo devedor. Observância do art. 655 do Código de Processo Civil. Recusa pelo credor, sob o argumento de que constituem peças de difícil comercialização. Indicação de imóvel. Bem de fácil conversão em numerário. Abandono do rigorismo da gradação legal. Admissibilidade. Recurso provido.*

*Para atender ao fim essencial da ação executiva — a satisfação do crédito — há que se interpretar o art. 620 do Código de Processo Civil pelo método lógico-sistemático, atentando-se para o conteúdo finalístico do direito, abrandando o rigorismo da gradação legal prevista no art. 655 do referido diploma, de modo a permitir a substituição dos bens indicados à penhora pelo devedor por outros de fácil conversão em dinheiro.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.013441-5, da comarca de Tubarão (3ª Vara Cível), em que é agravante Distribuidora de Bebidas Niero Ltda. e agravado Clube Recreativo Siderurgia:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Distribuidora de Bebidas Niero Ltda. contra decisão que, nos autos da execução que move contra Clube Recreativo Siderurgia, indeferiu o pedido de substituição dos bens nomeados à penhora pelo devedor.

Alega a agravante que os bens indicados pelo executado — uma máquina de escrever, um rádio, um cofre, uma linha telefônica, um jogo de sofá, um frigobar, um armário de aço, dois balcões frigoríficos, um freezer, um computador, uma impressora, uma televisão, 400 cadeiras plásticas, 100 mesas de madeira — constituem mercadorias de má qualidade, não têm valor de mercado, estão depreciados e são de difícil comercialização, motivos pelos quais requer que a penhora recaia sobre um imóvel de propriedade do devedor.

O Dr. Juiz de Direito indeferiu o pleito, por haver sido observada a gradação legal estabelecida no art. 655 do Código de Processo Civil e por não estar caracterizada nenhuma das hipóteses que autorizam a substituição.

Postulou a agravante a reforma da decisão e o recebimento do recurso em ambos os efeitos.

Negado o efeito suspensivo, o recorrido apresentou a contraminuta.

É o relatório.

Em que pese sejam móveis os bens ofertados pelo executado à constrição judicial e, como tais, precedam os imóveis na gradação do art. 655 do Código de Processo Civil, a excussão deve ser feita no interesse do credor. Nesse passo, há que se proceder à constrição de bens de fácil conversão em dinheiro.

Na espécie, a par dos bens nomeados à constrição judicial pelo executado terem sua alienação dificultada por não serem novos, o imóvel indicado pela agravante é de fácil comercialização, sobretudo se comparado aos primeiros.

Diante disso, para atender ao fim essencial da ação executiva — a satisfação do crédito — há que se interpretar o art. 620 do Código de Processo Civil pelo método lógico-sistemático, atentando-se para o conteúdo finalístico do direito, abrandando o rigorismo da gradação legal prevista no art. 655 do referido diploma, de modo a permitir a substituição dos bens indicados à penhora pelo devedor por outros de fácil conversão em dinheiro.

Abordando o tema, esclarece Humberto Theodoro Júnior:

“A jurisprudência também tem entendido que ‘a gradação legal estabelecida para efetivação da penhora não tem caráter rígido, podendo, pois, ser alterada por força de circunstâncias e atendidas as peculiaridades de cada caso concreto, bem como o interesse das partes litigantes’” (Curso de Direito Processual Civil, Forense, 22ª ed., 1998, Forense, Rio de Janeiro, vol. II, pág. 202).

Saliente-se, ainda, que a penhora judicial presta-se, inicialmente, a garantir a execução, admitindo que o devedor discuta o débito por intermédio dos embargos, podendo, inclusive, a final, quitar a dívida e reaver a disponibilidade dos bens constritados.

A propósito, assentou a jurisprudência desta Câmara:

“Penhora — Pedras preciosas — Oferta recusada pelo credor — Possibilidade — Existência de bens mais facilmente transformáveis em dinheiro — Obediência à ordem legal de nomeação — Desnecessidade.

‘Justifica-se a recusa de bens nomeados à penhora que se revelem de difícil alienação, outros havendo que ensejariam execução mais eficaz (STJ).

‘Tendo o devedor bens de mais fácil conversão em dinheiro, para efeito de penhora, não se há de obedecer rigorosamente à ordem do art. 655 do Código de Processo Civil’ (STJ)” (AI n. 97.006344-0, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Eder Graf).

Ante o exposto, deu-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Silveira Lenzi.

Florianópolis, 26 de outubro de 1999.

*Eder Graf,*  
*Presidente com voto;*  
*Sérgio Paladino,*  
*Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.014780-0, DE CRICIÚMA

**Relator: Des. Sérgio Paladino**

*Agravo de instrumento. Ação de cobrança. Ré revel. Curador especial. Honorários devidos pelo múnus. Arbitramento e pagamento que devem ocorrer ao final da demanda. Impossibilidade de adiantamento. Recurso provido.*

*“A postulação da figura do advogado-curador, no interesse do executado revel, merece ser remunerada, in casu, pelo vencido. Esta recomendação, porém, não se equipara a despesas processuais para os efeitos do art. 19 do CPC, recomendando-se a fixação dos honorários na oportunidade da satisfação do débito ou da sentença homologatória de adjudicação ou arrematação, não sendo caso de pagamento antecipado (Agravo de Instrumento n. 42.543, 12/5/82, AASP 1.249/279)” (Cahali, Yussef Said, Honorários Advocatícios, 3ª ed., São Paulo, RT, 1997, pág. 292).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.014780-0, da comarca de Criciúma (2ª Vara Cível), em que é agravante o Banco do Estado de Santa Catarina S/A — Besc e agravados Expograf Artigos Gráficos Ltda. e Dalney Burigo:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Banco do Estado de Santa Catarina S/A — Besc contra decisão que, nos autos da ação de cobrança que move contra Expograf Artigos Gráficos Ltda. e Dalney Burigo, determinou que aquele efetuasse, antecipadamente, o depósito de 2 (dois) salários mínimos para garantir a remuneração do curador nomeado à empresa revel.

Afirma que se adiantar os honorários do curador jamais será ressarcido de qualquer valor, tendo em vista a situação da empresa agravada.

Colacionou alguns julgados e requereu a reforma do despacho guerreado.

Ante a ausência de pedido de efeito suspensivo, determinou-se a intimação do agravado para contraminutar.

A contraminuta foi apresentada tempestivamente (fls. 27/31), na qual o agravado pleiteou a manutenção do despacho.

É o relatório.

Necessária a nomeação de curador especial ao revel, por força do preceituado no art. 9º, inciso II, do Código de Processo Civil, não se pode olvidar que sua atuação no processo constitui múnus público, exercido com o fito de dar ao réu alguma defesa.

Consoante a doutrina, a “curatela à lide é um munus processual que não dá direito a exigir honorários da parte representada, mas os serviços profissionais do advogado podem ser reclamados da parte contrária quando ocorra a sua sucumbência” (Theodoro Júnior, Humberto, Curso de Direito Processual Civil, 25ª ed., 1998, Forense, Rio de Janeiro, vol. 1, pág. 82).

A jurisprudência, por seu turno, sufraga esse entendimento:

“Honorários — Curador especial — Advogado. A postulação da figura do advogado-curador, no interesse do executado revel, merece ser remunerada, in casu, pelo vencido. Esta recomendação, porém, não se equipara a despesas processuais para os efeitos do art. 19 do CPC, recomendando-se a fixação dos honorários na oportunidade da satisfação do débito ou da sentença homologatória de adjudicação ou arrematação, não sendo caso de pagamento antecipado (Agravo de Instrumento n. 42.543, 12/5/82, AASP 1.249/279)” (Cahali, Yussef Said, Honorários Advocatícios, 3ª ed., São Paulo, RT, 1997, pág. 292).

Esta Corte assentou, verbis:

“Curador especial. Réu revel citado por edital. Honorários advocatícios. Verba devida.

“Ao advogado que funciona no processo como curador especial é devida a verba honorária, fixada na for-

ma prevista pela lei de processo civil" (JC 29/276).

No mesmo sentido:

"Remuneração. Curador especial. Fixação da mesma equivalente ao assistente judiciário. Provimento do recurso.

'O advogado, que funciona no processo como curador à lide, tem direito a honorários, nos mesmos casos em que o têm os advogados constituídos pelas partes' (in Yussef Said Cahali, 2ª edição revista e atualizada, Editora Revista dos Tribunais, pág. 175)" (Ap. Cív. n. 96.007376-0, de Joinville, rel. Des. Wilson Guarany).

Nesse rumo, impõe-se que se remunere o curador especial da mes-

ma forma que os advogados das partes. O arbitramento de seus honorários observará os parâmetros fixados no art. 20 do CPC, e serão pagos pelo vencido ao final da demanda.

Ante o exposto, deu-se provimento ao recurso para cassar o despacho agravado.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Silveira Lenzi.

Florianópolis, 26 de outubro de 1999.

*Eder Graf,*  
*Presidente com voto;*  
*Sérgio Paladino,*  
*Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.005146-3, DE JARAGUÁ DO SUL

**Relator: Des. Vanderlei Romer**

*Interdição. Decisão que decreta a internação e bloqueio de bens sem contato pessoal do juiz com a interditanda, e sem a ouvida do Ministério Público. Inadmissibilidade. Prova, ademais, insuficiente para tal medida extrema, ainda que em sede de liminar.*

*O interesse público preponderante, na ação de interdição, é do interditando, no sentido de não ser privado da regência de sua pessoa e bens (direitos fundamentais seus), devendo o juiz ter contato pessoal com ele, sempre que possível, com a participação do Ministério Público que atua no seu interesse. O provimento antecipado do pedido, além de se submeter às formalidades legais, requer prova robusta a autorizar o internamento pessoal e a indisponibilidade de bens. Recurso conhecido e provido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.005146-3, da comarca de Jaraguá*

*do Sul, em que é agravante E. M., sendo agravados M. M. R. e outros:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, prover o recurso.

Custas legais.

## I — Relatório

Trata-se de agravo de instrumento interposto por E. M., inconformada com a decisão que, além de determinar sua internação para a realização de exame psiquiátrico, bloqueou suas contas bancárias e bens, decisão esta proferida nos autos da ação de interdição c/c pedido de internação ajuizada por seus filhos M. M. R., J. A. M. e J. G. M.

Diz a agravante que é flagrante a ilegalidade, arbitrariedade e teratologia do despacho contra o qual se volta, porquanto os recorridos não apontam qualquer incapacidade, limitando-se a consignar que sofre de perturbações psicológicas de alterações de comportamento, “como milhões de outras pessoas que nem por isso foram interditas” (fls. 5).

Seu pedido, informa, veio calado em atestado médico, no qual se recomenda sua internação, e que baseada nesse é que a Dra. Juíza de Direito concedeu a liminar, sem sequer ouvi-la, como exige a lei civil, olvidando, igualmente, de instar o Ministério Público a manifestar-se a respeito.

A recorrente aduz que a real preocupação de seus filhos não diz respeito à sua pessoa, mas, sim, ao seu patrimônio, uma vez que o que os levou a ingressar em Juízo com a mal-fadada actio seria o fato dela estar retirando significativas quantias de sua conta poupança.

Por derradeiro, ressalta que a Juíza é incompetente para apreciar a lide, posto que está domiciliada em Balneário Camboriú, sendo a petição inicial protocolada em Jaraguá do Sul.

Pelas razões expostas, pugna pela concessão do efeito suspensivo e, ao final, pelo provimento em definitivo do recurso.

Os efeitos do interlocutório foram suspensos de forma parcial, “para suspender a eficácia da decisão recorrida no que pertine à internação e ao bloqueio das contas correntes da agravante que movimenta, ao que se dessume, o valor de sua aposentadoria, de qual necessita, obviamente, para seu sustento, apenas determinando a manutenção do bloqueio dos bens móveis arrolados na inicial e a ela pertencentes, e de 50% do depósito em poupança que mantém em conta conjunta com uma das agravadas, por falta indispensável da prova documental referida na inicial daquela ação, de que teria dilapidado valores da mesma” (fls. 99).

Vieram aos autos as informações, noticiando à Magistrada que a exceção de incompetência suscitada pela recorrente foi acolhida, determinando-se a remessa dos autos para a comarca de Balneário Camboriú.

O prazo para resposta transcorreu in albis, tendo o Parquet opinado pelo provimento parcial do agravo.

É o relatório.

## II — Voto

Conhece-se do recurso porque próprio e tempestivo.

Verifica-se dos autos que três dos seis filhos da agravante ingressa-

ram em Juízo com ação de interdição cumulada com indenização, alicerçada, precipuamente, no fato de que esta vinha efetuando contínuas transferências da conta poupança para sua conta corrente particular.

Ante os gastos supostamente excessivos de sua genetriz, procuraram um médico psiquiatra que lhes aconselhou a interná-la, porque dito quadro representaria o sintoma maniaco constatado em exame anterior realizado em janeiro de 1999.

Portando atestado subscrito pelo referido médico, deflagraram a actio, qualificando-a de louca (art. 5º, II, do Estatuto Civil).

A Dra. Juíza de Direito deferiu a liminar em decisão que se reveste com a permissa venia, de inúmeras irregularidades.

Abstraída a questão da competência, já apreciada nos autos da exceção suscitada, constata-se patente afronta aos arts. 449 e 500 do Código Civil, sem contar os dispositivos do CPC pertinentes, ainda que o feito se encontrasse em fase de apreciação de liminar.

Inicialmente, reporto-me ao art. 82, inc. II, do CPC, claríssimo em sua redação ao prescrever que “compete ao Ministério Público intervir: (...); II — nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposição de última vontade...” (grifei).

Por seu turno, o art. 450 do Código Civil determina que “antes de se pronunciar acerca da interdição, examinará pessoalmente o juiz o argüido de incapacidade, ouvindo profissionais”.

Segue o mesmo diapasão o art. 1.181 do Estatuto Processual Civil.

A interdição é, indubitavelmente, medida das mais severas, posto que priva o indivíduo da administração e livre disposição de seus bens, ou como leciona Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento, “é o ato judicial pelo qual o juiz declara a incapacidade real e efetiva de pessoa maior, para a prática de certos atos da vida civil e para a regência de si mesma de seus bens” (in *A Interdição no Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1981, pág. 2).

Daí o porquê do legislador ter-se cercado de todas as cautelas, determinando a ouvida do interditando e a realização de exame pericial.

Alerta o mestre Carvalho Santos, ao discorrer sobre a sentença de interdição, que “a gravidade daquela sentença não podia deixar de exigir, como formalidade essencial, o exame pericial feito por profissionais. Proferir uma sentença da importância dessa, fundada apenas em prova testemunhal, dispensada a audiência de técnicos, seria temeridade censurável e um descaso da parte do legislador pela liberdade de outrem e por um dos mais sagrados direitos do homem, aquele que diz respeito à sua capacidade” (in *Código Civil Interpretado*, vol. VI, São Paulo, Livraria Freitas Bastos, 1997, pág. 393).

E a jurisprudência proclama que “a interdição é ato por demais relevante para que seja decretada sem que o Juiz tenha conhecimento direto e pessoal das condições psíquicas do interditando, independentemente do que diz o perito. A natureza do instituto e os termos do artigo 1.181 do Cód-



go de Processo Civil não deixam qualquer dúvida a esse respeito” (JTJ 179/166).

Sobre o primeiro aspecto aventando, é certo que a MMA. Juíza determinou a internação para a realização de exame pericial, mas, para tanto, totalmente dispensável tal medida, sem contar o bloqueio do patrimônio da agravante que a precederia, acaso não tivessem sido suspensos os efeitos do decisório no particular.

No caso em exame, não bastasse o decisum contrariar a legislação de regência, fundamentou-se única e exclusivamente em atestado médico juntado pelos autores e lavrado a seu pedido, bem como no depoimento de T. D. C., que se limitou a repassar informações cuja fonte é um dos agravados por J. A. M., tendo apenas acompanhado esta última quando foi buscar a mãe, ora recorrente, para interná-la, isso antes mesmo da concessão da medida liminar.

Seu testemunho, a exemplo daquele prestado por J. G. M., parte no feito, é totalmente inócuo para o fim pretendido, qual seja, demonstrar a incapacidade da virago.

Este último, que reconhece não manter contato com a mãe há considerável tempo, nada trouxe de relevante, apenas dizendo que tomou ciência de que ela pretendia alienar imóvel de sua propriedade.

Alhures, já se afirmou que “no processo de interdição não pode o Magistrado decretá-la com base em mero atestado médico, sendo imprescindível prévio exame pericial do interditado, conforme vincular o artigo 1.183 do Código de Processo Civil, sob pena de nulidade” (JTJ 170/115).

E do corpo do julgado extrai-se:

“O artigo 1.183 do Código de Processo Civil, de forma cogente, determina que competirá ao Juiz, no processo de interdição, nomear perito para proceder ao exame do interditado. Trata-se, à evidência, de uma obrigatoriedade a realização de perícia médica, e não mera faculdade. O legislador com acerto tratou de exigir o exame pericial, para a segurança das decisões judiciais, que não devem ser proferidas sem um parecer médico, se possível da confiança do Juízo (...). Simples atestado médico não elide a necessidade da prova pericial”.

Os autos não dão margem a dúvida.

Admitir-se a internação e bloqueio dos bens na forma como foi feita, ou seja, por intermédio de um atestado, onde se consigna que a examinada apresenta distúrbios emocionais e em depoimentos imprecisos, implica em abrir perigoso precedente, máxime ante a prova anexada à petição de agravo.

Com efeito, o que deflui do caderno processual é que a recorrente, uma senhora que embora conte com 69 (sessenta e nove) anos, vive e administra sozinha seus bens, submetendo-se, inclusive, a tratamento geriátrico, certamente no afã de retardar ao máximo as inevitáveis consequências da velhice, está em pleno gozo de suas funções mentais e físicas, podendo zelar não só por si própria, mas, também, pelo seu patrimônio.

Os atestados acostados por profissionais de renome assim o confirmam, como também as declarações prestadas por seus parentes e conhecidos.

Gastos supostamente excessivos não podem, de forma alguma, levar à interdição de uma pessoa, ainda mais quando, de acordo com seu depoimento, decorreram da compra de presentes de Natal para sua família, jóias, móveis, e para uma viagem a Europa.

Cuidam-se de dispêndios que podem ser considerados extravagantes para alguns, enquanto que para outros, perfeitamente normais.

Mas, enfatizo, não podem, de forma alguma, levar à conclusão de que sejam sinal de insanidade mental, como querem os filhos da insurgente.

E se apresentou quadro depressivo certamente foi em decorrência da morte do genro em trágico acidente doméstico, pelo que consta, sem contar que, como destacado no reclamo, é moléstia de que padece considerável parcela da população mundial.

Enfim, embora me cause pesar reconhecer, tudo indica, à luz dos elementos coligidos, que o motivo predomi-

minente, para não dizer único, do ajuizamento do processo de interdição foi a preocupação de parte dos filhos da agravante de que ela gastasse todas as suas economias sem lhes deixar uma herança.

Destarte, nos termos expostos, dou provimento total ao recurso.

### III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a Câmara decidiu, por votação unânime, prover o recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Sra. Dra. Gladys Afonso.

Florianópolis, 2 de dezembro de 1999.

*José Roberge,*  
*Presidente com voto;*  
*Vanderlei Romer,*  
*Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.000867-0, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

**Relator: Des. Nilton Macedo Machado**

*Tutela antecipada — Pressupostos presentes — Concessão — Nulidade afastada.*

*Estando presentes os pressupostos indispensáveis à concessão de tutela antecipatória requerida pela administração pública, em especial o perigo de dano iminente a toda a coletividade, mantém-se a decisão que a concedeu.*

*Serviço público municipal — Licença para serviços de transporte — Anulação confirmada pelo Tribunal — Novo alvará deferido.*

*do com base naquela licença nula — Impossibilidade — Cassação em tutela antecipada — Decisão mantida — Recurso não provido.*

*Não é possível a convalidação de ato declarado nulo.*

*A concessão de alvará de licença pela municipalidade para prestação de serviços de transporte, com base em licença já declarada nula, é ineficaz, pois sem efeito qualquer ato posterior àquela.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.000867-0, da comarca de Balneário Camboriú (Vara da Fazenda, Família, Infância e Juventude), em que é agravante Vali Sippert — ME, sendo agravado o município de Balneário Camboriú:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Vali Sippert — ME interpôs agravo de instrumento contra decisão do Dr. Juiz de Direito da comarca de Balneário Camboriú que, em “ação de anulação de ato administrativo c/c pedido de antecipação de tutela jurisdicional” proposta pelo Município agravado, deferiu a tutela antecipatória determinando a suspensão da eficácia da licença de localização e funcionamento concedida à agravante no exercício de 1998.

A recorrente alegou que obteve, no ano de 1996, licença na Prefeitura de Balneário Camboriú para explorar serviços de “transporte rodoviário de passageiros com moto”, que foi anulada, mediante regular procedimento administrativo, analisado pelo Poder Judiciário.

Aduziu que nova e distinta licença foi requerida, agora para fins de

exploração de “serviços de transporte rodoviário”, para entrega e coleta de encomendas, e não de transporte de pessoas em ciclomoteres. No entanto, o agravado ignorou tal diferença e, com base no procedimento administrativo anterior, ajuizou a ação na qual foi deferida a antecipação de tutela.

Asseverou não estarem presentes os requisitos inafastáveis à antecipação dos efeitos da tutela, especialmente o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; salientou, ainda, que o alvará foi regularmente expedido para o desempenho da atividade de transporte de mercadorias, de cunho eminentemente privado, não sujeita à regulamentação estatal ou à lei de licitações, sendo descabida a atuação do Município agravante.

Requeru a cassação da liminar ou a decretação da nulidade da decisão agravada. Pediu, por fim, a concessão de efeito suspensivo ao reclamo.

O Exmo. Des. Relator originário negou efeito suspensivo ao reclamo, mantendo hígida a decisão de Primeiro Grau.

O Município agravado ofereceu resposta ao recurso, sustentando a correção da decisão vergastada, uma vez que presentes os requisitos ne-

cessários à antecipação de tutela deferida pelo Dr. Juiz de Direito.

Salientou que, ao contrário do afirmado pela agravante, a nova licença também objetivava o transporte de passageiros — “mototáxi”; disse, com base no acórdão da ACMS n. 97.010476-6, envolvendo também os ora litigantes, que a licença foi expedida em razão de erro da Municipalidade; que a autorização dessa atividade afrontaria o Código Nacional de Trânsito; que, como o transporte é serviço público, depende de prévia licitação para outorgá-lo a particulares.

A Procuradoria-Geral de Justiça exarou parecer pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

1. O argumento da agravante de não estarem presentes os pressupostos inafastáveis à antecipação de tutela, especialmente o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ensejando assim a nulidade da decisão vergastada, não encontra guarida.

Vislumbra-se inequivocamente das razões apontadas pelo Magistrado às fls. 12/13 que o dano se caracterizaria pelo transporte de passageiro em veículos inadequados, sem fornecimento aos usuários da mínima segurança recomendável, com todos os equipamentos necessários, o que não acontece com as motocicletas, “um veículo, pela sua própria natureza, perigoso”.

A agravante omitiu essa informação, notando-se que a alegação de prejuízo às empresas de transporte público que prestam serviços em Balneário Camboriú, após indispensável certame licitatório, foi apenas um den-

tre os motivos apresentados pelo prolator da decisão agravada, e não o único, como disse a agravante.

Ora, para garantir a segurança dos munícipes, devem ser vedadas atividades privadas que não obedecem à legislação de trânsito, tanto municipal quanto federal, além de se reprimir aquelas que possam causar danos e afetar o bem-estar da coletividade; é dever da administração coibi-las, por meio de seu poder de polícia, como salienta Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Pelo conceito moderno, adotado no direito brasileiro, o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.

“Esse interesse público diz respeito aos mais variados setores da sociedade, tais como segurança, moral, saúde, meio ambiente, defesa do consumidor, patrimônio cultural, propriedade” (Direito Administrativo, São Paulo, Atlas, 11ª ed., pág. 110).

Não é acolhido, assim, o requerimento de nulidade do decisum recorrido, haja vista o evidente e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação a toda a comunidade de Balneário Camboriú.

2. Quanto ao mérito da decisão recorrida, são igualmente inconsistentes as alegações da agravante de que a primeira licença — concedida em 1996, inclusive anulada por decisão desta Corte (ACMS n. 97.010476-6) em decorrência da violação da legislação de trânsito do município de Balneário Camboriú e do Código de Trânsito Brasileiro — e a segunda,

exarada em 1998, têm objetos distintos.

A primeira licença, para exploração de serviços de “transporte rodoviário de passageiros com motos”, foi anulada, como dito, enquanto a nova licença teria sido concedida para “serviços de transporte rodoviário” (fls. 3).

Ocorre que facilmente se visualiza do acórdão da ACMS n. 97.010476-6 que o Documento de Arrecadação Municipal — DAM n. 105459, relativo a 1996, foi anulado naquele processo, com os seguintes termos:

“Ato administrativo. Nos termos de acatada doutrina e das Súmulas 346 e 473 do STF, ‘A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos...’.

“A ilegalidade, no caso, está demonstrada porque o alvará de licença para exploração dos serviços de ‘mototáxis’ se fez com inobservância de preceitos da legislação municipal de Balneário Camboriú e do Código Nacional de Trânsito.

“Decreto de anulação do alvará de licença obediente, de resto, às formalidades legais, com instauração regular de processo administrativo, garantia do direito de defesa, decisão motivada e, a final, decreto da autoridade competente.

“(…)”

“Em seguida, o Sr. Prefeito Municipal baixou o Decreto n. 2.821/96, decretando a nulidade da licença (DAM n. 105.459).

“(…)”

“Nestas condições, não se vislumbrando, em suma, ilegalidade no decreto de anulação da licença, que absorveu o anterior, ilegal, mas superado este por procedimento hígido posterior, dá-se provimento ao recurso voluntário e à remessa para reformar-se a sentença de Primeiro Grau e denegar-se a segurança impetrada”.

Observando o disposto no citado acórdão, impende observar os Documentos de Arrecadação Municipal relativos ao ano de 1997 e 1998 (fls. 14 e 33), pois todos têm o número exatamente igual ao já anulado — DAM n. 10.545-9, daí não podendo, por óbvio, subsistir o alvará lastreado em cadastro já inexistente, pois declarado nulo. Releve-se que, apesar da distinção dos números (105459 e 10545-9), estes são, em verdade, relativos à mesma licença.

Como afirma Maria Sylvia Zanello Di Pietro (ob. cit., pág. 225), os “atos nulos são os que não podem ser convalidados” e, portanto, o pagamento das taxas de licença, com base em licença declarada nula, não convalida o ato, proibindo-se a atividade econômica não mais permitida após a anulação.

Ora, como restou consignado pelo eminente Des. João José Schaefer no despacho de fls. 38/39, “se o ato que deu origem à licença foi anulado e argumentando a administração que a expedição do novo alvará deu-se por falha em seu controle, sem efeito o alvará de que ora se cuida e bem-lançado o despacho de fls. 12 que concedeu a tutela antecipatória.

“Ainda que sustente a agravante que o serviço prestado é o de entrega de encomendas, similares aos

prestados por outras empresas e não transporte de passageiros, somente poderá fazê-lo após regular licença do poder público, pois a que possuía foi anulada.

“Assim, concedido alvará para o exercício de 1998 com base na inscrição municipal número 10545-9, anulada anteriormente, sem nenhum efeito qualquer ato posterior fundado naquela inscrição”.

3. Diante do exposto, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d’Eça Neves.

Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Kurt Ernesto Hammerschmidt.

Florianópolis, 16 de dezembro de 1999.

*Pedro Manoel Abreu,*

*Presidente com voto;*

*Nilton Macedo Machado,*

*Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 97.006722-4, DA CAPITAL

**Relator: Des. Torres Marques**

*Agravo de instrumento — Ação de indenização cumulada com perdas e danos — Empresa de assistência médica — Tratamento com conseqüente lesão física permanente — Carência de ação — Ilegitimidade de parte — Preliminar afastada no despacho saneador — Admissibilidade — Recurso desprovido.*

*“Ainda que afastadas em saneador, as matérias de ordem pública, tais como ilegitimidade ad causam e pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, podem ser reanalisadas por ocasião da sentença, não precluindo enquanto não proferida a sentença de mérito, nos exatos termos do art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil” (Apelação Cível n. 97.010159-7).*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao agravo.

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 97.006722-4, da comarca da Capital (Unidade de Justiça Intensiva/4ª Vara Cível), em que é agravante Nívio Pascoal Teixeira, sendo agravada Cibele Coutinho dos Santos:*

Custas na forma da lei.

### I — Relatório

Nívio Pascoal Teixeira interpôs agravo de instrumento contra a deci-

são da MM<sup>a</sup> Juíza Substituta da Unidade de Justiça Intensiva da Capital que, nos autos da ação de indenização cumulada com perdas e danos decorrente de erro médico, aforada por Cibele Coutinho dos Santos, indeferiu a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam.

Asseverou, em síntese, o agravante, que a preliminar de ilegitimidade passiva não poderia ser apreciada por ocasião do despacho saneador, vez que a análise da questão prescinde de suporte probatório, a ser ameaçado durante a instrução processual em virtude de alegada responsabilidade de terceiros pelo evento fatídico (fls. 3).

Em decorrência, sustentou o agravante que sua intervenção limitou-se a uma única aplicação da "litotripsia extracorpórea para extração de pedras nos rins" e que esta foi realizada com todas as cautelas necessárias, sendo que os danos advindos à agravada foram oriundos do tratamento errôneo e deficiente que ela recebeu em posterior internação no Hospital Florianópolis.

Instada a se manifestar, a recorrida ofertou contra-razões, discorrendo acerca da preclusão do direito do agravante, por se encontrar vencida a matéria, já que analisada quando da apreciação do pedido de denunciação da lide. Nesse ínterim, suscitou a prevenção do Des. João José Schaefer, relator daquele julgado. Culminou postulando pelo desprovimento do recurso, com a manutenção da decisão agravada.

Formado o instrumento e mantida a decisão objurgada, ascenderam os autos a esta Superior Instância.

## II — Voto

Insurge-se o recorrente contra o decisório que indeferiu a ilegitimidade passiva ad causam na oportunidade do saneador, argumentando que a análise da matéria deveria ser transferida para a sentença terminativa de mérito pois a tese da ilegitimidade está diretamente relacionada à ocorrência do ilícito.

Primeiramente passo à análise da prevenção.

Depreende-se do próprio instrumento (fls. 52) que os autos foram inicialmente distribuídos, por prevenção, ao Des. João José Schaefer em 24/6/97. Ocorre que em 8/7/97 os mesmos autos foram redistribuídos, em virtude da suspeição alegada em fls. 52v.

Vencida a questão, passemos à análise da irrisignação propriamente dita.

O inconformismo do recorrente não merece provimento.

Convém observar, in concreto, que há elementos nos autos a ensejar "possível" responsabilidade do réu, vez que caracterizada a relação médico-paciente, não sendo portanto carecedora de ação a recorrida.

Isto posto, sobre a conveniência do momento da decisão, colhe-se do corpo de acórdão da lavra do Des. Orli Rodrigues:

"Se o réu, na contestação suscita problemas pertinentes aos pressupostos processuais, condições da ação e validade dos atos do procedimento, não é lícito ao juiz limitar-se a declarar saneado o processo.

É no despacho saneador que o juiz, com fundamentação, irá aceitar



ou repudiar essas preliminares' (JC vols. 42 e 43, págs. 260 e 101) (g. n. — Agravado de Instrumento n. 7.756, de Balneário Camboriú, Relator Des. Rubem Córdova)" (in AI n. 97.012350-7, de São Francisco do Sul).

Acerca da matéria Theothonio Negrão traz a lume precedente aplicável:

"Nas instâncias ordinárias não há preclusão para o órgão julgador, em matéria de condições da ação, enquanto não proferida por ele decisão de mérito, podendo até mesmo apreciá-la sem provocação" (CPC, arts. 267, § 3º, 301, § 4º, e 463) — (RSTJ 81/308).

No mesmo sentido:

"(...) Ainda que afastadas em saneador, as matérias de ordem pública, tais como ilegitimidade ad causam e pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, podem ser reanalisadas por ocasião da sentença, não precluindo enquanto não proferida a sentença de mérito, nos exatos termos do art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil" (Apelação Cível n. 97.010159-7, de Piçarras, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Outrossim, importante destacar, parafraseando Joel Dias Figueira Júnior, que o perigo na postergação da análise das condições da ação para a sentença reside "na admissibilidade da propositura de uma ação inválida ou a formação e tramitação de um processo que, por ausência de pressupostos de constituição ou de-

envolvimento adequado, não permitem a composição da lide através de sentença de mérito, frustrando-se, assim, o objetivo maior do processo — a pacificação social" (in JC 71/48-9 — AI n. 96.004586-4, de Brusque, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Ademais, com razão a decisão recorrida tanto na análise da questão, na oportunidade do despacho saneador, quanto na fundamentação ali colacionada. Afinal a relação médico-paciente, relacionada à lesão pretensamente sofrida, ficou amplamente demonstrada nos autos, não necessitando de qualquer comprovação complementar. Durante a instrução probatória é que será verificada a existência ou não de culpa por parte do agravante no exercício de seu mister, algo que certamente recairá sobre a análise do mérito da demanda, comportando exame apenas na sentença.

### III — Decisão

Em face do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d'Eça Neves.

Florianópolis, 30 de setembro de 1999.

*João José Schaefer,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Torres Marques,*  
*Relator.*

**AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.011835-2, DE CONCÓRDIA****Relator: Des. Torres Marques**

*Agravo de instrumento — Investigação de paternidade c/c alimentos — Tutela antecipada — Alimentos provisórios — Possibilidade — Agravo desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.011835-2, da comarca de Concórdia, em que é agravante Z. G., sendo agravado F. L. G., representado por sua mãe, L. C. G.:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao agravo.

Custas legais.

**I — Relatório**

Z. G. interpôs agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo contra decisão exarada nos autos de ação de investigação de paternidade c/c alimentos que lhe move F. L. G., representado por sua mãe, L. C. G., na 1ª Vara Cível da comarca de Concórdia, que antecedeu os efeitos da tutela pretendida, concedendo alimentos provisórios na base de 25% (vinte e cinco por cento) sobre os vencimentos líquidos percebidos pelo agravante.

Despacho às fls. 55, onde foi indeferido o pedido de efeito suspensivo colimado.

O agravado apresentou contrarrazões às fls. 64/66, postulando pela manutenção da decisão agravada.

O douto Representante do Ministério Público de Segundo Grau opi-

nou pelo conhecimento do recurso e seu desprovemento.

**II — Voto**

Para a concessão da tutela antecipada necessários são os requisitos do art. 273 do CPC, isto é, que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação resta evidenciado pela natureza do pleito da ação principal, que versa sobre verbas alimentares, que, segundo Orlando Gomes, citado por Maria Helena Diniz "...são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si" (Curso de Direito Civil Brasileiro, São Paulo, Saraiva, 10ª ed., 1995, vol. 5, pág. 317).

Analisando os autos, percebe-se, ainda, o manifesto propósito protelatório do réu, ora agravante.

O recorrente faltou com a verdade ao afirmar que a mãe do agravado era faxineira na "república" onde morava, visto que L. C. G. provou ter trabalhado na empresa Sadia Concórdia S/A Ind. e Com. no período de 26/4/71 a 10/9/80, sendo que o agravado nasceu em 7/3/80. O agravante também não comprovou que morava

na referida “república”, bem como ter outros descendentes para sustentar.

O recorrente, como se não bastasse, furtou-se à realização do exame de DNA, prova que teria o condão de resolver a dúvida acerca da paternidade investigada.

Desta feita, a prova inequívoca, necessária à concessão da medida, encontra-se amparada nas provas testemunhais idôneas produzidas pelo agravado, que o agravante não conseguiu derrubar.

Os depoimentos dos testigos do agravado foram uníssonos a comprovar o relacionamento de ambos, bem como a boa conduta da mãe do agravado.

Prova inequívoca, segundo Humberto Theodoro Júnior, é aquela “(...) que, por sua clareza e precisão, autorizaria, desde logo, um julgamento de acolhida do pedido formulado pelo autor (mérito), se o litígio, hipoteticamente, devesse ser julgado naquele instante. Não a elide a possibilidade, também hipotética, de que contraprova futura possa eventualmente desmerecê-la. No momento, porém, da concessão da medida provisória, a prova disponível não deve ensejar dúvida na convicção do julgador” (Curso de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro, Forense, 18ª ed., 1996, vol. 1, pág. 370).

Colhe-se da jurisprudência:

“Processual civil — Investigação de paternidade — Alimentos provisórios — Possibilidade de sua concessão — Provimento de agravo de instrumento que colima reforma de decisão indeferitória de antecipação dos alimentos reclamados na inicial.

“Somente em casos especialíssimos em que as necessidades básicas do menor investigante não possam ser supridas com os rendimentos pessoais da genetriz e existindo prova razoavelmente sólida da relação de parentesco com o apontado pai, é possível avançar à frente da lei e conceder alimentos ao filho ainda não reconhecido, pois o direito à sobrevivência sobreleva qualquer outro interesse” (Agravo de Instrumento n. 98.012878-1, da Capital, rel. Des. Orli Rodrigues).

E mais:

“Investigação de paternidade. Alimentos. Antecipação de tutela. Prova inequívoca. Juízo de verossimilhança. Fundado receio de dano irreparável. Irreversibilidade. Provimento do recurso para decretar a medida.

“Em tese, é possível a concessão da antecipação de tutela em qualquer processo de conhecimento, desde que preenchidos os requisitos do art. 273 do CPC. Na ação declaratória é possível a antecipação da tutela quanto a algum efeito executivo ou mandamental da sentença.

“Prova inequívoca, segundo a doutrina, é aquela que, por sua clareza e precisão, autorizaria, desde logo, um julgamento de acolhida do pedido formulado pelo autor, se o litígio, hipoteticamente, fosse julgado naquele momento.

“As verbas alimentares são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. Apesar da irreversibilidade que lhes é inerente, se a verossimilhança pesar significativamente em favor do autor, o Magistrado estará autorizado a sacrificar o direito improvável, em benefício do direito que se mostre mais

verossímil" (AI n. 96.002148-5, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, DJ 17/9/96, pág. 50).

### III — Decisão

Pelo exposto, nega-se provimento ao agravo, mantendo a prestação alimentícia em 25% sobre o vencimento líquido do agravante.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr.

Des. Solon d'Eça Neves. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Kurt Ernesto Hammerschmidt.

Florianópolis, 30 de setembro de 1999.

*João José Schaefer,*  
*Presidente;*  
*Torres Marques,*  
*Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.016007-3, DE RIO DO SUL

**Relator: Des. Cesar Abreu**

*Agravo de instrumento. Arrendamento mercantil. Descaracterização do contrato. Natureza jurídica real. VRG pago antecipado e parceladamente. Operação correspondente a compra e venda a prestação. Propositura de ação ordinária para revisão de valores. Tutela antecipada. Bem indispensável à atividade econômica da agravante. Pretensão reconhecida nesta Instância, em sede de liminar. Confirmação, a despeito, da existência de comando judicial monocrático liminar, em ação possessória, autorizando a reintegração do bem em favor da arrendatária. Recurso provido.*

### I — Relatório

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.016007-3, da comarca de Rio do Sul (1ª Vara), em que é agravante Osmar Rossatti ME — Firma Individual, sendo agravada Companhia Real de Arrendamento Mercantil:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, à unanimidade, dar provimento ao agravo.

Custas de lei.

Osmar Rossatti ME — Firma Individual interpôs agravo de instrumento contra a decisão monocrática que, nos autos da ação de anulação de ato jurídico c/c revisão de valores de mútuo c/c repetição do indébito e tutela antecipada, ajuizado pela ora agravante contra Companhia Real de Arrendamento Mercantil, indeferiu o pedido de tutela antecipada, negando à agravante o direito de permanecer na posse do bem arrendado.

Aduz que o indeferimento teve três fundamentos:

1) impossibilidade de antecipar os efeitos da sentença final, por não ter a lide o condão de garantir a posse do bem em favor da suplicante, visto não se constituir pedido mediato.

2) inexistência de prova inequívoca e da verossimilhança, visto se constituir a ação por meio de petição de princípio, consubstanciada em meras alegações, havendo necessidade para o deferimento da tutela antecipada de prova inequívoca representada por documentos.

3) por já haver sido indeferida pelo Juiz, nos autos da reintegração de posse em apenso, tal pretensão, fazendo portanto daqueles também os seus motivos.

Rebate os argumentos utilizados pelo MM. Juiz a quo, referindo-se quanto ao primeiro que, uma vez anulado o ato jurídico donde surgido o direito da agravada, pela posse indireta, de ser reintegrada judicialmente na posse direta do bem, constituir-se-á naturalmente, como consequência, o direito da agravante à plena propriedade e posse sobre ele.

Aduz que, das 24 (vinte e quatro) parcelas contratadas, a agravante pagou 20 (vinte), ou seja, 84% do total e, neste raciocínio, o cerne da questão se consubstanciará na fração de 1/6 ou 16% do número total de parcelas. Mas, levando-se em consideração que o valor financiado atingiu aproximadamente 40% do valor do bem, sob este prisma se reduz o percentual ao equivalente a 6,5% do valor total do bem. Assim, foi quitado o valor equivalente a 94,5% do valor do

bem (questão incontroversa, admitida pelo Banco).

Sublinha que o presente agravo sustenta-se por três razões:

1) a existência de prova inequívoca do depósito do VRG, que é a opção dada à contratante (cláusula 14) para compra do bem. E, já no início da avença, houve pagamento do VRG, no percentual de 65,20%, conforme faz prova o extrato bancário em anexo, documento que acompanha o contrato principal. Segundo a legislação, o exercício dessa prerrogativa transforma a locação em compra e venda simples. Entretanto, a prerrogativa foi exercida pela agravante, mas não reconhecida pela companhia.

2) a existência inequívoca de pagamentos a maior do que o devido, pois o valor da aquisição do bem foi de R\$ 46.000,00, dos quais R\$ 29.992,00 serviu para satisfação do VRG, debitados em conta corrente, e o restante, R\$ 16.008,00, deveria ser a base para o valor de cada uma das vinte e quatro contraprestações devidas. Porém, o valor correto foi descartado pela agravada, que tomou por base para cálculo dos aluguéis o valor de R\$ 46.000,00, havendo inserção de comissão de permanência, juros e correção monetária com base na TR. Inclusive a agravante cumulou o pedido inicial com repetição de indébito, pois foram cobrados valores exorbitantes.

3) da verossimilhança do alegado pela agravante, uma vez que o conteúdo da inicial espelha-se no contrato de arrendamento mercantil e nos extratos de conta corrente, donde se extrai as irregularidades contratuais e legais, sendo que a existência de abusos dispensam qualquer outra prova,

sendo suficientes aquelas trazidas pelos documentos.

Defende a possibilidade da concessão da tutela antecipada, pois foram preenchidos os requisitos legais.

Quanto à permanência do bem com a agravante, registrou que a liminar concedida na reintegração de posse ajuizada pelo Banco ainda não foi cumprida e ressaltou a importância do bem para a agravante, o qual é essencial para que a Serraria não seja levada à falência. Emprega a agravante cinco funcionários, sendo que quatro são pais de família (juntou documentos) e de lá tiram seus susten-

tos. Pugnou pela concessão de efeito suspensivo, concedendo a antecipação da tutela jurisdicional com a autorização de permanência do bem com a agravante, evitando, imediatamente, a reintegração do bem, até ulterior pronunciamento da egrégia Corte.

Concedida a liminar (fls. 154/159), foi oferecida a contraminuta, na qual a agravada sustenta a preclusão do direito de contraposição à apreensão deferida. Afirma, ainda, que a agravante é proprietária de outros veículos, o que afasta o argumento da indispensabilidade do bem.

## II — Voto

Inicialmente, em regra, a pretensão da agravante encontraria resistência em óbice de natureza instrumental, pois se refere à manutenção de bem em posse da empresa, cujo desapossamento foi determinado alhures, em decisão irrecorrida proferida em ação de reintegração de pos-

se promovida pela arrendatária, ora agravada.

Ocorre, entretanto, que o contrato de fls. 78/84, de arrendamento mercantil, reveste-se de uma peculiaridade intrínseca, que o descaracteriza. Falo do pagamento parcelado e antecipado do valor residual.

Estabelece o contrato (fls. 82 — item 9) que “As parcelas de antecipação do valor residual garantido constituem provisão de recursos para o futuro exercício da opção de compra do bem pela arrendatária, não resultando, sobre tais parcelas, qualquer tipo de remuneração ou fruto”. E prossegue: “As parcelas de antecipação do valor residual garantido terão o tratamento previsto na Portaria n. 140, de 27 de julho de 1984, do Ministério da Fazenda, não sendo dedutíveis para fins de Imposto de Renda da arrendatária”.

In casu, consoante as especificações (campo IV) do contrato (fls. 79), o valor residual garantido representa 65,20% do preço do bem (alínea f).

Examinando o contrato que estipula o pagamento parcial e mensal do VRG, acrescido da circunstância do seu excessivo valor (65,20%), concluo que há indiscutivelmente uma opção de compra perfectibilizada já no início da avença.

Está-se, pois, diante do denominado leasing financeiro, caracterizado pela tríplice opção que se abre ao arrendatário, ao final do contrato, (a) de adquirir o bem, (b) renovar o contrato ou (c) devolver o objeto. Hipótese diversa das outras duas espécies — leasing operacional e lease back.

Pelo disposto nos arts. 1º, parágrafo único, 5º e 11, § 1º, da Lei n. 6.099, de 12/9/74, com as alterações da Lei n. 7.132, de 26/10/83, se a opção de compra é exercida antes de findo o contrato, resta descaracterizado o arrendamento mercantil, sendo a operação considerada de compra e venda a prestação.

Nesse sentido a doutrina de Orlando Gomes, segundo a qual: "O elemento essencial de caracterização do leasing é a faculdade reservada ao arrendatário de adquirir, no fim do contrato, os bens que alugou. Se não existe, o contrato não é o de leasing" ("Contratos", n. 391, pág. 524, Ed. Forense, 1993).

Helena Diniz, no seu "Tratado Teórico e Prático dos Contratos" (São Paulo, Saraiva, 1993, vol. 2, págs. 358/359), anota: "Infere-se daí que no arrendamento mercantil apresentam-se os seguintes elementos jurídicos, essenciais à sua caracterização: (...) 5º) O arrendatário, findo o prazo do arrendamento, tem a tríplice opção de: a) adquirir os bens, no todo ou em parte, por preço menor do que o de sua aquisição primitiva convencional do próprio contrato, levando-se em conta os pagamentos feitos a título de aluguel; b) devolvê-los ao arrendador; ou c) prorrogar o contrato, mediante o pagamento de renda muito menor do que a do primeiro arrendamento (...) É preciso, ainda, não olvidar, que nada impede (Resolução n. 980/84, art. 11, e Lei n. 6.099, art. 11, §§ 1º a 3º) o exercício da opção antes do término contratual, mas o contrato deixará de ser leasing financeiro e passará a ser considerado compra e venda a prestação".

O Desembargador Irineu Mariani, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, in RT 756/77, afirma:

"Cobrança antecipada e descaracterização do leasing.

"Admitamos, no entanto, para argumentar, seja legal a cláusula que institui garantido o VR. Surge, então, o problema da cobrança antecipada, modo instantâneo (a vista) ou modo progressivo (parceladamente), e da descaracterização do leasing, visto que em teor a operação fica idêntica à compra e venda mercantil a prestação, tal como diz o § 1º do art. 11 da Lei. Aliás, nem precisava dizer, pois as coisas em Direito se definem pelo conteúdo, e não pelos nomes ou emblemas.

"O adiantamento do VR sem descaracterizar o leasing também não está na lei. Assim como a garantia, passou a ser objeto de referência nos regulamentos.

"A Port. n. 140, de 27/7/1984, do MF, portanto anterior ao antigo Regulamento, aprovado pela Res. n. 980/84, do Bacen, e logicamente aplicável no âmbito fiscal, apenas dispunha que as parcelas de antecipação do valor residual garantido ou do pagamento por opção de compra são tratados como passivo do arrendador e ativo do arrendatário, não sendo computável na determinação do lucro real. Possibilitava a cobrança antecipada. Isso desapareceu com o antigo Regulamento, uma vez que falava em VRG, mas pago apenas no final do prazo de arrendamento.

"O novo Regulamento, aprovado pela Res. n. 2.309, de 28/8/1996, do Bacen, fez constar no art. 7º, VII, a,



‘a previsão de a arrendatária pagar o valor residual garantido em qualquer momento durante a vigência do contrato, não caracterizando o pagamento do valor residual, garantido o exercício da opção de compra’ (grifos nossos).

“Não diz que pode ser cobrado de modo instantâneo ou progressivo, como vêm sustentando os defensores da não-descaracterização, e sendo pactuado nos contratos, cujo caráter adesivo impõe o adiantamento. É possível tão-só a previsão como faculdade do arrendatário. Poderá, este, quando entender conveniente, antecipar o pagamento, sem que isso caracterize opção de compra. Essa conveniência pode ocorrer quando for eleito o VR de Mercado. Exemplo: uma greve nas montadoras de veículos paralisa o setor durante diversos meses. O aquecimento no comércio dos usados é feito natural, elevando o preço. Nessa moldura, convém ao arrendatário, máxime se o contrato estiver na fase final, pagar o preço de mercado *sic stantibus*, antes que os efeitos se façam sentir. Em suma, é uma regra que traduz proteção aos interesses do arrendatário, e não imposição da vontade da arrendadora.

“A única chance de vermos na lei a possibilidade de o VR ser antecipado estaria no § 2º do art. 11, mas não é possível. Diz o art. 11: ‘Serão consideradas como custo ou despesa operacional da pessoa jurídica arrendatária as contraprestações pagas ou creditadas por força do contrato de arrendamento mercantil. § 1º. A aquisição pelo arrendatário de bens arrendados em desacordo com as disposições desta Lei será considerada operação de compra e venda a pres-

tação. § 2º. O preço de compra e venda, no caso do parágrafo anterior, será o total das contraprestações pagas durante a vigência do arrendamento, acrescido da parcela paga a título de preço de aquisição’ (grifos nossos).

“Começa que o § 2º se refere à situação do § 1º, ou seja, aquisição em desacordo com a lei. Mas poder-se-ia pensar que a expressão parcela paga a título de preço de aquisição significa também parcela do valor residual, como quantia do preço de aquisição. Porém, embora haja certa ambigüidade do texto, não é essa a compreensão aceitável, e por duas razões. Pela primeira, se parcela paga do preço de aquisição se refere a valor de contraprestação, o sentido é restrito à sua parte fixa, *rectius*, soma das quotas de depreciação, conforme exposto no item 3. Pela segunda, evidencia-se que, em face do desvirtuamento da operação de leasing para a qual (operação) há vantagens tributárias, a lei não apenas as exclui, como ainda aumenta a base de cálculo: total das contraprestações pagas, mais aquilo que a arrendadora tiver pago a título de preço de aquisição. De outro modo: parcela paga a título de preço de aquisição nada tem a ver com valor residual, mas com o preço de aquisição a que se refere o art. 12, ou seja, o preço de compra pela arrendadora.

“Por fim, sustenta-se que a antecipação do VR tem apenas caráter de caução, decorrente do fato de que é um valor garantido, e que por isso não significa opção de compra. Ora, o VR não é garantido. Se não é garantido, descabe falar em caução. E seja qual for o *nomen juris* dado — caução ou qualquer outro —, na prática, de-

turpa, desnatura o instituto do leasing, pois exige que o arrendatário desembolse desde logo os valores, tal qual na compra e venda mercantil a prestação. E aí, se o § 1º do art. 11 da Lei não for suficiente, vale repetir a parêmia de que em Direito as coisas se definem pelo conteúdo, e não pelos títulos ou emblemas. O derradeiro detalhe que merece ser referido é o de que a descaracterização, tendo em vista as conseqüências tributárias, não pode acontecer de ofício pelo juiz. Deve ser argüida pelo arrendatário”.

Não parece ser outra a conclusão que se colhe da lição de Fran Martins, quando diz: “Entende-se por arrendamento mercantil ou leasing o contrato segundo o qual uma pessoa jurídica arrenda a uma pessoa física ou jurídica, por tempo determinado, um bem comprado pela primeira de acordo com as indicações da segunda, cabendo ao arrendatário a opção de adquirir o bem arrendado findo o contrato, mediante um preço residual previamente fixado” (“Contratos e Obrigações Comerciais”, n. 403, pág. 449, Ed. Forense, 1995).

O conspícuo Des. Arnaldo Rizzardo, em sua obra (“O Leasing — Arrendamento Mercantil — no Direito Brasileiro”, São Paulo, RT, 1987, pág. 61), após referir os dispositivos legais que permitem a antecipação do exercício da opção antes do término do contrato, sustenta que “uma conseqüência admirável: o contrato não continuará como de arrendamento mercantil. Passará a considerar-se como de compra e venda a prestação”.

Tal entendimento é esposado por todos quando tratam do tema, como Jorge Pereira Andrade (“Arrendamento

Mercantil — Leasing”, in “Contratos Nominados”, coordenado por Yussef Said Cahali, São Paulo, 1995, pág. 216), o qual afirma que: “É característica essencial do contrato de leasing a oferta unilateral da arrendante à arrendatária de três opções ao final do contrato, sendo que uma delas obrigatoriamente deverá ser exercida: a) comprar o bem por valor residual adredemente determinado; b) devolver o bem; e c) renovar o contrato”.

Somam-se à doutrina inúmeros julgados do TARGS (vols. 100/313, 103/149-235-297 e vol. 104/351), sendo suficiente transcrever:

“Ação de revisão contratual. Arrendamento mercantil.

“Se, junto com as prestações do arrendamento do veículo o arrendatário também passa a pagar o valor residual, resta descaracterizado o contrato de arrendamento mercantil, constituindo-se em operação de compra e venda a prestação...” (TARGS 103/149).

O Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, da lavra do Min. Ruy Rosado, REsp. 155.493—SP, j. 16/3/99, acentuou: “A opção de compra com o pagamento do valor residual ao final do contrato é uma característica essencial do leasing financeiro. Com esse entendimento, a Turma, prosseguindo o julgamento, por maioria, entendeu que a cobrança antecipada do valor residual, embutida na prestação mensal, desfigura o contrato, transformando-o em compra e venda” (Informativo de Jurisprudência do STJ, número 11/15 a 19 de março de 1999).

Essa interpretação, descaracterizadora do contrato, obriga seja ultrapassada a alegada preclusão no

que respeita à decisão quanto à posse do bem, para mantê-lo com o agravante até final solução da causa.

Agrego a esses fundamentos as razões do despacho liminar, da lavra do eminente Desembargador Alcides Aguiar, que com o tirocínio que lhe é próprio pontuou:

“É consabido que na antecipação da tutela o Juiz cuida de abreviar a prestação jurisdicional de mérito, porém ‘com a diferença fundamental representada pela provisoriedade’.

“O autor propugna pela anulação de ato jurídico cumulada com revisão do contrato de arrendamento mercantil e repetição de indébito e pede tutela antecipada, assegurando-lhe entretanto a posse do veículo, indispensável à continuidade de seu labor, ao mesmo tempo que propugna pela repetição de valores que entende pagos a mais no âmbito das 20 prestações já saldadas e dentre as 24 pactuadas.

“Relevante se mostra a fundamentação do agravante, na medida que já honrou parcela significativa do débito (vinte das vinte e quatro prestações acordadas), e se propõe a comprovar que já pagou, por conta da dívida pactuada, maior valor que o bem está orçado.

“Comprova, por outro lado, o agravante, que o veículo arrendado, e objeto da ação de reintegração já intentada pelo agravado, serve à atividade desenvolvida por aquela — fls. 128 a 155, e que sua retirada do poder da agravante afetará a continuidade de seu labor, causando-lhe sérios transtornos financeiros, que a ninguém aproveitará.

“Em tais circunstâncias a orientação jurisprudencial é de que deva o bem, essencial à produção da arren-

datária, com ela permanecer até o final da ação, posto que se está diante de um interesse maior — coletivo (empregados, famílias e credores).

“Com efeito:

‘As máquinas indispensáveis à atividade industrial da empresa devedora, apreendidas em ação de busca e apreensão, podem permanecer na posse da ré enquanto tramita o processo, até o momento da efetivação da venda (...)’ (RT 717/269 — STJ, RMS n. 6.048-6, 4ª T., j. 12/2/95, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar — grifei).

“Neste egrégio Tribunal de Justiça, tem-se decidido igualmente:

‘Agravado de instrumento — Reintegração de posse — Leasing — Bem essencial ao funcionamento da empresa — Permanência em mãos do devedor.

‘Quando o bem objeto do contrato de arrendamento mercantil for essencial à continuidade do trabalho da empresa devedora, de modo que a apreensão signifique a paralisação de sua atividade produtiva, em prejuízo dos credores e empregados e com risco de quebra, aconselhável que o maquinário permaneça em poder do devedor, investido nas responsabilidades de depositário (AI n. 10.504, rel. Des. Eder Graf, j. 19/3/96)’ (in AI n. 96.005020-5, rel. o subscritor).

“A egrégia Quarta Câmara Civil já decidiu caso semelhante:

‘Arrendamento mercantil — (Leasing) — Ação ordinária de revisão de cláusulas contratuais c/c pedido de repetição de indébito e compensação de créditos, com pedido liminar de antecipação de tutela, suspensão dos efeitos da mora e condenação em lucros cessantes — Tutela concedida parcialmente — Art. 273, CPC

— Depósito do bem com o devedor — Abstenção de inscrição nos órgãos de proteção ao crédito e de intentar medidas judiciais com pedido liminar para reintegração na posse do bem — Pagamento de deztoit prestações num total de vinte e quatro — Autora que se propõe provar já haver quitado com sobras o financiamento mercê da cobrança de valores indevidos — Inscrição nos órgãos SPC, Serasa e outros — Medida constrangedora e impeditiva da obtenção de crédito — Aplicabilidade do Código do Consumidor, art. 42 — Veículo necessário à atividade profissional — Cuidando-se de maquinário indispensável à atividade do devedor, ainda que objeto de leasing, deve o bem permanecer com este, sob a responsabilidade de depositário, até o desfecho da lide, obrigando-se, porém, entretantes, a manter seguro total — Guardadas as circunstâncias do caso concreto, não se justifica constranger o devedor, que se propõe a comprovar haver saldado seu débito com o credor, com o registro de sua empresa nos órgãos de proteção ao crédito. Agravo desprovido' (Agravo de Instrumento n. 96.006175-4, de Curitiba, relator: o que ora subscreve, j. em 18 de setembro de 1997).

"E mais: 'Pode ser deferida ao arrendatário, na condição de depositário judicial, a posse do bem objeto de arrendamento mercantil, quando a apreensão possa impedir a continuidade da sua atividade econômica ou prejudicar a sua atividade produtiva, mediante a condição de contratar seguro facultativo integral para a cobertura de eventuais riscos' (Agravo de Instrumento n. 97.012076-1, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

"Ou, ainda: 'em situações excepcionais, em que a liminar de reintegração de posse gere crise e desem-

prego na empresa, a par da dificuldade de remoção do bem e da necessidade de manutenção constante, é que se tem permitido a sua permanência em mãos da arrendatária inadimplente' (Agravo de Instrumento n. 97.008044-1, de Caçador, rel. Des. Newton Trisotto).

"Por todo o exposto, concede-se a tutela cautelar, para que o agravante permaneça com o bem, até o desfecho da lide, mediante depósito judicial e obrigando-se a providenciar seguro total do bem no prazo que lhe for assinado. Por conseguinte, impõe-se, em face da conexidade, a suspensão da execução da liminar na ação reintegratória".

A existência de outros veículos, de propriedade da agravante, por si só, não afasta a "indispensabilidade", empregada no contexto da necessidade e exigências da atividade desenvolvida.

### III — Decisão

Diante do exposto, à unanimidade, dá-se provimento ao agravo para deferir em favor da agravante a tutela antecipada, na forma e com os encargos apontados na conclusão do despacho liminar de fls. 154/159.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Francisco Borges e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu.

Florianópolis, 15 de abril de 1999.

*Alcides Aguiar,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Cesar Abreu,*  
*Relator.*

## EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL

### EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS AO ACÓRDÃO DA APELAÇÃO CÍVEL N. 98.007347-2, DA CAPITAL

Relator: Des. Cesar Abreu

*Embargos declaratórios. Inocorrência de quaisquer das hipóteses do art. 535 do CPC. Reexame da prova. Inviabilidade. Rejeição.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração opostos por C.R.B. ao acórdão da Apelação Cível n. 98.007347-2, da comarca da Capital, em que é apelante C. R. B., sendo apelada I. B.:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por unanimidade, rejeitar os presentes embargos declaratórios.

Custas na forma da lei.

#### **I — Relatório**

Trata-se de embargos declaratórios interpostos por C. R. B. nos autos da Apelação Cível n. 98.007347-2, em que é apelada I. B.

Sustenta o embargante a existência de omissão no julgado, por ausência de consideração quanto ao depoimento testemunhal de S. R. S.

#### **II — Voto**

O acórdão embargado examinou em toda a sua extensão a prova produzida, embora não tenha reproduzido, em sua totalidade, mesmo porque dispensado dessa exigência, os depoimentos testemunhais produzidos.

Assinalou o julgado, esmiuçando a prova:

“O comportamento do autor/apelante, por outro lado, embora justificável e louvável no que concerne ao objetivo, merece reprovação do Juízo,

pela exposição a que tem submetido o menor, levando-o a depor, inclusive, em delegacia de polícia, sobre fatos de causa já ajuizada.

“E não é só. A representação formulada contra a psicóloga, que exerceu com dignidade o seu munus, cujo exercício ético da profissão restou reconhecido pela Comissão Permanente de Ética do Conselho Regional de Psicologia, bem está a retratar a necessidade de avaliação psicológica do autor, como sugerido no estudo da Assistente Social (fls. 87).

“Agrava-se a atitude reprovável quando procura, através da produção de prova testemunhal comprometida, alterar a verdade dos fatos” (fls. 273/274).

A falta de transcrição do depoimento de S. R. S., ou parte dele, deveu-se ao fato, único e exclusivo, de entender o julgador suficientemente demonstrado o grau de comprometimento das testemunhas. E o de S. R. S. não é exceção, sendo desconsiderado apenas na exemplificação.

Consta de seu depoimento (fls. 172) que foi contratada para investigar a vida da litigante e seu companheiro, recebendo remuneração pelo trabalho. Ao qualificar-se, entretanto, noticiou que é casada, de profissão desenhista, contando com 24 anos.

Ora, não se tratando de detetive profissional, torna-se bastante suspeito que dita testemunha, casada, tenha-se envolvido com o investigado a ponto de correr, como anotado, o risco de ser estuprada.

A declaração prestada, de qualquer forma, em seu conteúdo, em nada alteraria o decismum.

Ademais, em sede de embargos declaratórios não se admite o reexame de prova testemunhal, como assinalou o Des. Alcides Aguiar em precedente desta Câmara:

“Embargos declaratórios. Reexame da prova testemunhal e conseqüente alteração do julgado. Inocorrência de obscuridade, dúvida ou omissão. Recurso inacolhido” (EDACív. n. 31.289, da Capital).

E mais:

“Os embargos declaratórios, a pretexto de esclarecer ou completar o julgado, não têm por objetivo renovar a discussão, corrigir ou emendar os fundamentos da decisão. Também não cabem para elucidação ou exigir maior explicitação do voto” (STJ, REsp. n. 6.784-0/RS, rel. Min. Milton Pereira).

### III — Decisão

Diante do exposto, à unanimidade, rejeita-se os embargos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos.

Florianópolis, 9 de março de 2000.

*Alcides Aguiar,*  
*Presidente com voto;*  
*Cesar Abreu,*  
*Relator.*

## HABEAS CORPUS

### HABEAS CORPUS N. 98.003144-3, DE PONTE SERRADA

**Relator: Des. João José Schaefer**

— *Prisão civil. Infidelidade de depósito. Ordem concedida.*

— *A par de vício no depósito relativo à penhora, a prisão civil no caso mostra-se ilegítima, à luz do entendimento doutrinário e jurisprudencial de derrogação do art. 1.287 do Código Civil pelo art. 7º, n. 7, do Pacto de São José da Costa Rica, aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 27, de 26 de maio de 1992, e mandado cumprir pelo Decreto do Executivo n. 678, publicado no DO de 9/11/92, pág. 15.562 (“Prisão Civil do Depositário Infiel — Pacto de São José da Costa Rica”, de Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe — RT, e Embargos de Divergência n. 149.518, rel. o eminente Min. Ruy Rosado de Aguiar).*

— *Ordem de habeas corpus concedida.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 98.003144-3, da comarca de Ponte Serrada, em que são impetrantes Dr. Antônio Guido Classmann e outro, sendo pacientes Olimpio João Paglia e outro, e interessado o Banco do Brasil S/A:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, conceder a ordem.

Leandro César Paglia e Olimpio João Paglia agravam de instrumento de decisão do Dr. Juiz de Direito da comarca de Ponte Serrada que determinou sua intimação para, em 48 horas, entregarem bens que deram em penhor ao Banco do Brasil, ou depositarem o equivalente em dinheiro, sob pena de prisão.

Alegam, em síntese, que, tendo sido executados pelo agravado, não



pagaram o débito nem nomearam bens a penhora, em face do que o oficial de justiça tomou a assinatura dos agravantes num “termo de penhora” que se encontrava em branco, preenchendo-o, depois, com o produto soja, que jamais existiu.

Quando assinaram o termo supra, julgavam que seria penhorada uma área de terras, mas o oficial de justiça preferiu efetuar a penhora em face de descrição de bens numa cédula rural, não com base em bens que realmente tivesse visto.

O termo de penhora, contudo, é nulo, pois os bens não existem, revelando-se também contraditório, pois os agravantes foram nomeados depositários em Ponte Serrada enquanto o produto encontra-se na cidade de Xanxerê, a mais de 50km.

Nula, pois, a penhora, uma vez que não houve depósito aceito e formalizado (TJMG), a par de que é sabido que a penhora, para encontrar-se devidamente formalizada, deve vir cercada de todas as garantias de autenticidade, com a efetiva e corporal apreensão de bens (TAMG, Ap. n. 119.745-5), sendo certo, igualmente, que, em se tratando de depósito de produtos agrícolas, “a ausência física da coisa impossibilita sua restituição” (RSTJ 54/454), só se podendo constituir o penhor pela tradição efetiva (Código Civil, art. 768), e com a posse da coisa móvel pelo credor (Código Civil, art. 769).

Para demonstrar sua boa-fé, os agravantes oferecem 700 Títulos da Dívida Agrária — TDA, mas caso queira o credor estão prontos a oferecer bens de raiz.

Requereram, então, fosse conferido efeito suspensivo ao agravo e, a final, seu provimento.

Por despacho de fls.13/14, considerando que o agravo não foi instruído com cópia da decisão agravada, não tendo sido preparado, não reunindo, assim, requisitos de admissibilidade, dele, não obstante, conheci como habeas corpus, uma vez que “mais que manifestação de inconformidade contra decisão interlocutória no processo, tem o sentido de verdadeiro habeas corpus preventivo, eis que se insurge, fundamentalmente, contra prisão civil iminente” (fls. 14).

Dada a relevância dos fundamentos, suspendi, até julgamento final, a efetivação de qualquer constrangimento físico aos requerentes.

Dias depois os agravantes — já então pacientes — comprovaram haver protocolado o recurso no Cartório de Ponte Serrada, efetuando o respectivo preparo.

Seguiram-se as informações da autoridade indicada como coatora, sendo, a fls. 78/79, mantida a súplica como habeas corpus preventivo.

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, da lavra do Dr. Kurt Ernesto Hammerschmidt, foi pela concessão definitiva da ordem impedida uma vez que a penhora não se formalizou com o depósito, pois, para que este reste efetivado, mister “que o preceda a efetiva apreensão física de bens, ainda mais em se tratando de produtos agrícolas, onde a ausência material impossibilita sua restituição (RSTJ 54/454), só se concretizando o penhor pela efetiva tradição da res (Código Civil, art. 768), ou pela pos-

se da coisa móvel pelo credor (idem, art. 769)".

É o relatório.

O auto de penhora, lavrado em Ponte Serrada, noticia que os oficiais de justiça daquela comarca penhoraram os seguintes bens: "540.000 (quinhentos e quarenta mil) quilos de soja em grão que se encontra depositada na firma Sadia S/A, Indústria e Comércio, naquela cidade de Xanxerê/SC".

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça sustenta, com pertinência, que o depósito não restou formalizado, pois, para tanto, exige-se "que o preceda a efetiva apreensão física de bens, ainda mais em se tratando de produtos agrícolas, onde a ausência material impossibilita sua restituição (RSTJ 54/454), só se concretizando o penhor pela efetiva tradição da res (Código Civil, art. 768), ou pela posse da coisa móvel pelo credor (idem, art. 769)".

Só isso justificaria a concessão da ordem de habeas corpus.

Ocorre, mais, que vai-se firmando a orientação de que a prisão civil está, agora, reservada apenas às hipóteses de inadimplemento de obrigações alimentares.

Em trabalho publicado na Revista dos Tribunais n. 756/37 sob o título "Prisão Civil do Depositário Infiel em face da derrogação do art. 1.287 do Código Civil pelo Pacto de São José da Costa Rica", Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe sustentam que embora "constitucional a permissão de prisão civil do infiel depositário", está em plena vigência, como norma de caráter geral, o Pacto de São José da Costa Rica, derogatório de todas

as previsões legislativas de caráter geral sobre prisão civil, principalmente o art. 1.287 do Código Civil e os artigos 885, parágrafo único, 902, § 1º, e 904, parágrafo único, todos do CPC.

Argumentam aqueles juristas que o art. 5º, LXVII, da Carta Política de 1988, constitui uma norma que abre exceção permissiva à prisão civil ao dispor que "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel". Trata-se, entretanto, de norma não auto-aplicável, dependendo sua eficácia de lei.

Presentemente, dizem, não existe texto de lei autorizador de prisão civil em decorrência de infidelidade de depósito, mas apenas nos casos de inadimplemento de obrigação de alimentos.

É que tendo o art. 7º, n. 7, do aludido Pacto assentado que "Ninguém deve ser detido por dívida; este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar", e havendo tal Pacto sido aprovado pelo Decreto Legislativo n. 27, de 26/5/92, e mandado cumprir pelo Decreto Executivo n. 678, de 6/10/92, não mais estão em vigor os preceitos de lei ordinária permissivos da prisão civil por infidelidade de depósito.

Não obstante respeitável entendimento do eminente Ministro Celso Mello de que "não há como fazer abstração da Constituição para, com evidente desprestígio da normatividade que dele emana, conferir, sem razão jurídica, precedência a uma convenção internacional", consoante

despacho no HC n. 77.631/SC, publicado no DJU 158-E, de 19/8/98, seção I, pág. 35, transcrito no trabalho sob apreciação de Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe, essa não é uma orientação unânime no egrégio Supremo Tribunal Federal.

O eminente Ministro Marco Aurélio, por exemplo, no HC n. 77.383-MG, publicado no DJU de 27/6/97, assinalou que “O fato de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, situado no mesmo patamar da legislação ordinária, restou na derrogação desta no que extrapolava à hipótese de prisão civil por inadimplemento de prestação alimentícia”.

Em voto nos Embargos de Divergência no REsp. n. 149.518—Goiás (98/0063056-2), acórdão cuja publicação pende de declaração de outros votos, o eminente Ministro Ruy Roldo de Aguiar sustenta, também, a derrogação do art. 1.287 do Código Civil pelo Pacto de São José da Costa Rica.

Acentua, de início, que sua antiga opinião de que não cabe a prisão civil do devedor em alienação fiduciária “se reforça na mesma proporção em que se degrada o sistema prisional do País, transformados os cárceres em depósitos restituídos das mínimas condições de dignidade, conforme estamos, diariamente, sendo informados pela imprensa”, situação que mais se agrava, acrescenta, “quando se sabe que o egrégio Supremo Tribunal Federal já decidiu ser a prisão civil incompatível com a prisão albergue ou com a prisão domiciliar (HC n. 74.381/PR, 1ª Turma, 26/8/87)”.

Procede, em seguida, a ampla análise sobre os reflexos do Pacto de São José da Costa Rica no direito interno do Brasil, entendendo também derogado pelo aludido Pacto o disposto no art. 1.287 do Código Civil, culminando por transcrever este tópico de decisão do Min. Marco Aurélio no HC n. 79.010/PR (DJU de 10/3/99, seção 1, pág. 45):

“Vale frisar que o Brasil, ao subscrever o Pacto de São José da Costa Rica, situado no mesmo patamar da legislação ordinária, veio a derogar o Código Civil, o Código de Processo Civil e, com maior razão, o Decreto-Lei n. 911/69, alterado pelo artigo 4º da Lei n. 6.071/74, no que disciplinavam matérias estranhas à prestação alimentícia”.

Não há, pois, lei infraconstitucional autorizando a prisão civil fora da hipótese de inadimplemento de obrigação alimentar.

Nessas condições, concede-se a ordem, uma vez que não só comprometida a penhora, por defeito insanável do depósito, que pressupõe apreensão física dos bens, o que não ocorreu no caso, eis que o auto foi lavrado em Ponte Serrada e os bens depositados achavam-se em município diverso, como pela inexistência, presentemente, ante a integração ao direito positivo brasileiro do Pacto de São José da Costa Rica, de norma legal disciplinadora do depósito, como reconhecido pelo STJ nos Embargos de Divergência n. 149.518, de Goiás, relatados pelo eminente Min. Ruy Roldo de Aguiar.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Alcides Aguiar e Pedro Ma-

noel Abreu. Lavrou parecer, pela dou-  
ta Procuradoria-Geral de Justiça, o  
Exmo. Sr. Dr. Kurt Ernesto Ham-  
merschmidt.

Florianópolis, 17 de dezembro de 1999.

*João José Schaefer,*  
*Presidente e Relator.*



# **JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL**





## HABEAS CORPUS

### HABEAS CORPUS N. 00.001507-5, DE BLUMENAU

**Relator: Des. Amaral e Silva**

*Processual penal — Habeas corpus — Conveniência da instrução criminal — Decreto que não preenche o requisito — Art. 312 do CPP — Ordem concedida.*

*Para a preventiva por conveniência da instrução criminal, é necessário que o agente esteja efetivamente interferindo por meio de atos que dificultem ou impeçam a produção da prova ou o andamento do processo.*

*Se a prova está em condições tranqüilas de produção ou se o processo transcorre normalmente, não há justificativa para a medida extrema.*

*A prisão preventiva exige exposição de fatos concretos que motivem a medida extrema, não podendo basear-se em meras suposições.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 00.001507-5, da comarca de Blumenau, em que são impetrantes o Dr. Nestor José Silveira e outros, sendo paciente Jair Cordeiro:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por maioria de votos, con-

ceder a ordem, expedindo-se alvará de soltura, se por aí não estiver preso.

#### **I — Relatório**

Trata-se de habeas corpus em que os impetrantes, em longo arrazoado, sustentam falta de justa causa, extinção da punibilidade e nulidade do despacho que decretou a preventiva.

A respeito da falta de justa causa, argumentam que não mais integrando a sociedade por cotas o paciente não pode ser responsabilizado por crime de sonegação fiscal.

No tocante à extinção da punibilidade, que, havendo parcelamento, o processo não poderia prosseguir.

Com referência à ilegalidade do decreto da preventiva, que a medida não encontra apoio no Código de Processo, haja vista inexistir prova esteja prejudicando a instrução, destruindo ou ocultando documentos ou ameaçando a ordem pública, não se fazendo presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo.

Denegada a liminar, a Dra. Juíza informou dizendo, também em resumo, que oferecida denúncia, como o paciente já condenado por idêntico crime estivesse dificultando as investigações e atrapalhando a formação da culpa, decretou a medida para a garantia da ordem pública, da ordem econômica e para a conveniência da instrução criminal.

A d. Procuradoria opina pela denegação da ordem.

Foram oferecidos memoriais e requerida a revogação da liminar.

Em virtude de se encontrar fundamentado o despacho, em face da complexidade da matéria e a proximidade da sessão, deixei para me pronunciar ao crivo do colegiado.

## II — Voto

1 — No tocante aos pedidos de trancamento da ação penal e cassação do decreto por ausência de fundamentação, servem os argumentos ex-

pendidos quando do indeferimento da liminar:

“1 — Falta de justa causa:

“O simples fato de haver o réu se afastado da sociedade comercial, não torna inepta a denúncia, muito menos provoca a carência da respectiva ação.

“Ademais, no caso, o afastamento ocorreu posteriormente aos fatos objeto da denúncia.

“2 — Extinção da punibilidade:

“A espécie, segundo a denúncia, se refere à fraude consubstanciada na falsificação de notas fiscais. Não se trata de simples falta de recolhimento de tributos.

“Já decidi esta Corte:

‘Ação penal — Sonegação fiscal — Parcelamento do débito antes do oferecimento da denúncia — Extinção da punibilidade inócurren-te — Parcelamento que não se confunde com novação — Necessidade de quitação integral da dívida.

‘A obrigação tributária nasce de um fato gerador previsto em lei, se constitui com o lançamento e se torna dívida ativa com a inscrição; o parcelamento da dívida não é fato gerador nem lançamento, não cancela a inscrição da dívida, não origina nova inscrição e não extingue a execução fiscal, que apenas fica suspensa.

‘Não há novação, quando a obrigação apenas se adicionam novas garantias, quando se concede moratória ao devedor, quando se lhe defere abatimento do preço ou se tolera que o pagamento seja parcelado.

‘Nos crimes contra a ordem tributária a extinção da punibilidade pelo pagamento (art. 34 da Lei n. 9.249/95),

pressupõe a satisfação integral do débito, e não apenas o seu parcelamento' (Ap. Crim. n. 99.001573-4, de Chapecó, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

"Do voto:

'A Lei n. 9.249, de 26/12/95, restabeleceu a extinção da punibilidade, se 'o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia', acrescentando que o benefício alcança os 'crimes definidos na Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965' (art. 34).

'A exegese deste artigo, ditada pelo Supremo Tribunal Federal, afasta o parcelamento e exige satisfação integral do débito:

'Nos crimes contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/90), a extinção da punibilidade 'quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia' (Lei n. 9.249/95, art. 34) pressupõe a satisfação integral do débito, e não apenas o seu parcelamento. Precedente citado: Inq (QO) 1.028—RS (DJU de 30/8/96); HC n. 74.754—SP (julgado em 4/3/97, acórdão pendente de publicação, vol. Informativo 62)' (HC n. 77.010-RS, rel. Min. Neri da Silveira, j. em 24/11/98, in Informativo STF 133).

'Também esta egrégia Segunda Câmara Criminal, recentemente aderiu ao entendimento; revendo anterior posicionamento externado em Habeas Corpus (n. 96.005454-5, de Joinville, j. em 3/9/96), cujo relator foi o eminente Des. José Roberge:

'Extinção da punibilidade pelo parcelamento da dívida, antes do oferecimento da denúncia. Entendimento jurisprudencial, inclusive do STF no sentido da necessidade de quitação integral da dívida' (HC n. 98.015416-2, de Indaial, rel. Des. Álvaro Wandelli, j. em 15/12/98).

'Ainda:

'Parcelamento do débito antes do recebimento da denúncia — Vigência do artigo 34 da Lei n. 9.249/95 — Exigência do pagamento integral da dívida tributária para a extinção da punibilidade — Inadmissibilidade do mero parcelamento — Trancamento da ação penal inviável' (Habeas Corpus n. 98.007572-6, de Canoinhas, rel. Des. Jorge Mussi, j. em 18/8/98).

'A fim de elucidar a questão, o caminho leva à análise acadêmica do instituto de natureza civil da novação (CC, art. 999), invocado anteriormente nesta Corte e em inúmeros julgados dos tribunais pátrios:

'Dá-se a novação:

'I — Quando o devedor contrai com o credor nova dívida, para extinguir e substituir a anterior.

'(...).

'O conceito, pacífico entre os doutrinadores, informa que a novação ocorre, segundo Maria Helena Diniz, 'quando as partes interessadas criam uma nova obrigação com o escopo de extinguir uma antiga' (Curso de Direito Civil Brasileiro, Teoria Geral das Obrigações, 2º vol., SP, Saraiva, 1983, pág. 243), ou seja, há uma substituição da dívida anterior, pois acaso ocorra inadimplemento, é a nova obrigação que constituir-se-á título hábil à promoção da execução civil. Compor-

tando, portanto, duplo conteúdo: extintivo no tocante à obrigação originária, e gerador quanto à nova que se constitui.

‘No caso, o parcelamento do crédito tributário, oriundo de notificações fiscais relativas ao ICMS, não constitui nova dívida com o Fisco Estadual, com o objetivo de extinguir e substituir a originária, como, por igual, não houve a substituição das partes, mas apenas concessão de facilidade ao paciente/devedor para satisfação da dívida.

‘Ora, para o parcelamento da dívida tributária há mero acordo em que o credor aceita receber o débito em prestações, sob determinadas garantias; além disso, não se verifica o estabelecimento de nova obrigação e muito menos desaparece a obrigação anterior.

‘Concordam, ainda, os doutrinadores quanto aos elementos essenciais da novação, citando, além da existência jurídica de uma obrigação, e da constituição de uma nova, o *animus novandi*, a intenção de novar (Orlando Gomes, *Obrigações*, 8ª ed., Rio, Forense, 1986, pág. 164).

‘Complementa o art. 1.000 do Código Civil, que:

‘Não havendo ânimo de novar, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira’.

‘Em lição que se acopla qual uma luva à situação aqui detalhada, observa o insigne Antunes Varela:

‘Se a idéia das partes é apenas a de alterar ou modificar o objeto da obrigação, o tempo ou o modo do seu cumprimento (elevando a taxa de juros, incluindo correção monetária, al-

terando o lugar de entrega da mercadoria etc.), mas sem a intenção de a dar por extinta, não há novação. Há apenas modificação ou alteração da obrigação’ (Direito das Obrigações, Forense, 1978, vol. II, pág. 214).

‘Proclama, de forma idêntica, o lapidar Washington de Barros Monteiro:

‘Não há novação, quando a obrigação apenas se adicionam novas garantias, quando se concede moratória ao devedor, quando se lhe defere abatimento do preço, maiores facilidades de pagamento ou reforma do título (...) a) quando feita simples redução no montante da dívida; b) mera tolerância do credor não importa manifestação da vontade de novar; c) não ocorre novação quando o credor tolera que o devedor lhe pague parceladamente; d) quando anui a modificação na taxa de juros’ (Direito das Obrigações, vol. 4, 18ª ed., SP, Saraiva, 1995, pág. 297).

‘Linhas após, diz o eminente jurista:

‘Em resumo: intenção de novar não se presume. Deve ser expressamente declarada pelas partes, ou resultar, de modo inequívoco, da natureza das obrigações inconciliáveis entre si. Não havendo ânimo de novar, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira’ (ob. cit., pág. 297).

‘Também os tribunais pátrios, em matéria civil, têm acentuado:

‘O ânimo de novar não se presume; para ocorrer novação é imprescindível comprovação da existência de vontade irrefutável de extinguir o crédito primitivo, sem a qual a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira.

‘Não há novação, quando à obrigação apenas se adicionam novas garantias, quando se concede moratória ao devedor, quando se lhe defere abatimento do preço, maiores facilidades de pagamento ou reforma do título’ (Ap. Cív. n. 88.080470-1 (48.267), de Balneário Camboriú, deste Relator, j. em 27/5/98).

‘Não fossem essas as razões, a doutrina pertinente ensina que a obrigação tributária nasce de um fato gerador previsto em lei, se constitui com o lançamento e se torna dívida ativa com a inscrição; o acordo de parcelamento não é fato gerador nem lançamento, não cancela a inscrição da dívida, não origina nova inscrição e não extingue a execução fiscal, que fica suspensa.

‘Nesse passo, ‘enquanto a nova dívida mantém, nos termos em que foi acordada, íntegro o direito do credor da esfera civil, o poder punitivo do Estado, no Direito Penal, simplesmente desapareceria. O credor, na novação, no mesmo ato em que abre mão do seu direito, arma-se com outra obrigação que lhe garante o vínculo com o devedor. Na extinção da punibilidade, desaparece definitivamente o direito de punir do Estado. E a Sociedade, destinatária desse direito, restaria absolutamente desamparada’ (Ieda Maria Andrade Lima, A Extinção da Punibilidade e o Parcelamento do Tributo, in Revista da Procuradoria-Geral da República, n. 7, pág. 113).

‘Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

‘RHC — Processual penal — Sonogação fiscal — Parcelamento da dívida — Extinção da punibilidade —

Lei n. 8.137, de 27/12/90 — Lei n. 8.383, de 30/12/91 — Extinção do crédito tributário (CTN, art. 156) — A infração penal, como causa, gera relação jurídica entre o estado (sujeito ativo) e o agente (sujeito passivo).

‘No crime tributário a sonogação fiscal atua como causa. O parcelamento do débito, quando permitido repercute na relação jurídica, especificamente, no conteúdo, dado modificar o direito de recebimento do credor. Em havendo parcelamento (acordo de vontades), enquanto não vencido o prazo das prestações, o crédito não é exigível. O débito, pelo menos em parte, torna-se vincendo. O parcelamento não se confunde com a novação (esta implica substituição da relação jurídica, com mudança do devedor, do credor, ou do objeto da prestação). O parcelamento, ao contrário, mantém a relação jurídica e repercute apenas nas condições do pagamento. O parcelamento não está arrolado entre as causas de extinção do crédito tributário (CTN, art. 156). Impõe-se, também aqui, interpretação lógico-sistemática; invoquem-se, ademais, os princípios gerais das obrigações. O parcelamento não é causa extintiva da obrigação tributária. Todavia, em sendo honrado, implica pagamento. Assim, obtido o parcelamento, na vigência e condições da Lei n. 8.137/90, mantém-se a relação jurídica constituída. Não é afetada (decorrência do direito adquirido) pela Lei n. 8.383/91’ (HC n. 7.231/DF, in DJ de 17/2/99, pág. 166, rel. Min. Fernando Gonçalves, rel. p/ Ac. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro).’

“3 — Falta de fundamentação do decreto da preventiva:

“Em sete laudas a Dra. Juíza explicitou as razões da necessidade da medida extrema, aludindo aos fatos justificadores da cautelar: tentativa de desvio de documentos que poderiam servir de prova; condenação por crime da mesma espécie em outro processo; outros fatos consistentes em crimes contra a ordem tributária.

“Havendo a ilustre Juíza explicitado, com clareza e precisão, os motivos que caracterizam a necessidade de garantir a ordem pública e a ordem econômica, bem assim havendo demonstrado a conveniência da medida para a instrução criminal, não exsurge presente o pressuposto da ilegalidade ou do abuso de poder ensejadores da liminar”.

Como visto, o decreto porta fundamentação.

2 — A digna Magistrada decretou a medida com o fim de garantir a ordem pública, a ordem econômica e a instrução criminal.

Aprofundando os temas, agora em sede de julgamento, com caráter de definitividade, passo ao exame acurado da matéria:

### 2.1 — Ordem pública

Cediço, a gravidade do delito, por si só, não é suficiente à segregação preventiva.

Alberto Silva Franco e outros anotaram:

“A gravidade do delito, por si só, não basta para fundamentar a decretação da prisão preventiva, ainda que nele se aluda à necessidade de garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal. É imprescindível a demonstração da necessidade de garantia da aplicação da lei penal, assim

como de que a ordem pública se veja ameaçada com a liberdade do acusado’ (TJSP — HC 43.044-3 — rel. Nogueira Garcez — RT 608/325)” (in Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial, vol. 2, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pág. 1.971).

Nesta Corte:

“A simples referência à gravidade do delito não basta para indeferir o direito de recorrer em liberdade. É imprescindível fundamentar a decisão, explicitando os motivos da medida” (HC n. 98.017362-0, de Araranguá, de que fui relator).

“Prisão preventiva — Garantia da ordem pública — Inexistência dos pressupostos descritos no art. 312 do CPP que justifiquem o seqüestro cautelar do paciente — Desnecessidade da medida extrema — Decisão a quo revogada — Ordem concedida” (HC n. 99.003743-6, de Urussanga, rel. Des. Jorge Mussi).

Do voto:

“A gravidade do delito denunciado não basta, por si só, para a decretação da custódia, assim como a repercussão do fato, sem outras conseqüências, também não é motivo suficiente para determinar-se a preventiva. As razões para o decreto da prisão devem ser convincentemente motivadas, não podendo vir fundamentadas em meras suposições, ilações dedutivas ou proposições abstratas, mas resultar de fatos concretos, o que não se vislumbra na hipótese em tela”.

O paciente não responde por crime hediondo ou de repercussão social. Responde por sonegação fiscal, delito sem grave ameaça ou violência à pessoa. De ter em conta que os da-

nos patrimoniais encontram-se em fase de composição, tanto que houve parcelamento do débito.

## 2.2 — Ordem econômica

O paciente responde pela prática, em tese, de crime contra a ordem tributária. A preventiva foi decretada para garantia da ordem econômica. Hipótese diferente.

Julio Fabbrini Mirabete explica:

“Pelo artigo 86 da Lei n. 8.884, de 11/7/1994 (Lei Antitruste), incluiu-se no art. 312 do Código a possibilidade da decretação da prisão preventiva para garantir a ordem econômica. Segundo a referida lei, infringem a ordem econômica as condutas que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos mencionados no artigo 20: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; e exercer de forma abusiva posição dominante. De se ressaltar, porém, que a Lei Antitruste prevê em seu artigo 21 apenas infrações administrativas e não ilícitos penais. O artigo 312 do CPP só pode ser aplicado na prática de crime que possa causar perturbação à ordem econômica, citando-se, especificamente, os definidos na Lei n. 8.137, de 27/12/90, entre os quais o de ‘elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado’ (art. 4º, VII, com a redação dada pelo art. 85 da Lei n. 8.884), na Lei n. 7.492, de 16/6/1986, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e dá outras providências, e na Lei n. 1.521, de 26/12/1952, que prevê os crimes contra a economia popular” (in Código de

Processo Penal Interpretado, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 1996, págs. 377/378).

Como se vê, incabível, na espécie, a segregação para garantir a ordem econômica.

## 2.3 — Instrução criminal

Como garantia da instrução a Dra. Juíza baseou-se no incêndio ocorrido na Transportadora Bahr.

Embora haja suspeita, o fato é que a digna Juíza lastreou-se em meras suposições, segundo as quais o incêndio fora criminoso, com objetivo de ocultar documentação contábil.

Entretanto, não mencionou nada de concreto, relacionando provas de que tivesse o paciente participado do evento.

Para a higidez da preventiva, seria necessário que a Magistrada apontasse fatos concretos, extraídos dos autos, praticados pelo paciente que efetivamente prejudicassem a instrução.

Ocorre que, segundo o decreto impugnado, a documentação foi apreendida e localizada, o que afasta eventual prejuízo à instrução.

A prisão preventiva só pode ser decretada dentro da estrita legalidade, com explicitação dos motivos, colhidos na prova do inquérito ou do processo.

Na lição de Julio Fabbrini Mirabete:

“Trata-se de medida cautelar de privação de liberdade que exige uma exposição fundada em dados concretos que motivem sua adoção, não bastando que o Magistrado se refira genericamente aos autos, ou transcreva simplesmente os dizeres da lei. Exige-se uma fundamentação



que não diga respeito a meras suposições. Caso tal ocorra, haverá constrangimento ilegal ensejador de pedido de habeas corpus" (in Código de Processo Penal Interpretado, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 1996, pág. 381).

3 — Pelo exposto, não havendo prejuízo à instrução, concedo a ordem. Expeça-se alvará de soltura, se por aí não estiver o paciente preso.

### III — Decisão

Acompanharam o relator. Concederam a ordem.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Francisco Borges. Vencido o Exmo. Sr. Des. Genésio Nolli. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 22 de fevereiro de 2000.

*Amaral e Silva,  
Presidente e Relator.*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Genésio Nolli:

Ousei divergir da douta maioria, por entender que a manutenção da prisão preventiva é medida imperativa, conforme adequadamente consignou o Dr. Procurador de Justiça em seu parecer de fls., o qual acolho e passo a transcrever:

"Finalmente nos referimos ao derradeiro argumento do impetrante, que diz respeito à pretensa ausência de fundamentação do decreto de prisão preventiva expedido contra o paciente.

"Totalmente inaceitável o pleito de ver deferida a ordem de habeas corpus com tal alegação, diante do que se observa da leitura do extenso decreto prisional de autoria da magistrada, que tanto se esmerou em esgotar os fundamentos pelos quais deferiria a pretensão do Ministério Público de ver decretada a custódia preventiva do paciente.

"Sobre o assunto também se manifestou o Desembargador relator, ao registrar:

'Em sete laudas a Dra. Juíza Substituta explicitou as razões da necessidade de medida extrema, aludindo aos fatos justificadores da cautelar: tentativa de desvio de documentos que poderiam servir de prova; condenação por crime da mesma espécie em outro processo; outros fatos consistentes em crime contra a ordem tributária.

'Havendo a ilustre juíza explicitado, com clareza e precisão, os motivos que caracterizam a necessidade de garantir a ordem pública e a ordem econômica, bem assim havendo demonstrado a conveniência da medida para a instrução criminal, não exsurge presente o pressuposto da ilegalidade ou do abuso do poder ensejadores da liminar', e, pedimos vênias para acrescentar, para a concessão da ordem de habeas corpus requerida.

"Ainda sobre o assunto vale observar-se o que afirmou a Magistrada autora do decreto prisional, quando prestou informações (fls. 112/114):

'Não fosse isto, o decreto de prisão preventiva não foi baseado única e exclusivamente em razão da denúncia formulada contra o réu, mas também pelas circunstâncias documentadas

nos autos, dando conta de que o mesmo estaria impedindo o completo êxito da fiscalização, e, assim, a formação da culpa.

‘Desta forma entendi, na oportunidade, que o alegado parcelamento do débito não desnaturaria o decreto de prisão preventiva, que foi baseado no assecuramento da ordem pública, ordem econômica, bem como conveniência da instrução criminal, requisitos estes ainda presentes.

‘É por demais sabido que a prisão preventiva é instituto de incidência excepcional, uma vez que lesa o exercício do direito de ir e vir, entretanto, no caso dos autos diante da falta documental apresentada pelo Representante do Ministério Público existia, como ainda existem, fortes e veementes indícios de ter sido o incêndio na Transportadora Bahr Ltda.

criminoso, com o intuito único e exclusivo de impedir acesso da fiscalização aos documentos fiscais que comprometem o paciente’.

“Maior esforço não pode ser exigido de quem examinou todo o processo, e que concluiu pela necessidade da decretação da custódia preventiva.

“Sempre importante salientar o princípio da confiança que se deve ter com o Magistrado que preside o processo, posto que ele, a autoridade mais próxima do crime e de sua repercussão na comunidade, é quem melhor pode dizer sobre a necessidade ou não da decretação da custódia preventiva de quem o cometeu”.

Por tais motivos peço vênias para discordar da culta maioria.

*Genésio Noll.*

## HABEAS CORPUS N. 99.018419-6, DE PIÇARRAS

**Relator: Des. Jorge Mussi**

*Habeas corpus — Pronúncia — Ausência de fundamentação quanto à manutenção da segregação do paciente — Constrangimento ilegal caracterizado — Voto vencido — Ordem denegada.*

*Sentença provisional — Profunda incursão na prova e na matéria de direito — Decisão que extrapolou o juízo de admissibilidade — Aferição que deve ser feita pelo Tribunal do Júri — Excesso configurado — Concessão de habeas corpus de ofício para anular a decisão de pronúncia que se impõe, devendo outra ser prolatada.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 99.018419-6, da comarca de Piçarras, em que é impetrante o Dr. Ademir Manoel Furtado, sendo paciente José João Maestri:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por maioria de votos, denegar a ordem e, à unanimidade, conceder habeas corpus, de ofício, para anular a sentença de pronúncia, a

fim de que outra seja prolatada; mantida a prisão do paciente.

1 — Trata-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado pelo Dr. Ademir Manoel Furtado, com fundamento no art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, e art. 647 do Código de Processo Penal, em favor de João José Maestri, comissário de polícia civil, preso provisoriamente nos autos do Processo Crime n. 048.99.002067-0, em que foi denunciado por infração ao art. 121, caput, do Estatuto Penal, em trâmite na comarca de Piçarras, Juízo apontado como coator.

Alegou o impetrante que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, posto que a sentença que o pronunciou por homicídio qualificado pela utilização de recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima (surpresa) — art. 121, § 2º, IV, do CP —, desobedeceu ao disposto no art. 408, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal, uma vez que foi omissa quanto à necessidade de manutenção da custódia cautelar, o que acarretou sua permanência no cárcere onde se encontra.

Sustentou, ademais, que o paciente preenche os pressupostos para responder em liberdade a segunda fase do processo crime, já que é primário e sem antecedentes criminais.

Pretende, assim, a concessão da ordem mandamental, a fim de que seja restituído ao paciente o status libertatis.

O pedido veio instruído tão-somente com cópia da sentença provisional (fls. 11/17).

Solicitadas as informações, a autoridade apontada como coatora prestou-as a fls. 24 usque 28, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça se manifestado pela denegação da ordem.

É o relatório.

2 — O writ, por maioria de votos, não é concedido, porquanto o paciente já se encontrava encarcerado em virtude de prisão preventiva decretada, entendendo a Câmara não haver necessidade da sentença de pronúncia novamente se manifestar sobre a imprescindibilidade da manutenção da sua segregação.

Porém, com o devido respeito e vênua, nessa parte dissenti da douta maioria, eis que a provisional sequer fez menção à recomendação do paciente na prisão, e assim entendi porque, consoante lição de Julio Fabbrini Mirabete, trazida na inicial, “Quer mantenha ou revogue a prisão anteriormente decretada, quer, estando o réu solto, venha a decretá-la ou dispense de fazê-lo, a sentença de pronúncia deve motivar tal ou qualquer decisão, tendo em vista os termos do art. 408, §§ 1º e 2º” (fls. 4).

Nessa linha também segue o ensinamento de Fernando da Costa Tourinho, veja-se:

“Evidente, em face do que prescreve o art. 5º, LXI, da CF, que, à exceção do flagrante, toda e qualquer prisão deve ser fundamentada. Assim, sempre que o Juiz proferir decisão de pronúncia, a prisão somente poderá ser decretada se fundamentada, isto é, deverá o Magistrado dar as razões da sua necessidade, pouco importando seja o réu primário ou reincidente, de bons ou maus antecedentes. Por

outro lado, como a pedra de toque de toda e qualquer prisão que antecede a um decreto condenatório irrecurável repousa numa das circunstâncias referidas no art. 312 do CPP, cumpre ao Juiz justificar a prisão" (in "Código de Processo Penal Comentado", 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998, vol. 2, pág. 29).

E citando decisão do Excelso Pretório, mais adiante, o autor conclui:

"Aliás, a Suprema Corte, pela voz sempre autorizada do eminente Ministro Marco Aurélio, apreciando o HC n. 73.364, do Rio de Janeiro, observou, com sensibilidade e profundo acerto, que 'a prisão provisória não decorre automaticamente da pronúncia. É preciso seja fundamentada' (Informativo STF, n. 35, de 19/6/1996)" (pág. 30).

A colenda Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sobre a matéria, assim decidiu em recentíssimo julgado:

"Processual penal. Recurso ordinário de habeas corpus. Homicídio qualificado. Prisão preventiva. Pronúncia. Falta de fundamentação.

"I — Configura constrangimento ilegal a confirmação, na pronúncia, da decretação de prisão preventiva totalmente desmotivada (Precedente).

"II — Conseqüentemente, se o réu é primário, com bons antecedentes, endereço certo e profissão definida, e não surgindo fato novo, deve o mesmo aguardar o julgamento em liberdade.

"Recurso provido" (ROHC n. 8.970, de São Paulo, rel. Min. Félix Fischer, publ. no DJU n. 199/E, de 18/10/99, pág. 240).

Desta egrégia Corte de Justiça colaciona-se a seguinte decisão:

"Habeas corpus.

"Homicídio qualificado. Prisão preventiva (...) Simples recomendação da prisão. Ausência de fundamentação. Ordem concedida.

"Evidenciado que a sentença de pronúncia não explicitou os fatos concretos indicativos da persistência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva (...) o retorno ao status libertatis se impõe" (HC n. 97.015223-7, de Campos Novos, rel. Des. Cesar Abreu, j. em 6/1/98).

Em caso semelhante o Supremo Tribunal Federal também já decidiu:

"Pronúncia. Decretação de prisão (motivação). Quer mantenha ou revogue a prisão anteriormente decretada, quer estando o réu solto, venha a decretá-la ou dispense de fazê-lo, a sentença de pronúncia deve motivar tal ou qual decisão, tendo em vista os termos do art. 408, §§ 1º e 2º, do CPP, sob pena de ilegalidade. Habeas corpus concedido" (RT 573/486).

E do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul extrai-se especialmente a questão da necessidade de fundamentação da custódia quando da sentença de pronúncia, principalmente em se considerando o disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal:

"Habeas corpus — Sentença de pronúncia que manteve a prisão preventiva do réu — Ausência de motivação — Ofensa ao princípio consagrado no art. 93, IX, da Constituição — Pressupostos legais indicados no art. 408, § 2º, do CPP — Inocorrência

de seu exame pelo ato impugnado — Situação de constrangimento ilegal configurada — Ordem concedida.

“O ordenamento jurídico brasileiro, ao tornar a exigência de fundamentação das decisões judiciais um elemento imprescindível e essencial à válida configuração dos atos sentenciados, refletiu, em favor dos indivíduos, uma poderosa garantia contra eventuais excessos do Estado-Juiz, e impôs, como natural derivação desse dever, um fator de clara limitação dos poderes deferidos a Magistrados e Tribunais. O Juiz pronunciante deve, sempre, motivar a sua decisão, quer para decretar, quer para revogar, quer para deixar de ordenar a prisão provisória do réu pronunciado. Não há, em tema de liberdade individual, a possibilidade de se reconhecer a existência de arbítrio judicial. Os Juízes e Tribunais estão, ainda que se cuide do exercício de mera faculdade processual, sujeitos, expressamente, ao dever de motivação dos atos constritivos do status libertatis que pratiquem no desempenho de seu ofício. A conservação de um homem na prisão requer mais do que um simples pronunciamento jurisdicional. A restrição ao estado de liberdade impõe ato decisório suficientemente fundamentado, que encontre suporte em fatos concretos” (RJTJRGs 149/15).

Todavia, restei vencido no tocante à concessão da ordem, razão pela qual o writ foi denegado.

3 — Contudo, concede-se habeas corpus, de ofício, para anular a sentença de pronúncia, eis que esta fez profunda incursão na prova e na matéria de direito, buscando a certeza da culpabilidade do paciente, como se

fosse um verdadeiro Juízo de condenação.

Com efeito, sabe-se que a admissibilidade da acusação a ser submetida ao julgamento popular deve valorar as provas, com análise dos indícios da autoria e materialidade do crime, bem como em relação às qualificadoras, não ultrapassando de forma alguma os limites de uma verificação não aprofundada, pois, como se orienta este Tribunal, segundo se extrai da JC 50/352 (rel. Des. Marcio Batista): “a sentença de pronúncia tem de ser fundamentada em termos sóbrios e comedidos, como ensinam a jurisprudência e a doutrina, a fim de não exercer qualquer influência no ânimo dos jurados”.

Portanto, “Na sentença de pronúncia deve o Magistrado dar os motivos de seu convencimento. Esse convencimento refere-se à existência de prova da materialidade da infração, aos indícios suficientes da autoria e à natureza da infração, capazes de legitimar a segunda fase do processo, com a classificação do delito que o Juiz admitir, apontando o elemento de prova existente, sem valorá-lo como apto a condenar” (RT 596/412).

Ora, a decisão em questão ingressou demasiadamente no mérito, pois, como é sabido, o Juiz deve convencer-se da existência do crime e dos indícios da autoria, sob pena de impronunciar os réus (art. 409, CPP), devendo indicar, em sentença fundamentada, as razões que o levaram a esse convencimento, mas sem confrontar a prova até então produzida no caderno processual.

Veja-se como se apresenta a jurisprudência:

“Extravasa de sua competência o juiz, que, ao prolatar o despacho de pronúncia, aprecia com profundidade o mérito, perdendo-se em estudo comparativo das provas colhidas, repudiando umas e, com veemência, valorizando outras, exercendo atribuições próprias dos jurados” (RT 521/439).

No mesmo prisma extrai-se:

“Não pode e não deve o Magistrado, ao proferir a sentença de pronúncia, fazer apreciação subjetiva dos elementos probatórios coligidos, cumprindo-lhe limitar-se única e tão-somente a apontar os indícios e as provas do crime e sua autoria, deixando aos jurados o exame aprofundado da matéria. Não tocando a ele o julgamento dos delitos dolosos contra a vida, a incursão sobre o mérito da causa importa indébita invasão da competência que a Carta Magna reservou ao julgador leigo” (RT 591/ 301).

Contudo, na espécie em exame, ao afastar categoricamente qualquer possibilidade de ter o paciente agido amparado na excludente de antijuridicidade da legítima defesa ou no estrito cumprimento do dever legal, sem sombra de dúvida o decisum excedeu-se na motivação e na fundamentação, porquanto isto é matéria para ser aferida pelo Tribunal do Júri, Juízo natural dos crimes dolosos contra a vida e não da fase de pronúncia, cuja decisão não faz res judicata e os seus termos devem ser sóbrios e técnicos, para que não tenha reflexo direto no espírito dos juízes de fato.

Nesse sentido colaciona-se julgado do Estado de São Paulo:

“Embora não se exija que o juiz, na decisão de pronúncia, se limite a um simples relato da prova dos autos,

cabendo-lhe fazer considerações que a justifiquem, não lhe é dado, entretanto, extravasar de sua competência, perdendo-se no exame aprofundado da prova, que somente ao Tribunal do Júri cabe apreciar” (RT 644/258).

Da lição de Hermínio Alberto Marques Porto destaca-se:

“Na fundamentação, a valoração das provas, envolvendo indícios de autoria relacionados com a culpabilidade, é expressada nos limites de uma verificação não aprofundada, mas eficiente à formalização de um esquema classificador. Nem só ao rebater os argumentos das partes, como ao oferecer o seu convencimento, o Juiz, na pronúncia, para não ultrapassar o permissivo à decisão interlocutória de encaminhamento da imputação, e para não influir, indevidamente, no espírito dos jurados, deve ter o comedimento das expressões, para que não sejam ultrapassados os limites de decisão marcadamente de efeitos processuais” (in “Júri, Procedimento e Aspectos do Julgamento”, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, pág. 84).

Adriano Marrey, Alberto Silva Franco e Rui Stoco também discorrem sobre o tema:

“Na fundamentação da pronúncia deve o juiz usar de prudência, evitando manifestação própria quanto ao mérito da acusação. Cumprindo-lhe abster-se de refutar, a qualquer pretexto, as teses da defesa, contra-argumentando com dados do processo, nem mesmo para acolher circunstâncias elementares do crime.

“Sua precípua função é verificar a existência do *fumus boni juris* que justifique o julgamento do réu pelo Júri.

"Devem ser abolidas expressões como: 'O réu é culpado, O réu não agiu em legítima defesa..., O réu agiu com torpeza..., O réu provocou a vítima..., O réu confessou plenamente o delito, tanto na polícia como em Juízo..., e outras que conduzam a prejulgamento, em prejuízo da defesa no Plenário'" (in "Teoria e Prática do Júri", 6ª ed., Revista dos Tribunais, 1997, pág. 222).

Diferente não é o entendimento jurisprudencial, leia-se:

"A eloquência acusatória de que se reveste o conteúdo do decreto de pronúncia impugnado constitui claro exemplo de ofensa aos limites que, juridicamente, devem restringir a atuação processual do Magistrado e dos Tribunais no momento da prolação desse ato decisório que encerra, no procedimento penal escalonado do Júri, a fase do *judicium accusationis*" (RTJ, 140/917).

In casu, a decisão provisional entendeu comprovadas a materialidade e a autoria delitivas, afirmando que não houve legítima defesa, ao proferir que "se o acusado não estava repelindo injusta agressão, atual, usando moderadamente dos meios necessários e repelindo injusta agressão, legítima defesa não há" (fls. 15).

No tocante ao estrito cumprimento do dever legal, aduziu que "a partir do momento que o acusado adentrou no carro, andou com o mesmo alguns metros e depois saltou, para 'defender um ataque a sua pessoa', diga-se de passagem verbal, não há sequer que falar-se em excesso no cumprimento do dever legal e sim de que o acusado desceu do veículo para resolver um problema pessoal e

portanto isso não está previsto em norma jurídica e não deriva da lei penal ou extrapenal" (fls. 16).

E efetivamente, na hipótese versada, a decisão se houve com excesso, invadindo a competência do Tribunal Popular, vindo a emitir prévio julgamento condenatório no exame profundo das provas até ali produzidas, ultrapassando as barreiras do mero juízo de admissibilidade da acusação.

O decisum, a toda evidência, apresentou análise do mérito da causa com apreciação crítica e valorativa das teses de defesa, em vez de limitar-se, de forma breve e com parcimônia de palavras a remeter a causa à apreciação da Corte de Jurados, quando deveria ser feita de maneira perfunctória, sem expressar opinião ou valorar expressivamente a prova, eis que a classificação sempre é provisória e serve para encaminhamento do caso a julgamento pelo órgão competente.

Assim, havendo manifesto prejuízo à defesa, posto que a provisional em exame gerou a probabilidade de influenciar na decisão dos jurados, em detrimento ao devido processo legal e à ampla defesa, merece, de ofício, ser anulada, devendo outra ser prolatada.

Por fim, determina-se ainda o desentranhamento da decisão de pronúncia anulada dos autos, mantendo-se por ora a prisão do paciente.

4 — Diante do exposto, por maioria de votos, denega-se a ordem e, à unanimidade, concede-se habeas corpus, de ofício, para anular a sentença de pronúncia, a fim de que outra seja prolatada, mantida a prisão do paciente.

Presidiu o julgamento, com voto vencido em parte, o Exmo. Sr. Des. Relator, e dele participaram, com vo-



tos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Nilton Machado. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 9 de novembro de 1999.

*Alberto Costa,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Jorge Mussi,*  
*Relator.*

## HABEAS CORPUS N. 99.012077-5, DE CURITIBANOS

**Relator: Des. Francisco Borges**

*Habeas corpus. Homicídio. Pronúncia. Ausência de defesa. Cerceamento de defesa.*

*Evidente a nulidade do processo, no qual se revelam nitidamente violados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa em face da não participação dos defensores dos réus nas audiências em que foram colhidos os depoimentos das testemunhas, desfavoráveis aos pronunciados, a afrontar o art. 564, IV, do Código de Processo Penal, além da insuficiente defesa ofertada pelos nomeados para defendê-los.*

*Ordem concedida.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 99.012077-5, da comarca de Curitiba (2ª Vara), em que é impetrante João Carlos Matias, sendo paciente Roni de Souza:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem para anular o processo a partir da defesa prévia, estendendo seus efeitos ao co-réu Walmor Wandress.

Cuida-se de habeas corpus preventivo impetrado pelo Dr. João Carlos Matias em favor de Roni de Souza, relatando que o paciente foi denunciado, juntamente com Walmor

Wandress, pela prática de homicídio ocorrido em 11/10/80, sendo prolatada sentença de pronúncia no dia 18/8/86, na qual foram acolhidos integralmente os termos da denúncia e determinada a expedição de mandado de prisão contra o paciente e o co-réu.

Afirma que o paciente somente agora tomou conhecimento da existência do processo, apenas movido contra si porque a vítima, anos antes de sua morte, havia assassinado seu pai, sendo declarado revel em 31/5/84.

Sustenta a nulidade do processo em face da ausência de defesa, pois o defensor nomeado em razão da revelia do paciente foi totalmente inerte e contemplativo desde sua primeira

intervenção nos autos, sequer indicando testemunhas na defesa prévia e tampouco tese de defesa, apontando irregularidades processuais ao sustentar que, em audiências para ouvida de testemunhas, o defensor não compareceu, inexistindo qualquer assinatura deste nos termos, inclusive não recorrendo da sentença de pronúncia, nulificando assim o processo.

A amparar sua pretensão, cita julgado do Supremo Tribunal Federal que, em caso análogo, declarou a nulidade do processo pela ausência de defesa.

Ataca o decreto de prisão na sentença de pronúncia, dita desfundamentada e sequer requerida pelo representante do Ministério Público, aduzindo nulidade dessa peça por não apreciar pedido formulado nas razões finais, em que foi pleiteada a reinquirição de testemunha para que declinasse o nome de outras pessoas que teriam presenciado a alegada confissão do paciente.

Pleiteia, ao fim, a revogação do mandado de prisão, para que seja oportunizado ao paciente o exercício constitucional da ampla defesa, a fim de poder provar sua inocência e condição de homem honrado, trabalhador e chefe de família, anulando-se o processo desde a defesa prévia.

A Dra. Juíza prestou informações esclarecendo que o paciente se evadiu do distrito da culpa logo após a ocorrência dos fatos narrados na denúncia, e que sua defesa não foi melhor elaborada por pura omissão do acusado que não prestou qualquer esclarecimento acerca do ocorrido, salientando que, apesar de constar a presença dos defensores nos termos de

audiência apontados, inexplicavelmente não constam suas assinaturas.

Após indeferida a liminar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

Inicialmente, quanto à ausência de fundamentação do decreto de prisão do paciente, é de ressaltar-se que a decisão data de 18/8/86, pretérita, portanto, à atual Carta Constitucional, época em que as decisões judiciais, sobretudo as de cunho semelhante à combatida pelo impetrante, não eram cercadas da indispensabilidade de fundamentação, hoje constitucionalmente exigida, como assinalado no despacho que negou a liminar requerida.

Nesse sentido, decidiu esta Corte, pouco antes da promulgação da atual Constituição Federal:

“Entendendo o Magistrado, ainda atuais as razões que justificaram a prisão processual provisória do acusado, deve mantê-lo segregado, quando da decisão de pronúncia, nos precisos termos do § 2º do art. 408 do CPP, dispensando-se-lhe fundamentar sua decisão” (HC n. 8.570, de Campos Novos, rel. Des. Wladimir d’Ivanenko, DJ de 6/6/88).

Há, no entanto, a alegada deficiência de defesa na fase que culminou com a pronúncia do denunciado. Todavia, não se pode deixar de atribuir-lhe considerável culpa em não proporcionar ao seu defensor elementos capazes de melhor assisti-lo, porquanto, quiçá sintomaticamente, evadiu-se do distrito da culpa logo após a ocorrência do evento delituoso, tanto que o defensor assinalou em sua defesa prévia que “A revelia é prejudicial ao acusado que refuta a imputação

exordial. Sem possibilidade de produção de provas, pede Justiça" (fls. 20 destes autos).

A propósito, colhe-se desta Corte de Justiça:

"Se foram observados, rigorosamente, os prazos legais e o defensor dativo em todos se manifesta, alegando, a final, diante dos elementos a seu alcance, aquilo que lhe pareceu o mais conveniente aos réus, firma-se o contraditório penal e incorre cerceamento de defesa. A lei, de outro lado, não obriga o defensor a reperguntar testemunhas' (Jurisprudência, ano 67, pág. 75)" (HC n. 9.831, de Indaial, rel. Des. Alberto Costa, DJ de 10/6/91).

Contudo, cumpre reconhecer o descabimento do pedido de reinquirição de testemunha feito pelo defensor do paciente nas alegações finais, porquanto tratando-se de crime afeto ao Tribunal do Júri, cujo processo é bifásico, estava o defensor a atender o disposto no art. 406 do CPP e não ao art. 499 do mesmo Codex, este sim a possibilitar o pedido de realização de diligências.

Julio Fabbrini Mirabete, sobre o tema, comenta:

"Por disposição expressa da lei, e como exceção à regra geral, não pode ser juntado aos autos qualquer documento na fase de alegações finais. Deverá a defesa aguardar a prolação da sentença para esse fim. Também não se permite, evidentemente, requerimento referente à produção, nessa fase, de qualquer prova" (Código de Processo Penal Interpretado, 6ª ed., Atlas, pág. 531).

A respeito, colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

"Pronúncia — Nulidade — Inocorrência — Juiz que indeferiu o pedido para que fossem ouvidas outras testemunhas na fase do art. 406 do CPP — Inexistência de contrariedade ao princípio da ampla defesa — Oportunidade preclusa para as partes.

"I — O paciente, acusado de ter concorrido para a morte de outrem, teve sua prisão preventiva decretada. Apresentou defesa prévia e rol de testemunhas. Mais tarde, através de outro advogado, quando das alegações finais (CPP, art. 406), instou na oitiva de 'testemunhas imprescindíveis'. O juiz indeferiu o pedido, dizendo que, se fosse o caso, tais 'testemunhas imprescindíveis' poderiam ser ouvidas no plenário. Não se conformando, o impetrante ajuizou uma ação de habeas corpus, alegando cerceamento de defesa e nulidade da pronúncia.

"II — A garantia da ampla defesa, de cunho constitucional, está intimamente conexiada com a cláusula do duo process. São verso e reverso da mesma moeda. Assim, se a lei prescreve um determinado procedimento, razoável, como é o caso de apresentação de rol e oitiva de testemunhas, não pode vir a defesa, nas alegações finais, apresentar novo rol de testemunhas. Isso se traduziria em tumulto processual. Os arts. 406 e 407 do CPP permitem ao juiz, já senhor da instrução, ordenar diligências, ouvir testemunhas referidas etc. Mas, para as partes, tal oportunidade já passou.

"Recurso ordinário conhecido e improvido" (RT 724/595).

Contudo, observa-se claramente da audiência realizada em 26/9/84 — às fls. 52 e segs. (fls. 22v. destes autos) — que, embora conste no ter-

mo de assentada o nome do defensor dativo, inexistente sua assinatura no referido termo ou mesmo no depoimento da testemunha ouvida.

Da mesma forma, observa-se que na audiência efetuada em 9/11/84 — às fls. 58 e segs. (fls. 23v. destes autos) — cujo termo de assentada apenas consigna a presença do 'defensor dos acusados', não consta qualquer assinatura, além da do Magistrado, a do Promotor de Justiça e a da testemunha.

Às fls. 25/26 destes autos, contendo cópia de audiência realizada em 9/4/86 (fls. 73 e segs. dos autos originais), denota-se que, além de não constar no termo de assentada a presença dos advogados de defesa, ou mesmo a nomeação de defensor ad hoc, também não há qualquer outra assinatura além da do Juiz, do Promotor de Justiça e das testemunhas de defesa.

Consigne-se que em nenhuma dessas audiências houve reperguntas da defesa, reforçando a alegação da ausência do defensor nomeado na audiência efetuada em 9/11/84, na qual foi ouvida justamente a testemunha Jonas da Silva, cujo novo depoimento foi requerido nas razões finais, o qual, diga-se, é peça chave na elucidação do feito, por declarar ter ouvido do acusado a confissão do crime e a participação do co-réu, seu primo.

Evidente, pois, a nulidade do processo, no qual se revelam nitidamente violados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, em face da não participação dos defensores dos réus nas audiências em que foram colhidos depoimentos das testemunhas, desfavorá-

veis aos pronunciados, a afrontar o art. 564, IV, do Código de Processo Penal, além da insuficiente defesa ofertada pelos nomeados para defendê-los.

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, com lucidez, asseveram:

"A garantia do contraditório não tem apenas como objetivo a defesa entendida em sentido negativo — como oposição ou resistência —, mas sim principalmente a defesa vista em sua dimensão positiva, como influência, ou seja, como direito de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado do processo. É essa visão que coloca ação, defesa e contraditório como direitos a que sejam desenvolvidas todas as atividades necessárias à tutela dos próprios interesses ao longo de todo o processo, manifestando-se em uma série de posições de vantagem que se titularizam quer no autor, quer no réu.

"Salienta-se, assim, o direito à prova como aspecto de particular importância no quadro do contraditório, uma vez que a atividade probatória representa o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se de particular relevância para o conteúdo do provimento jurisdicional. O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões da partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas" (As Nulidades no Processo Penal, 6ª ed., RT, pág. 119).

Ao discorrer acerca do direito à participação na audiência, comentam:

“Para terem condições de influir, de maneira eficiente, no convencimento do juiz, as partes devem ter assegurada efetiva participação nas audiências, impondo-se, ainda, que ao réu seja necessariamente assegurada a assistência de um defensor, pois só assim estaria garantida a paridade com o Ministério Público ou o querelante, este também representado por advogado” (ob. cit., pág. 156).

Esta Corte possui entendimento pacífico acerca do tema, como atestam os seguintes julgados abaixo colacionados:

“Nulidade processual — Ausência de defensor na audiência de inquirição da vítima — Inegável prejuízo para a defesa — Ofensa ao princípio do contraditório — Concessão de habeas corpus de ofício.

“A ausência de defensor na audiência designada para oitiva da vítima, tendo a sentença condenatória se apoiado nas declarações dela, afronta o princípio do contraditório, causando manifesto prejuízo à defesa” (Ap. Crim. n. 98.005180-0, de Laguna, rel. Des. Paulo Gallotti, DJ de 19/8/98).

“Crime contra o patrimônio. Tentativa de furto qualificado. Condenação. Recurso ministerial postulando o aumento das penas reclusiva e de multa aplicadas e a substituição da pena restritiva de direitos estabelecida, por outra. Falta de assinatura do defensor dativo no termo de assentada da audiência de oitiva das testemunhas de acusação e da vítima e nos depoimentos destas. Dúvida sobre a presença do defensor àqueles atos da instru-

ção. Depoimentos que influíram na condenação do acusado. Violação do princípio do contraditório. Defensor dativo que nas alegações finais e nas contra-razões recursais, qual autêntico assistente da acusação, admite a condenação do réu-apelado. Postergação do direito da ampla defesa. Nulidades substanciais. Concessão de habeas corpus de ofício. Recurso prejudicado” (Ap. Crim. n. 31.301, de Imbituba, rel. Des. Alberto Costa, DJ de 22/12/94).

E, por fim:

“Processual e penal — Nulidade — Ausência de defensor para a defesa prévia e na audiência de inquirição de testemunhas.

“É nulo o processo em que o réu não teve defensor para a defesa prévia e na inquirição de testemunhas da denúncia” (Ap. Crim. n. 98.008070-3, de Lebon Régis, rel. Des. Amaral e Silva, DJ de 30/7/99).

Por esses fundamentos, concede-se a ordem, para anular o processo a partir da defesa prévia, estendendo seus efeitos, inclusive, ao co-réu Walmor Wandress, devendo o feito retomar seu curso, com a brevidade possível e o rigor devido na apuração dos fatos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 28 de setembro de 1999.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente com voto;*  
*Francisco Borges,*  
*Relator.*

**HABEAS CORPUS N. 99.012107-0, DE JOAÇABA****Relator: Des. Francisco Borges**

Habeas corpus. *Omissão na sentença condenatória acerca da benesse do paciente recorrer em liberdade. Erro material inexistente. Inviabilidade de correção após publicação. Réu processado em liberdade.*

*Não pode o prolator da sentença, ao argumento de erro material inocorrente, modificá-la na parte dispositiva para reparar omissão, após publicada em cartório, uma vez encerrado seu ofício com a entrega da prestação jurisdicional, em prejuízo do paciente, cerceando-lhe o direito de recorrer em liberdade, óbice não examinado na sentença já publicada, ainda mais quando processado em liberdade.*

*Segundo a doutrina, “Publicada a sentença não pode mais o juiz alterá-la. Completada a decisão com a publicação, a sentença se torna irretroatável, salvo as exceções legais. Prevê-se expressamente a possibilidade de alteração na hipótese de embargos declaratórios” (Julio Fabbrini Mirabete).*

*E nos tribunais, “À luz da nova ordem constitucional, que consagra no capítulo das garantias individuais o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), a faculdade de recorrer em liberdade objetivando a reforma de sentença penal condenatória é a regra, somente impondo-se o recolhimento provisório do réu à prisão nas hipóteses em que enseja a prisão preventiva, na forma inscrita no art. 312 do CPP” (STJ — RHC n. 8.511/SP, rel. Min. Vicente Leal, DJU de 7/6/99, pág. 132).*

*Ordem concedida.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 99.012107-0, da comarca de Joaçaba (2ª Vara), em que são impetrantes Alexandre Traiczuk e outro, sendo paciente Antônio Clarindo da Luz:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem.

Custas na forma da lei.

Cuida-se de habeas corpus impetrado pelos Drs. Alexandre Traiczuk e Alfredo Belló em favor de Antônio Clarindo da Luz, relatando que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 129, § 1º, incisos I e II, e § 2º, incisos I, III e IV, todos do Código Penal, aplicada a pena de 4 anos e 3 meses de reclusão, a ser cumprida em regime semi-aberto, sendo publicada a sentença em 8/4/99.

Afirma que o Dr. Juiz “corrigiu”, de ofício e desfundamentadamente, a sentença condenatória, impedindo o

paciente de recorrer em liberdade, por ter antecedentes criminais, sendo a correção publicada em 2/6/99, sem que até a data da impetração fosse intimado o Ministério Público.

Preso o paciente em 9/6/99, intimado da sentença somente em 21/6/99, interpôs o recurso de apelação em 25/6/99.

Alega estar configurado evidente constrangimento ilegal, porquanto não podia o Magistrado tolher-lhe o direito de apelar em liberdade por meio de decisão desfundamentada e de peça processual ineficaz, eis que não corrige mero erro material, elaborada em nítida afronta aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, não obstante o direito do paciente de recorrer em liberdade mediante fiança, nos termos dos arts. 594 e 323, I, do CPP.

A liminar foi concedida e, a seguir, a autoridade apontada como coatora prestou informações, noticiando que a decisão se calcou no fato de ser o paciente portador de maus antecedentes e reincidente.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

Com efeito, a sentença condenatória do paciente juntada às fls. 13/16 não apreciou a questão a respeito do direito deste de recorrer em liberdade, tratando-se de direito subjetivo seu e em afronta ao art. 594 do CPP.

Todavia, não poderia o Magistrado, dois meses após a publicação da sentença, de ofício, suprir a alegada falta ao negar ao condenado o direito de apelar em liberdade, pois não

manejados embargos de declaração e tampouco sendo o caso de mero erro material, pois despacho de cunho decisório que trouxe evidente prejuízo ao acusado, eis que até o momento respondia ao processo em liberdade.

Não podia o ilustre prolator da sentença, ao argumento de erro material inócurrete, modificá-la na parte dispositiva para reparar omissão após sua publicação em cartório, uma vez encerrado seu ofício com a entrega da prestação jurisdicional em prejuízo do paciente, cerceando-lhe o direito de recorrer em liberdade, não examinado na sentença já publicada, ainda mais quando respondeu ao processo em liberdade.

Nesse sentido, leciona Julio Fabbrini Mirabete:

“Entre os principais efeitos da sentença, no processo penal, está o esgotamento do poder jurisdicional do Magistrado que a prolatou. Não pode mais praticar ato jurisdicional, a não ser a correção de erros materiais (art. 382), e, evidentemente, lhe está proibido anular a própria sentença. Também é efeito da sentença a saída do juiz da relação processual, pois, se transita em julgado, a relação se extingue; se há recurso, o órgão jurisdicional competente passa a ser o Tribunal ad quem” (Processo Penal, 3ª ed., Atlas, pág. 431).

E arremata o doutrinador:

“Publicada a sentença não pode mais o juiz alterá-la. Completada a decisão com a publicação, a sentença se torna irretroatável, salvo as exceções legais. Prevê-se expressamente a possibilidade de alteração na hipótese de embargos declaratórios (item 14.1.3)” (ob. cit., pág. 445).

Ocorre que a ilegalidade da prisão do paciente vai mais além, cons-



tatando-se que desfrutou da liberdade durante todo o curso do processo e, ao que parece, apresentando-se em todos atos processuais onde era necessária sua presença, estando a questionada medida em desacordo com o entendimento jurisprudencial pátrio, ao condicionar a admissibilidade do recurso ao recolhimento do condenado, quando inexistentes as hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal.

Colhe-se do colendo Superior Tribunal de Justiça:

“RHC — Processual penal — CPP, art. 594 — A atual redação do art. 594 do CPP aproximou-se das mais recentes recomendações da doutrina penal e da criminologia. A orientação inicial era de a restrição ao exercício do direito de liberdade decorrer do simples reconhecimento do crime; depois, se não demonstrados a primariedade e os bons antecedentes; Hoje, por imperativo da Antecedência da República é diferente. A proibição de recorrer em liberdade é excepcional. Urge, além disso, de a decisão ser motivada e evidenciar a necessidade do recolhimento” (RHC n. 3.848/SP, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiari, DJU de 12/12/94, pág. 34.377).

“Processual penal. Recolhimento à prisão para apelar. Réu que permaneceu solto durante todo o processo. Impossibilidade de decretação da custódia cautelar.

“1 — Se o paciente, durante toda a instrução criminal, permaneceu solto, impõe-se manter o seu status libertatis que, nesse caso, à míngua de qualquer fato novo que pudesse ensejar a incidência do art. 312 do Código de Processo Penal, não se compade-

ce com a simples alegação de hediondez do crime.

“2 — Ordem concedida” (HC n. 8.536/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 31/5/99, pág. 189).

Mutatis mutandis, em recente julgado também consignou:

“Constitucional. Processual penal. Sentença condenatória. Apelação. Princípio da presunção de inocência: CF, art. 5º, LVII. Direito de recorrer em liberdade. CPP, art. 594. Garantia não violada.

“— À luz da nova ordem constitucional, que consagra no capítulo das garantias individuais o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), a faculdade de recorrer em liberdade objetivando a reforma de sentença penal condenatória é a regra, somente impondo-se o recolhimento provisório do réu à prisão nas hipóteses em que enseja a prisão preventiva, na forma inscrita no art. 312 do CPP.

“— Estando a decisão que indefere o pedido de liberdade provisória adequadamente fundamentada, com indicação objetiva de atos ou fatos concretos susceptíveis de causar prejuízo à ordem pública, a instrução criminal ou à aplicação da lei penal, bem como o surgimento de fato novo que recomenda a manutenção da medida constritiva, não tem consistência a alegação de constrangimento ilegal.

“— Recurso ordinário desprovido” (RHC n. 8.511/SP, rel. Min. Vicente Leal, DJU de 7/6/99, pág. 132).

Desta Câmara, o seguinte aresto:

“Apelação criminal — Sentença que negou ao réu o direito de recorrer em liberdade — Réu reincidente — Art. 594 do Código de Processo Penal —

Agente que permaneceu em liberdade durante toda a instrução do processo — Manifesto constrangimento ilegal — Concessão de habeas corpus de ofício.

“À luz da nova ordem constitucional, que consagra no capítulo das garantias individuais o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), a faculdade de recorrer em liberdade objetivando a reforma da sentença condenatória é a regra, somente impondo-se o recolhimento provisório do réu à prisão nas hipóteses em que enseja a prisão preventiva, na forma inscrita no art. 312 do CPP.

“A regra do art. 594 do CPP deve hoje ser concebida de forma branda, em razão do aludido princípio constitucional, não se admitindo a sua incidência na hipótese em que o réu permaneceu em liberdade durante to-

do o curso do processo e não se demonstrou no dispositivo da sentença a necessidade da medida constritiva’ (STJ — Min. Vicente Leal)” (Ap. Crim. n. 98.004143-0, de Piçarras, rel. Des. Paulo Gallotti, DJ de 19/8/98).

Por esses fundamentos, concede-se a ordem, mantendo-se a liminar já deferida anteriormente.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella. Lavrou parecer, pela Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 24 de agosto de 1999.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente com voto;*  
*Francisco Borges,*  
*Relator.*

## HABEAS CORPUS N. 99.013787-2, DE CHAPECÓ

**Relator: Des. Nilton Macedo Machado**

*Habeas corpus — Execução penal — Constrangimento ilegal decorrente da manutenção em regime mais rigoroso ao imposto na sentença por ausência de vagas — Impossibilidade — Ofensa ao princípio da legalidade — Conhecimento — Ordem concedida.*

*O fato de a lei de execução penal prever o cabimento do recurso de agravo contra as decisões do Juízo nas execuções não pode constituir, por si só, motivo para não se conhecer do habeas corpus; a ser assim, consoante precedentes do STJ, “também quando interposta apelação ou recurso em sentido estrito, a parte ficaria impedida de requerer o writ, embora sofrendo coação ilegal ou violência a sua liberdade de ir e vir”.*

*Se não há pena sem prévia cominação legal e sendo a sentença condenatória a concretização da lei, daí decorre que não há pena mais gravosa que aquela imposta na sentença; por isso, o Judiciário*

*não pode fazer vistas grossas à coação consistente em manter em regime fechado, sob alegação de ausência de vaga, quem foi condenado a cumprir pena inicialmente em regime semi-aberto, pois a desídia do Executivo em não providenciar estabelecimentos prisionais suficientes não pode justificar a manutenção do preso em regime diverso daquele a que foi condenado.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 99.013787-2, da comarca de Chapecó (1ª Vara), em que é impetrante o Dr. Ivo Helmuth Gerlach, sendo paciente João Cardoso de Carvalho:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem.

Trata-se de habeas corpus “preventivo” impetrado pelo Dr. Ivo Helmuth Gerlach, em favor de João Cardoso de Carvalho, condenado na comarca de Chapecó à pena de cumprimento de 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial semi-aberto, por infração ao disposto no art. 121, caput, do Código Penal, alegando constrangimento ilegal, porque “está o paciente, mais uma vez, na iminência de ser preso, para aguardar recolhido ao Presídio de Chapecó, em regime fechado, a concessão de vaga na Penitenciária Agrícola de Chapecó” (fls. 11).

Solicitadas as informações, presentes a autoridade judiciária apontada como coatora, relatando que “o impetrante foi denunciado em 20/9/89 como incurso no art. 121, § 2º, IV, do Código Penal (fls. 2/3). Pronunciado em 7/6/94 no art. 121, § 2º, II, do mesmo diploma (fls. 70/72). Houve recurso em sentido estrito, tendo sido afastada a qualificadora pelo Sodalício Catarinense em 18/8/94 (fls. 98/103). Submetido a julgamento pelo Tribunal Popular em 21/8/95, foi conde-

nado a 6 (seis) anos de reclusão (fls. 131/132). Houve recurso, conhecido e provido, tendo o julgamento sido anulado em 30/6/97, houve desclassificação para homicídio culposo, tendo sido novamente condenado à pena de 1 (um) ano de detenção (fls. 199). Novo recurso por parte da acusação em 1º/7/97, que foi acolhido e provido, anulando-se novamente o julgamento (fls. 234/242). Submetido pela terceira vez a julgamento em 16/3/98, foi condenado à pena de 6 (seis) anos de reclusão em regime semi-aberto (fls. 268). Houve recurso, conhecido e não provido em 15/9/98 (308/313). Expediu-se mandado de prisão (fls. 315). O apenado acostou então a petição (fls. 316/318), colocando-se à disposição da justiça a fim de cumprir a reprimenda junto a Penitenciária Agrícola desta cidade. Solicitou-se vaga em 18/3/99, expedindo-se Guia de Recolhimento (fls. 321, 322 e 324). A defesa do apenado impetrou habeas corpus, que tomou o número 99.006959-7, sustentando que a pena a ser cumprida foi estabelecida em regime semi-aberto junto a Penitenciária Agrícola local e não em regime fechado no Presídio Regional. Foi por este Juízo revogado o despacho para que o apenado aguardasse em liberdade a vaga solicitada junto a Penitenciária, tendo o Habeas perdido o objeto (fls. 343/345). Ocorre que até a presente data, passados já cinco meses, ainda não foi concedida. O assistente de acusação quase que semanalmente tem cobrado a prisão do acusado.

"Foi então determinada a prisão e comunicado ao Juiz Corregedor Dr. Ricardo O. da Luz Fontes sobre o fato, para que interferisse na concessão da vaga junto a Penitenciária" (fls. 33/34).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Demétrio Constantino Serratine, opinou pelo conhecimento e denegação da ordem.

É o relatório.

1. Registre-se, inicialmente, ser cabível o remédio heróico do habeas corpus em casos como o dos autos, não obstante se trate de execução penal em curso com previsão do recurso de agravo (art. 197 da LEP).

É que se aponta e se vislumbra possibilidade de restrição ou mesmo privação da liberdade de locomoção do paciente em regime de cumprimento diferente do qual lhe foi imposto na sentença condenatória, matéria atípica, portanto da execução, carecendo apreciação emergencial, não possível com o simples uso do recurso de agravo, pois este não tem efeito suspensivo.

Este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"Constitucional e processual penal. Cabimento de habeas corpus.

"I — O habeas corpus é ação de natureza constitucional. Destina-se a proteger o cidadão contra toda e qualquer ameaça de violência ou de coação de liberdade de locomoção, pouco importando a existência, na lei de execução penal, de recurso específico para impugnar o ato.

"II — Possibilidade de impetração do remédio heróico concomitante

com recurso específico e mesmo na sua ausência.

"III — Recurso provido para que o Tribunal recorrido aprecie o pedido" (ROHC n. 4.066, Paraná, rel. Min. Pedro da Rocha Acioli, in DJU de 28/11/94, pág. 32.643).

No mesmo diapasão:

"Processual penal e execução. Decisão agravável. Cabimento do habeas corpus.

"I. O fato de a lei de execução penal prever o cabimento de agravo contra as decisões do Juízo nas execuções jamais pode constituir, por si só, motivo para que o Tribunal deixe de conhecer do habeas corpus. a ser assim, também quando interposta apelação ou recurso em sentido estrito, a parte ficaria impedida de requerer o writ, embora sofrendo coação ilegal ou violência a sua liberdade de ir e vir.

"II. Recurso conhecido, com baixa dos autos para que o Tribunal aprecie o mérito da impetração" (ROHC n. 4.689, Paraíba, in DJU de 28/8/95, pág. 26.644).

2. Data venia do entendimento do ilustre Procurador de Justiça, que colocou jurisprudência referente à transferência de regime, o que não é o caso dos autos, em que se trata de imposição de regime inicial mais severo do que o imposto na sentença para o início do cumprimento da pena, a ordem deve ser concedida.

Se não há pena sem prévia cominação legal e sendo a sentença condenatória a concretização da lei, daí decorre que não há pena mais gravosa que aquela imposta na sentença; por isso, o Judiciário não pode fazer vistas grossas à coação consistente em prender em re-

gime fechado, sob alegação de ausência de vaga, quem foi condenado a cumprir pena inicialmente em regime semi-aberto, pois a desídia do Executivo em não providenciar estabelecimentos prisionais suficientes não pode justificar a manutenção do preso em regime diverso daquele a que foi condenado.

Neste sentido é farta a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça:

“HC — Resguardo ao direito do paciente em cumprir a pena, nos termos em que foi condenado — Princípio de legalidade a ser observado.

“— Se ao paciente foi imposta pena a ser cumprida em regime prisional semi-aberto, não basta a alegação de falta de vaga em estabelecimento penal, adequado para obrigar que se proceda a reprimenda em regime mais gravoso ou em outro estabelecimento que não o estipulado, sob pena de ser afrontado o princípio da legalidade.

“— Ordem concedida para determinar que o réu cumpra a pena nos termos em que sentenciado e em estabelecimento penal adequado” (HC n. 4087/SP, rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, in DJU de 11/3/96, pág. 6.641).

Ainda:

“Penal. Processual. Regime prisional. Habeas corpus.

“1. O sentenciado ao regime semi-aberto não pode ser mandado

para o regime fechado só porque o Estado não dispõe de vaga em estabelecimento prisional adequado. O sentenciado tem direito a cumprir a pena no regime para o qual foi condenado. O sentenciado não pode ser prejudicado pela incúria do Estado.

“2. Quando não há estabelecimento prisional adequado ao regime semi-aberto defere-se, excepcionalmente, o cumprimento inicial da pena sob o regime mais benigno, o aberto. Mas sem que se perca de vista as cautelas legais, que devem ficar a cargo do Juízo das execuções.

“3. Pedido conhecido e deferido” (HC n. 6.414/SP, rel. para o Acórdão Min. Edson Vidigal, in DJU de 1º/6/98, pág. 148).

3. Diante do exposto, concede-se a ordem para que se aguarde a vaga compatível com o regime imposto ao paciente na sentença condenatória.

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. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 8 de setembro de 1999.

*Alberto Costa,*  
*Presidente;*

*Nilton Macedo Machado,*  
*Relator.*

## RECURSOS CRIMINAIS

### RECURSO CRIMINAL N. 00.001653-5, DE JOINVILLE

**Relator: Des. Amaral e Silva**

*Processual penal — Relaxamento da prisão em flagrante — Causas supervenientes à homologação do auto — Recurso desprovido.*

*Age com acerto o juiz que, durante a instrução processual, convencido da ilegalidade do flagrante, relaxa a prisão.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 00.001653-5, da comarca de Joinville, em que é recorrente a Justiça, por seu Promotor, sendo recorrida Líria do Rocio Krehnke:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

#### I — Relatório

Trata-se de recurso em sentido estrito contra decisão do Dr. Juiz Substituto que, revogando despacho do juiz titular da vara que homologava o flagrante, relaxou a prisão de Líria do Rocio Krehnke.

Alega o Dr. Promotor, em síntese, que o Magistrado desacatou decisão deste Tribunal que determinava a manutenção da custódia.

Também em resumo, diz a recorrida que “houve fato novo, posterior ao julgamento” do habeas corpus, “qual seja, o interrogatório da acusada e dos co-réus, os quais prestaram depoimentos para a autoridade policial

sob tortura, fato este não conhecido pelo Juízo até o interrogatório”.

O Dr. Juiz manteve a decisão.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e provimento.

O recurso seguiu os trâmites legais.

#### II — Voto

1 — Data venia do Dr. Promotor, a decisão deve ser mantida.

O flagrante foi homologado e mantida a custódia por esta Câmara, porquanto, na aparência, formal e materialmente correta a prisão.

A medida extrema se lastreava nos testemunhos dos policiais que participaram da diligência e de dois usuários — Carlos Henrique Pereira e Cláudio Roberto Castelhana —, bem como nas substâncias encontradas — invólucros plásticos, fita adesiva e dinheiro em notas miúdas.

Agora, observando que os usuários, detidos na mesma oportunidade, foram ouvidos fora do flagrante e seus testemunhos subscritos por duas testemunhas policiais, e sem a par-

ticipação de advogado que assistiu à lavratura do auto, tenho que o flagrante padece de séria irregularidade.

Observo que com a suspeita não foi apreendida droga.

Ao ensejo do habeas corpus julgado por esta Corte, não havia qualquer referência a motivos que levassem os usuários a imputar à recorrida a autoria do grave delito.

Tudo levava à convicção de que o crime acabara de ser cometido, restando configurada a flagrância prevista no art. 302, II, do Código de Processo.

Entretanto, ao crivo do contraditório, na presença do advogado, após o julgamento do habeas corpus, as testemunhas retrataram-se. Modificando totalmente seus depoimentos, alegaram ter sido vítimas de violência policial.

Como não foi apreendida droga com a suspeita e os invólucros não eram como os utilizados na narcotráfica, em face da retratação das testemunhas, que deveriam ter sido ouvidas no flagrante, na presença de advogado, e não o foram, o Dr. Décio Menna Barreto de Araújo Filho, zeloso Juiz Substituto em exercício, na livre apreciação da prova, considerando que não se caracterizara situação de flagrância, decidiu liberar a recorrida.

Não vigorando o princípio da identidade física no nosso sistema processual penal, correta e válida a decisão.

Constou do despacho:

“1. Considerando a coerência entre os depoimentos prestados pelos co-réus Cláudio e Carlos, de forma calma, segura e detalhada, como ain-

da a verossimilhança do depoimento da ré, que encontra respaldo inclusive na prova dos autos, na medida em que compulsando-se o material apreendido e sob a custódia deste Juízo, verifica-se que efetivamente os ‘plásticos para acondicionamento de droga’ são, na realidade, saquinhos de lixo de cor clara, compatíveis com aqueles descritos pela ré, entendo como insubsistente e, por ora, aparentemente ilegal, a sua prisão em flagrante. A prova produzida em Juízo, livre das distorções e da ausência do contraditório sabidamente encontradas na fase policial, tem o condão de desconstituir aquela, no que diz respeito à livre convicção judicial.

“Assim, diante de novos elementos supervenientes aos autos, e corroborado com o fato de que nenhuma droga foi encontrada em poder da acusada, entendo como absolutamente obscura a presunção de flagrância estampada no inciso IV do artigo 302 do CPP, na medida em que os objetos encontrados não se prestam, necessariamente, à presunção de ter sido a ré a autora da infração, revogo o despacho, bem como de que os seguros depoimentos dos co-réus em nada confirmam terem a mesma, na ocasião, acabado de cometer a infração, revogo a decisão de fls. 30 e relaxo o flagrante da acusada, apesar do parecer ministerial desfavorável. A liberdade e as garantias individuais, afinal, são de importância tão relevante em nossa ordem constitucional (nada atrás da ordem e segurança públicas) que não podem ser ilididas por provas frágeis e condutas arbitrárias”.

Como se vê, não houve desrespeito à decisão do Tribunal de Justiça, porquanto o convencimento do juiz



deu-se após o julgamento do habeas corpus, a partir de fatos novos, apurados na instrução.

É cediço que o Magistrado, ao tomar conhecimento de nulidades ocorridas no flagrante, deve, a qualquer tempo, relaxar a prisão.

Julio Fabbrini Mirabete ensina:

“Havendo ilegalidade na autuação em flagrante (não havia situação de flagrância, houve excesso de prazo para a lavratura, não foi nomeado curador ao capturado menor de 21 anos etc.) a prisão deve ser relaxada pelo juiz (art. 5º, LXV, da CF), sem prejuízo do desenvolvimento das investigações e do inquérito policial” (in Código de Processo Penal Interpretado, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 1997, pág. 398).

“Processual penal — Prisão em flagrante — Nulidade do auto por não configurada a flagrância — Concessão da ordem” (TJDF — HC n. 19980020006199 — rel. Des. Otávio Augusto — j. 14/5/98, Jurisprudência Informatizada Saraiva n. 18).

Não se trata de concessão de liberdade provisória, vedada nos crimes hediondos, mas de relaxamento de flagrante considerado ilegal.

Nesse sentido, a lição de Valdir Sznick:

“Muitos confundem o pedido e concessão de liberdade vinculada com o relaxamento do flagrante. Este termo relaxar, tem origem na Constituição, onde já aparecia na Constituição de 1934. A atual Carta, de 1988, estatui no art. 5º, inciso LXV — ‘a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária’. No caso a prisão é indevida — daí ilegal — ou há

falhas processuais (falha de conteúdo ou de prova).

“(…)”

“O dispositivo de relaxamento da prisão só ocorre quando a prisão é ilegal. A própria Constituição é que estabelece que em caso de prisão ilegal o juiz relaxará. Relaxará tem aí duplo sentido: de um lado significa desfazer (desatar, afrouxar) os efeitos do flagrante, colocando o réu em liberdade; e, de outro, tornar os atos praticados no flagrante, nulo já que havia uma ilegalidade a tisonar o flagrante. É o desfazimento do ato por inexistente (ilegal ou falho)” (in Liberdade, Prisão Cautelar e Temporária, São Paulo, Leud, 1994, págs. 230/231).

Ademais, oportuno ressaltar que, em se tratando de prisão, exsurge importante o princípio da confiança no juiz da causa, que, estando mais próximo dos fatos e das pessoas envolvidas, é quem pode melhor avaliar da necessidade da medida extrema.

Nesse sentido, a jurisprudência da Corte:

“O juiz do processo, mais próximo dos fatos, é quem, indubitavelmente, pode melhor avaliar a conveniência da manutenção da custódia cautelar” (HC n. 99.006280-5, de Itajaí, rel. Des. Paulo Gallotti).

2 — Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

### III — Decisão

Acompanharam o relator. Negaram provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.

Srs. Des. Genésio Noll e Francisco Borges. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 14 de março de 2000.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente e Relator.*

## RECURSO CRIMINAL N. 99.014498-4, DE TANGARÁ

**Relator: Des. Jorge Mussi**

*Processual penal — Homicídios tentado e consumado — Crime cometido por policiais militares contra civil, antes da vigência da Lei n. 9.299/96 — Competência da Justiça Estadual para o processamento e julgamento da ação penal — Exegese do parágrafo único do art. 9º do Código Penal Militar, acrescentado pela Lei n. 9.299/96 — Aplicação do princípio tempus regit actum (art. 2º do CPP) — Recurso em sentido estrito improvido.*

*“É competente para o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida, cometidos por militar contra civil, a Justiça Comum Estadual, conforme disposto na Lei n. 9.299/96, mesmo que ocorridos antes de sua vigência, por força do princípio da aplicação imediata da lei processual (art. 2º do CPP)” (STJ).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 99.014498-4, da comarca de Tangará (Vara Única), em que são recorrentes Jorge Luiz Donatti e outros, sendo recorrida a Justiça Pública, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

1 — Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Jorge Luiz Donatti, Alceu Bonetto, João Carlos Tonial, Antônio Olivar Menegas, Ademir José Dreher, Valmir Jorge de Souza, Antônio Vilmar Vieira, Nelson José Ribeiro, Paulo César de Oliveira,

Genivaldo Heusser, José Edimilson de Oliveira, Alécio Francisco de Oliveira e Adão Claudiomiro dos Passos, com fundamento no art. 581, inciso II, do Código de Processo Penal, contra decisão proferida pelo Juiz Auditor da Justiça Militar que, com base no advento da Lei n. 9.299, de 7/8/96, decidiu pela remessa dos autos do Inquérito Policial em que se apurava o envolvimento dos recorrentes na morte e tentativa de morte do civil Jair de Andrade e de Moacir Gomes dos Campos, respectivamente.

Nas suas razões, os recorrentes alegam a competência da Justiça Especial Militar, posto que são todos policiais militares e agiam no cumprimento do estrito dever legal, observando que o fato ocorreu em 24/3/96 e

as alterações do Código de Processo Militar, pela Lei n. 9.299 de 7/8/96, verificaram-se cinco meses após, devendo ser respeitado o princípio da irretroatividade da lei, pois a entendem mais gravosa.

Contra-arrazoado o recurso e denegada a subida do inconformismo nos próprios autos, foi feito o traslado (fls. 17/62) e, mantido o decismum, os autos ascenderam a este Grau de Jurisdição, manifestando-se a ilustre Procuradoria-Geral de Justiça pelo seu conhecimento e improvimento.

2 — A súplica não merece provida, pois correta a decisão atacada.

Infere-se que em 21 de agosto de 1996, quando o processo encontrava-se ainda na fase inquisitorial, o Juiz Auditor da Justiça Militar, entendendo que se tratava de investigação envolvendo policiais militares acusados da morte de um civil, declinou da sua competência para a da Justiça Comum, fundado no art. 82, § 2º, do Código de Processo Penal Militar, acrescentado pelo art. 2º da então novel Lei n. 9.299/96, que dita que “nos crimes contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos de inquérito policial Militar à Justiça Comum” (Decisão de fls. 17).

Encerradas as investigações, sobreveio denúncia contra todos os recorrentes, dando-os como incurso nas penas do artigo 121, § 2º, inciso I, art. 14, inciso II, c/c art. 20, § 3º, e art. 29; e art. 121, § 2º, incisos I e IV c/c art. 29 e parágrafo único do art. 71, todos do Código Penal — crimes dolosos tentados e consumados praticados contra a vida de civis —, datada de 27 de novembro de 1998, e endereçada ao Juízo da Vara Única da co-

marca de Tangará, local onde ocorreram os fatos delituosos que lhes são imputados.

Com efeito, após o advento da Lei n. 9.299, de 7 de agosto de 1996, que alterou dispositivos do Código Penal Militar e de Processo Penal Militar, e que entrou em vigor no mesmo dia (art. 3º), os crimes dolosos contra a vida, praticados por militares contra civis, passaram a ser processados e julgados pela Justiça Comum.

É o que preceitua o parágrafo único do art. 9º do Código Penal Militar, acrescentado pela Lei n. 9.299/96:

“Art. 9º — (...)

“Parágrafo único. Os crimes de que trata esse artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão de competência da Justiça Comum”.

No caso, embora os fatos denunciados tenham ocorrido alguns meses antes da vigência da referida Lei, como argumentam os recorrentes, a norma acima transcrita aplica-se no caso, pois cuida-se de lei processual penal, que se aplica imediatamente, de acordo com o artigo 2º do Estatuto Processual Penal, senão leia-se: “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”.

Sobre o citado dispositivo, Julio Fabbrini Mirabete comenta:

“O artigo 2º do CP refere-se à aplicação do princípio *tempus regit actum*, do qual derivam dois efeitos: a) os atos processuais realizados sob a égide da lei anterior se consideram válidos; b) as normas processuais penais têm aplicação imediata, regulando o

desenrolar do restante do processo. Fica assim estabelecido o princípio do efeito imediato ou princípio da aplicação imediata da lei processual penal, que se aplica também à matéria de competência, seja ela regulada por leis do processo, seja por normas de organização judiciária (...) A lei processual penal não é retroativa pois não está regulando o fato criminoso anterior a ela, regido pelos princípios de aplicação da lei penal, mas os atos processuais a partir do momento em que ela passa a vigor (...)” (“Código de Processo Penal Interpretado”, 5 ed., São Paulo, Atlas, 1997, pág. 32, grifamos).

Mirabete, em outra obra, completa:

“O fundamento lógico desse princípio é o de que a lei nova presumidamente é mais ágil, mais adequada aos fins do processo, mais técnica, mais receptiva das novas e avançadas correntes do pensamento jurídico” (“Processo Penal”, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 1995, pág. 58).

Na mesma alheta é a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho:

“Tratando-se de lei processual penal, o princípio dominante é o de que ela, provendo apenas para o futuro, apresenta incidência imediata. O simples fato de haver sido feita a ressalva em relação aos atos realizados sob a vigência da lei anterior mostra, de logo, não ser ela retroativa. Nada impede que possa o legislador, expressamente, conferir-lhe retroatividade ou ultratividade. Contudo, no silêncio da lei, os atos processuais que estiverem por cumprir serão realizados de acordo com o estabelecido na lei nova, pouco importando se o pro-

cesso foi iniciado, ou não, na vigência da lei anterior, bem como se a lei nova é mais severa ou mais branda (...).

“(…)”

“O legislador adotou o princípio *tempus regit actum*. Assim, os atos praticados sob a vigência da lei anterior continuam válidos e os praticados a partir da vigência da lei nova devem observá-la” (“Código de Processo Penal Comentado”, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, vol. 1, 1998, págs. 20 e 21, o grifo é nosso).

Dessa forma, evidente que os recorrentes deverão ser julgados pela Justiça Comum, nos precisos termos do parágrafo único do art. 9º do Código de Processo Penal Militar, introduzido pela Lei n. 9.299/96.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“Penal. Competência. Homicídio cometido por militar contra civil. Lei n. 9.299/96. Aplicabilidade imediata.

“É competente para o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida, cometidos por militar contra civil, a Justiça Comum Estadual, conforme disposto na Lei n. 9.299/96, mesmo que ocorridos antes de sua vigência, por força do princípio da aplicação imediata da lei processual (art. 2º do CPP).

“Conflito conhecido. Competência do Juízo de Direito da 3ª Vara do Júri de Santo Amaro II — São Paulo, o suscitado” (Conflito de Competência n. 19.862/SP, rel. Min. Vicente Leal, DJU de 16/8/99, pág. 43).

“Processual penal. Competência. Crime praticado por militar contra civil. Lei n. 9.299/96. Aplicação imediata.

ta. Validade dos atos processuais praticados anteriormente.

"1 — Ao definir a competência da Justiça Comum para os crimes contra a vida, cometidos por militar contra civil, a Lei n. 9.299/96 teve aplicação imediata, a teor do disposto no art. 2º do CPP, motivo pelo qual não pode prevalecer o entendimento do Tribunal a quo, que anulou todos os atos processuais, desde a denúncia, inclusive, ao argumento de que seriam imprestáveis, ante a incompetência absoluta do Ministério Público e do Juízo.

"2 — Recurso especial conhecido e provido" (REsp. n. 191036/GO, rel. Min. Fernando Gonçalves — DJU de 5/4/99, pág. 171).

"1. Ainda que o homicídio praticado por militar tenha ocorrido antes da vigência da Lei n. 9.299/96, esta, de caráter processual, aplica-se de imediato.

"2. A competência, pois, para o exame e julgamento do caso, é da justiça comum estadual. Precedente do STJ.

"3. Ordem denegada" (HC n. 7596/BA — rel. Min. Anselmo Santiago — DJU de 23/11/98, pág. 211).

A jurisprudência pátria é no mesmo norte:

"Crimes dolosos contra a vida praticados por militares contra civis — Lei n. 9.299, de 7/8/96 — Competência da justiça comum.

"Face ao advento da Lei n. 9.299, de 7/8/96, o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, praticados por militares contra civis, passou para a competência da Justiça Comum. Autos remetidos ao egrégio Tribunal

de Justiça para os fins de direito" (Apelação n. 1972 — rel. Juiz Cel. PM Jair Cançado Coutinho, Pr. 12.218/2ª AJME — 3º CE, j. em 24/9/96 — DJMG de 5/10/1996).

De nossa Corte de Justiça, coleta-se idêntico posicionamento:

"Homicídio e lesões corporais. Crimes cometidos por militares após à vigência da Lei n. 9.299/96. Competência da Justiça Comum. Recurso ministerial provido.

"Os delitos dolosos contra a vida, praticados por militares contra civis, após a edição da Lei n. 9.299, de 7/8/96, que entrou em vigência na mesma data (art. 3º), devem ser processados e julgados perante a Justiça Comum.

"A transferência ao Júri de crimes contra a vida, quando as vítimas sejam civis, ajusta-se, com extrema fidelidade, ao pensamento constitucional, pois concentra no órgão especializado da Justiça Comum o conhecimento de causas para as quais ele está vocacionado, dando especial relevo ao Tribunal que, ao contrário da Justiça Militar, se inscreve entre os direitos e garantias individuais" (RT 735/445)" (RCR n. 98.008066-5, de Criciúma, rel. Des. Álvaro Wandelli, j. em 15/9/98).

Do corpo do acórdão, retira-se "trecho do artigo recentemente publicado na Revistas dos Tribunais, de autoria do Dr. José Jesus Cazetta Júnior, ilustre Promotor de Justiça em São Paulo:

'Em verdade, a Justiça Militar não foi concebida para o julgamento, em tempo de paz, de civis; tampouco se preordena a atrair, em virtude da mera qualificação pessoal, todos os

crimes que sejam imputados aos militares, às pessoas assemelhadas e aos policiais militares. No entanto, por um curioso artifício legal, circunstâncias secundárias, concernentes ao tempo da conduta e ao instrumento ocasionalmente utilizado para o crime, passaram a ter, no sistema, um valor extraordinário, ampliando o âmbito temático reservado à Justiça especial. Assim, a coincidência do crime com o exercício funcional ou o uso de arma da corporação bastou, até hoje, para excluir milicianos, militares e assemelhados da jurisdição comum. Eliminando a importância do instrumento do crime e reduzindo o peso, nesse campo, da função pública, a nova lei recua no tempo e, de quebra, prestigia o Júri, valorizando seu papel na distribuição da justiça.

‘Com esse escopo, a Lei n. 9.299, recentemente promulgada, suprimiu do Código Penal Militar seu dispositivo mais polêmico, contido na alínea f, do inc. II, do art. 9º. Desprezou, assim, o relevo que se dera ao emprego, pelo agente, de armamento militar, pondo fim a tormentosas questões práticas, que ainda afligiam os pretórios. Já não interessa, portanto, a quem pertence a arma do crime e, em consequência disso, o sujeito ativo, equiparando-se, nessa hipótese, às pessoas comuns, perdeu a perspectiva de escolher o juiz que porventura lhe convenha (alternativa com a qual, na prática, podia, por vezes, contar).

‘Nesse ponto, a técnica empregada pela lei não favorece a controvérsia: ao revogar aquela alínea, ipso facto recusou a certas figuras o atributo militar que ainda pesava sobre elas e, à primeira vista, não parece que tenha deixado espaço a quem pretenda,

nesse tema, suscitar discepções. (450).

‘Distinto, porém, foi o método do legislador, ao cuidar dos crimes dolosos contra a vida. Para não subtrair da Justiça especial outros crimes que, durante a vinculação à caserna, militares (assemelhados e milicianos) podem cometer, destacou, apenas, as espécies que, por sua natureza, admitiam transferência ao Júri. Com esse propósito, acrescentou um parágrafo ao art. 9º, do CPM, em virtude do qual devolve ao Tribunal popular o conhecimento de delitos para cujo julgamento essa instituição existe.

‘Sob uma perspectiva histórica — analisando o dispositivo em confronto com a experiência jurídica nacional — não houve, propriamente, uma inovação; cingiu-se a lei a contrair a competência da Justiça Militar, restringindo as fronteiras em que esta opera, por efeito de uma especialização menos ambiciosa em mais racional.

‘E o legislador podia fazê-lo, sem dúvida, porque era essa, precisamente, a tarefa que a Constituição lhe confiara, por meio de normas de estrutura flácida ou, como se diz, de eficácia limitada (arts. 124, caput, e 125, § 4º). Bem a propósito, em clássica monografia, José Afonso da Silva ensina que normas de princípio institutivo, como esta, reclamam ‘a complementação de sua eficácia, mediante uma normatividade ulterior’, porquanto a Lei Fundamental, ‘por um motivo ou outro’, limita-se, nessa hipótese, a ‘delinear a estrutura orgânica de certas instituições, abrindo a oportunidade para que o legislador ordinário, com alguma discricionariedade’ comple-

mente 'a obra esboçada, segundo as conveniências do momento'.

'A exclusão de critério especioso, que não correspondia ao conceito doutrinário de crimes militares e ao qual os pretórios não se curvaram sem críticas, preserva 'o mínimo científico' a que o constituinte se reportou e está em harmonia com o sistema instituído pela Constituição de 1988. Também a transferência ao Júri de crimes contra a vida, quando as vítimas sejam civis, ajusta-se, com extrema fidelidade, ao pensamento constitucional, pois concentra no órgão especializado da Justiça comum o conhecimento de causas para as quais ele está vocacionado, dando especial relevo ao Tribunal que, ao contrário da Justiça Militar, se inscreve entre os direitos e garantias individuais' (Modificações na Competência da Justiça Militar e o Princípio do Juiz Natural, Apontamentos sobre a Lei n. 9.299/96, in RT 735/445).

"Mais adiante, continua:

'Múltiplo, como se sabe, o processo que se deve empregar: consciente de que o Direito é um sistema unitário e coerente, que enuncia valores e se preordena à realização de certos fins, o jurista não se impressiona nem se satisfaz com a fórmula verbal eleita pelo legislador; serve-se dela como um ponto inicial da pesquisa; nunca a abstrai do contexto orgânico a que a regra pertence; subordina o dispositivo ao seu espírito e articula-o com as outras normas que regem a matéria,

com as quais está em íntima correlação, da qual resulta permanente interferência de valor e significado.

'Ademais, o novo diploma não estaria em harmonia com a Constituição Federal se o seu sentido fosse o que o seu texto defeituoso sugere. Como se sabe, a Lei Fundamental da República instituiu a Justiça Militar, para julgar, em caráter privativo, todos os crimes militares. A atribuição à Justiça Comum de infrações dessa índole, sem mudança de sua qualidade, subverteria o sistema constitucional. E não se pode supor que a lei tenha sido concebida para fraudar o pensamento exposto na Constituição, tanto mais se esta, confiando ao legislador ordinário o poder de definir os crimes militares, autorizara-o a rever esse gênero, para excluir, a seu critério, algumas espécies'."

3 — Diante de todo o exposto, a Câmara conhece do recurso, negando-lhe, contudo, provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Nilton Macedo Machado, lavrando parecer, pela Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 13 de outubro de 1999.

*Alberto Costa,*  
*Presidente;*  
*Jorge Mussi,*  
*Relator.*



## APELAÇÕES CRIMINAIS

### APELAÇÃO CRIMINAL N. 97.007623-1, DE JOINVILLE

**Relator: Des. Alberto Costa**

*Crime contra o patrimônio — Roubo praticado com emprego de arma e concurso de agentes — Condenação alicerçada nas declarações das vítimas, no reconhecimento pessoal e fotográfico dos réus e na chamada prova do co-réu — Recursos defensivos visando à absolvição dos réus, em face da fragilidade da prova coligida e por não terem sido os meliantes devidamente reconhecidos pelas vítimas — Pleito alternativo de um apelante pugnando pela desclassificação do delito e redução da pena, e de um segundo réu apenas a redução da reprimenda — Teses defensivas rechaçadas — Não conhecimento do recurso de um dos réus por intempestivo — Decretação da extinção da punibilidade de apelante falecido — Provimento parcial dos apelos aforados por dois dos réus, extensivos os efeitos da decisão aos co-réus não apelantes (CPP, art. 580).*

*— Em tema de roubo, delito em geral praticado de maneira clandestina, o reconhecimento pessoal e fotográfico dos assaltantes pelas vítimas, desde que não possa ser infirmado por razões de ódio, têm relevante valor na formação do convencimento do Togado, principalmente quando roborado por outras provas (JC 48/420).*

*— As declarações prestadas por co-réus, na fase investigatória, confessando a prática do delito e atribuindo a co-autoria aos demais co-réus, quando prestadas sem razões de ódio ou desejo de se eximirem de responsabilidade, e amparada em outros elementos de credibilidade constantes dos autos, têm valor probatório para servir de suporte a um decreto condenatório.*

*— Não se conhece de recurso cuja interposição deu-se a des-tempo.*

*— Demonstrado, quantum satis, o falecimento de co-réu não apelante, decreta-se-lhe, de ofício, a extinção da punibilidade, com fulcro nos artigos 107, inciso I, do Código Penal, e 61 e 62 do Código de Processo Penal.*

*— Agravante da reincidência não interfere na dosimetria da pena de multa.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 97.007623-1, da comarca de Joinville (1ª Vara), em que são apelantes Leocádio Laus Firmo e outros, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, de ofício, decretar a extinção da punibilidade do réu José Carlos Bencke, em face do seu falecimento, não conhecer do recurso interposto pelo réu Luiz Alberto dos Santos Seixas, por intempestivo, e conhecer dos apelos aforados por João Malaquias Rabello, Waldir Feliciano e Leocádio Laus Firmo, dando-se-lhes provimento parcial apenas para excluir da pena de multa o acréscimo decorrente da agravante da reincidência, extensivos os efeitos desta decisão aos co-réus não apelantes Pedro Laus Firmo e Gilberto Gonçalves.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Joinville, 1ª Vara Criminal, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra José Carlos Bencke, vulgo "Carlo", Pedro Laus Firmo, Leocádio Laus Firmo, Waldir Feliciano, vulgo "Sapo", Samuel Corrêa, vulgo "Samuca", Luiz Alberto dos Santos Seixas, vulgo "Gaúcho", João Malaquias Rabello e Gilberto Gonçalves, vulgo "Beto", dando-os como incurso nas sanções do artigo 157, § 2º, incisos I e II, c/c os artigos 61, inciso I, e 69, caput, todos do Código Penal, porque, segundo narra a exordial acusatória: "Os ora denunciados, ainda em companhia de Albari Primitivo, vulgo 'Ico' e José Luiz da Costa, vulgo 'Foguinho', já falecidos e todos foragidos da Cadeia Pública de Joinville na data de 30 de março de

1986, previamente combinados entre si, assumindo cada qual uma posição durante o assalto, em data de 10 de abril de 1986, por volta das 11h45min, após adentrarem no interior da Usina Metalúrgica Joinville, localizada à Rua Líbia, n. 217, Bairro Floresta, nesta Cidade, utilizando-se para ali chegarem de dois automóveis, um de marca Chevrolet, modelo Chevette Hatch, cor dourada, ano 1983, placa BF 8060, licenciado em Blumenau, de propriedade da Empresa Eval — Distribuidora de Alimentos Ltda., e o outro de um Fiat, modelo 147, cor cinza metálico, ano 1981, placa 3971, licenciado em Curitiba — PR, de propriedade de Ricardo Tadeu Kaviski, o qual foi subtraído do mesmo, sob grave ameaça, pois empunhavam um revólver cano longo dourado, em frente a empresa/vítima, minutos antes dos assaltantes adentrarem no seu prédio.

"Após, sob grave ameaça de morte renderam os guardas Antônio Antunes de Lima e Antônio Luiz Lima, obrigando-os a levá-los ao escritório, local onde estava guardado o dinheiro da empresa, momento em que o primeiro levou uma forte coronhada na cabeça, violência provocadora das lesões descritas às fls. 8.

"Em seguida entraram na sala do setor de Contabilidade da firma/vítima e de lá saíram com Márcia Regina Bohn como refém, fazendo-a, sob a mira de um revólver à sua cabeça, ir para o setor de Pessoal, quando pôde ver outros elementos renderem todos os empregados.

"Neste momento, Waldir Feliciano, vulgo 'Sapo', na companhia dos demais, ordenou que todos se deitassem no chão e subtraiu, sob grave

ameaça, para si, uma pulseira de ouro, 18k, com dois elos pequenos e um grande, intercalados, sem fecho, do braço da vítima Gerson Alfredo Lader, auxiliar de Contabilidade da empresa/vítima, e ainda sob grave ameaça, pois sempre apontavam pesadas armas em direção às pessoas, exigiram que Valmor Belegante, chefe do Departamento de Pessoal lhes entregasse todo o dinheiro. Sem escolha, este refém mostrou-lhes que o mesmo se encontrava na última gaveta do arquivo de aço, de imediato se apoderaram da gaveta e levaram os 320 envelopes de pagamento dos empregados referentes ao mês de março, no valor de CZ\$ 541.000,00 (quinhentos e quarenta e um mil cruzados), tomando rumo ignorado, após embarcarem em um Volks, guiado por João Malaquias Rabello, o qual já os esperava em outra rua.

“Os empregados que tiveram contato direto como os assaltantes os reconheceram como sendo todos os ora denunciados” (fls. 3/5).

Durante a instrução, o Dr. Juiz a quo decretou a revelia do acusado Luiz Alberto dos Santos Seixas, pois, embora citado por edital, não compareceu ao interrogatório.

Concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz sentenciou condenando José Carlos Bencke, Leocádio Laus Firmo, Pedro Laus Firmo, Waldir Feliciano, João Malaquias Rabello e Gilberto Gonçalves às penas de 7 (sete) anos e 7 (sete) meses de reclusão, em regime fechado, e 16 (dezesesseis) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à data do fato, por infringirem o disposto no artigo 157, § 2º, incisos I e II, c/c os artigos 61, inciso I, e 71, caput, todos do

Código Penal, e Samuel Correa e Luiz Alberto dos Santos Seixas às penas de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime semi-aberto, e 12 (doze) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à data do fato, por infração ao artigo 157, § 2º, incisos I e II, c/c o artigo 71, ambos do Codex Poenales.

Inconformados, os acusados Leocádio Laus Firmo e João Malaquias Rabello apelaram objetivando a absolvição, alegando que as provas amealhadas são frágeis para ensejar um decreto condenatório, haja vista os acusados, em todas as oportunidades em que se manifestaram nos autos, terem negado suas participações no evento delituoso, e, tampouco, foram reconhecidos pelas vítimas. O apelante Leocádio, alternativamente, requer a redução da pena, por exacerbada.

O acusado Waldir Feliciano, a fls. 494, também manifestou seu inconformismo ao recorrer da r. sentença. No entanto, não lhe foi aberto prazo para apresentar as razões de seu inconformismo.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Vilmar José Loef, pelo desprovimento do recurso.

Esta egrégia Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, converteu o julgamento em diligência, a fim de ser o defensor do réu Waldir Feliciano intimado para arrazoar o recurso interposto, e ser juntada, se for o caso, certidão de óbito do apelante Leocádio Laus Firmo, para comprovar, ou

não, ter ele falecido (acórdão de fls. 507/511).

Na origem, o defensor do réu Waldir Feliciano interpôs apelação, agora também em nome do acusado Luiz Alberto dos Santos Seixas, objetivando suas absolvições, alegando que os depoimentos prestados pelas testemunhas não comprovaram terem eles praticado o crime, por não presenciarem os fatos. Alternativamente, pugnam pela desclassificação do delicto e a redução da pena aplicada.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância e foram com vista à douta Procuradoria-Geral de Justiça que, em parecer subscrito pelo Dr. Vilmar José Loef, opinou pelo não conhecimento do recurso interposto pelo réu Luiz Alberto dos Santos Seixas, por intempestivo, e pelo desprovimento dos recursos de Waldir Feliciano, João Malaquias Rabello e Leocádio Laus Firmo. Quanto a este, manifestou-se pela cientificação do Ministério Público de Primeiro Grau, para que tome as providências que entender cabíveis, haja vista a autoridade policial não ter informado o Juízo sobre ter ou não ocorrido o falecimento do réu.

Preliminarmente, impõe-se necessário decidir sobre duas prefaciais, a primeira, pertinente à decretação da extinção da punibilidade do réu não apelante, José Carlos Bencke, ou Benke, vulgo "Carlo", não aventada pelas partes, e, a segunda, relativa à tempestividade ou não do recurso interposto pela defesa do réu Luiz Alberto dos Santos Seixas, vulgo "Gaúcho", suscitada pelo douto parecerista.

No que tange à primeira prefacial, impende enfatizar ter sido ela

suscitada no ofício datado de 29 de junho de 1996, subscrito pelo Administrador do Presídio de Joinville (fls. 427), informando sobre a morte do réu José Carlos Bencke, ou Benke, atestada pelo auto de exame cadavérico n. 290, datado de 7 de outubro de 1996, realizado pelo Instituto Médico Legal de Joinville, por fotocópia a fls. 486/487.

Nessa conformidade, colhida a manifestação do representante do Parquet deste Segundo Grau de Jurisdição (CPP, art. 62), com fulcro nos artigos 107, inciso I, do Código Penal, e 61 do Código de Processo Penal, declara-se, de ofício, extinta a punibilidade do réu José Carlos Bencke, ou Benke, vulgo "Carlo", em face de sua morte.

Pertinentemente à segunda prejudicial, impõe-se registrar ter sido esta argüida pelo ilustre Procurador de Justiça oficiante nesta Instância recursal.

Na verdade, a razão está com S. Excia., pois, como é de fácil percepção, o recorrente Luiz Alberto dos Santos Seixas, vulgo "Gaúcho", por não ter sido encontrado pessoalmente, foi intimado da sentença condenatória, por edital, com o prazo de 90 (noventa) dias, afixado no átrio do Fórum de Joinville, no dia 3 de dezembro de 1996 (fls. 468v.).

Ora, como o decurso do prazo fixado no edital foi certificado no dia 4 de março de 1997 (fls. 474) e o recurso foi aforado somente no dia 1º de dezembro de 1997 (fls. 521), manifesta é a intempestividade do apelo, decretada nesta oportunidade.

Quanto ao mérito, desassiste razão aos apelantes Leocádio Laus

Firmo e João Malaquias Rabello, quando objetivam a absolvição ao manto da negativa de autoria, e, igualmente, por não terem sido reconhecidos pelas vítimas, quedando-se despendicienda a pretensão de Leocádio, em ver reduzida a reprimenda reclusiva imposta na sentença recorrida.

Da mesma forma, inviável acolher-se o pleito absolutório do recorrente Waldir Feliciano, fundamentado na negativa de autoria, amparada esta no fato de não ter defluído dos depoimentos das testemunhas a sua participação nos acontecimentos narrados na denúncia.

De igual modo, inadmissível o acolhimento da pretensão alternativa desse apelante pugnando pela desclassificação do delito e a diminuição da pena aplicada.

Com efeito, no que toca à participação dos apelantes e demais comparsas nos assaltos descritos na peça prefacial acusatória, assim se expressou o Dr. Juiz de Direito prolator do edito condenatório:

“Segundo pode-se apurar de todo o processado, os acusados João Carlos Bencke, Pedro L. Firmo, Leocádio L. Firmo, Luiz Seixas, Gilberto Gonçalves e Waldir Feliciano, em companhia de Albari Primitivo (vulgo Ico), e José Luiz da Costa (vulgo Foguinho) estes já falecidos, e ainda de João Malaquias Rabello e Samuel Corrêa (sendo que os dois últimos os aguardavam do lado de fora), adentraram nas dependências da Usina Metalúrgica Joinville, onde, sobre ameaças de arma de fogo de médio e grosso calibre, lesionaram gravemente um dos guardas com uma coronhada, furtaram jóias pessoais dos em-

pregados e praticaram o assalto, subtraindo do interior daquela empresa, 320 envelopes da folha de pagamento, cada um contendo em seu interior o pagamento dos funcionários, totalizando a importância de CZ\$ 541.000,00 (quinhentos e quarenta e um mil cruzados).

“Posteriormente em poder de alguns dos acusados, foi encontrada parte do dinheiro e no veículo por eles utilizado na fuga alguns dos envelopes de pagamento furtados.

“Além do mais, a violência utilizada durante a prática do assalto restou inteiramente caracterizada pelo auto de exame de corpo de delito de fls. 14 dos autos.

“Ressalte-se, ainda, que do lado de fora da empresa/vítima, se encontravam mais dois elementos que não hesitaram de forma alguma, também sob a ameaça de armas de fogo, subtrair da vítima Ricardo o seu automóvel Fiat, que acabara de ser estacionado em frente à Usina e com o qual também empreenderam fuga” (fls. 415).

Como se vê, os réus José Carlos Bencke, ou Benke, vulgo “Carlo”, já falecido, Pedro Laus Firmo, Leocádio Laus Firmo, Waldir Feliciano, vulgo “Sapo”, Samuel Corrêa, vulgo “Samuca”, Luiz Alberto dos Santos Seixas, vulgo “Gaúcho”, João Malaquias Rabello e Gilberto Gonçalves, vulgo “Beto”, associaram-se aos foragidos da Cadeia Pública de Joinville, Albari Primitivo, vulgo “Ico”, e José Luiz da Costa, vulgo “Foguinho”, já falecidos, para a prática de assaltos na região da Grande Joinville.

Nesse compasso, o réu Pedro Laus Firmo, oitavado na polícia a fls.

80/v., com as cautelas legais, descreveu os assaltos praticados por seus companheiros no dia dos fatos: ao Banco do Brasil, em Pirabeiraba; à Metalúrgica Joinville; ao Motel Louco Amor; a uma família em Barra Velha, mencionando como partícipes os réus José Luiz da Costa, "Foguinho", Carlos Bencke, Gilberto Gonçalves, Waldir Feliciano e Albari Primitivo. Não teve pejo ao declarar que levantara a saia de uma das vítimas do sexo feminino e passara suas mãos nas nádegas da moça. Negou-se a assinar o termo, que foi subscrito por duas testemunhas.

Ao depois, retificou a confissão a fls. 82/83, declarando ter praticado o assalto (os assaltos, registre-se), na companhia de 5 (cinco) elementos desconhecidos. Na casa dos pais desse acusado foram encontrados CZ\$ 28.000,00 (vinte e oito mil cruzados).

De sua parte, o apelante João Malaquias Rabello, na polícia, a fls. 60/v., declarou que os assaltantes da Metalúrgica Joinville foram os réus José Luiz da Costa, vulgo "Foguinho", Carlos Bencke, Waldir Feliciano, vulgo "Sapo", Gilberto Gonçalves e Pedro Laus Firmo. Em Juízo negou sua participação nos fatos, afirmando que, não obstante a assinatura no termo de fls. 60/v. fosse sua, não acusou os co-réus.

Os demais acusados, tanto na polícia como em Juízo, negaram tivessem sido os autores dos assaltos.

Todavia, sem embargo disso, é bem de ver que em poder do réu Waldir Feliciano foi apreendida uma pulseira de ouro, subtraída da vítima Gerson Alfredo Lader, auxiliar de contabilidade da Metalúrgica Joinville, cujo

cidadão, ao depor na polícia, reconheceu a pulseira como sendo de sua propriedade, mas não reconheceu a nenhum dos assaltantes (fls. 30/v.).

Referida testemunha, infelizmente não foi inquirida em Juízo.

Entrementes, em poder do réu Samuel Corrêa, vulgo "Samuca" foram apreendidos 2 revólveres, um rádio toca-fitas Sharp, um automóvel VW Passat LS, c/certificado de registro e três chaves (fls. 33 e 52). Com o apelante Leocádio foi apreendido um revólver (fls. 48). Em poder do apelante João Malaquias Rabello, uma espingarda (fls. 59), e, finalmente, na posse do réu Pedro Laus Firmo, além do numerário já reportado alhures, foram apreendidos um VW Sedan, placa JP 1135, mais a importância de CZ\$ 1.000,00 (um mil cruzados).

Quanto ao reconhecimento dos réus pelas vítimas, enfatize-se que Antônio Antunes de Lima (fls. 285/v.) descreveu o assalto, tendo reconhecido pessoal e fotograficamente ao réu José Carlos Bencke, ou Benke, já falecido. A vítima Márcia Regina Bohn, em Juízo Márcia Regina da Bona (fls. 286/v.), a exemplo do que fizera na fase investigatória não reconheceu os réus Waldir, Luiz Alberto, Leocádio e João Malaquias. Todavia, há que se ressaltar que, embora não lhe tivesse sido feita nenhuma indagação, a aludida vítima subscreveu o termo de reconhecimento do réu José Carlos Bencke, ou Benke, feito pela vítima Antônio Antunes de Lima.

De outra parte, a vítima Antônio Luiz Lima, que trabalhava na segurança da portaria Metalúrgica Joinville, ao descrever o assalto, declarou ter reconhecido o meliante Albari Primitivo, já

falecido, como partícipe do crime (fls. 19/v.). Logo em seguida, pelo termo de fls. 20, reconheceu os réus Pedro e Leocádio Laus Firmo. A fls. 21, por fotografia, reconheceu os meliantes Albari Primitivo e Luiz Carlos Seixas, vulgo "Gaúcho", leia-se, Luiz Alberto dos Santos Seixas. Já a fls. 22 e 23, por reconhecimento pessoal, apontou José Carlos Bencke, ou Benke, e Gilberto Gonçalves, vulgo "Beto", como participantes do assalto. A fls. 287 ratificou as declarações policiais, declarando, nesta oportunidade, não ter reconhecido os réus Waldir Feliciano, Luiz Alberto dos Santos Seixas, e tampouco João Malaquias Rabello.

A vítima Ricardo Tadeu Kaviscki, proprietário do Fiat 147 subtraído pelos meliantes, depôs a fls. 24/v., sem se reportar aos nomes dos assaltantes. No entanto, a fls. 25, subscreveu o termo de reconhecimento, no qual, por errônea da autoridade policial não constou os nomes dos réus reconhecidos, limitando-se a autoridade policial a aludir-se no termo de reconhecimento a anexos 001 e 002, que não foram juntados aos autos do Inquérito Policial. Pena que mencionada vítima não tenha sido ouvida em Juízo.

De seu lado, a vítima Isabel Cristina Leal, empregada da Metalúrgica Joinville, foi oitivada somente na fase investigatória. Na ocasião, fls. 27/v., não soube dar a descrição dos assaltantes, afirmando, sem muita convicção, no termo de fls. 27/v., o reconhecimento do meliante Albari Primitivo, vulgo "Ico". Isabel Cristina não foi inquirida em Juízo.

Por outro turno, a vítima Edson José Vieira, que teve o seu automóvel

Chevette Hacht subtraído na noite dos fatos, depôs a fls. 49, e por intermédio do termo de reconhecimento fotográfico de fls. 51 apontou os meliantes Albari Primitivo e José Luiz da Costa como os autores do roubo. A exemplo da vítima Isabel Cristina, Edson não foi ouvido em Juízo.

Finalmente, comparece a vítima Valmor Carvalho Pereira, assaltada na madrugada do dia 10 de abril de 1996 por três indivíduos, armados, que subtraíram-lhe um automóvel Passat VW LS, com chaves, mais um rádio toca-fitas e um óculos, reconhecendo, no depoimento, o réu José Carlos Bencke, ou Benke, já falecido, como um dos autores do crime (fls. 54/v.). Logo após, por fotografia, voltou a reconhecer o réu antes citado.

A prova arregimentada, fulcra na palavras de algumas das vítimas e na confissão extrajudicial do apelante João Malaquias Rabello e Pedro Laus Firmo, é mais que satisfatória para embasar uma condenação.

Na verdade, um assalto realizado nas condições como as de que foram vítimas a Metalúrgica Joinville e seus empregados, e os demais ofendidos, desenrolado à socapa, causa terrível trauma psíquico no ser humano, razão pela qual, havendo sensível obliteração da memória, não há pretender que os ofendidos se lembrem, com minúcias, de fatos, lugares, horários, semblantes, haja vista tratarem-se de reminiscências que a psique de cada qual obumbra e busca esquecer. Afora tudo isso, é claro, o medo, contínuo e terrível de, após o reconhecimento, tornarem-se, no futuro, indefesas vítimas dos meliantes.



Por isso, não há como acolher a pretensão absolutória dos apelantes, ao argumento de não terem sido reconhecidos pelas vítimas.

Nesse passo e quanto ao apelante João Malaquias Rabello, tem-se, de fato, que não poderia ele ter sido positivamente reconhecido pelas vítimas que se encontravam na Metalúrgica Joinville, pois ficara no lado de fora do estabelecimento, de atalaia e para dar fuga aos demais co-réus. É claro está que, quando entregou seus companheiros, não era de esperar que fosse entregar a si próprio. Todavia, participou ativamente de toda a empreitada criminosa, não podendo aceitar-se seu bisonho e indemonstrado álibi de que se limitara a transportar os co-réus José Luiz da Costa, vulgo "Foguinho", e Luiz Carlos Bencke, ou Benke, já falecidos, para Curitiba/PR, mediante o pagamento de CZ\$ 500,00 (quinhentos cruzados) e o recebimento de uma espingarda, por sinal apreendida em seu poder (fls. 59).

Quanto à participação dos apelantes Leocádio Laus Firmo e Waldir Feliciano, surge assinalada a do primeiro, pelas declarações das vítimas Antônio Antunes de Lima, na polícia, e Antônio Luiz Lima, na polícia e em Juízo.

No que se refere a do segundo, resulta caracterizada pelas declarações dos co-réus Pedro Laus Firmo, na polícia, e João Malaquias Rabello, igualmente na fase investigatória, impendendo ressaltar que em poder de Leocádio foi apreendido um revólver e com Waldir a pulseira de ouro pertencente à vítima Gerson Alfredo Lader, auxiliar de contabilidade da Metalúrgica Joinville.

É o quanto basta para configurar a responsabilidade dos apelantes no caso em tela.

O certo é que a jurisprudência já se vai pacificando na diretiva de que as palavras das vítimas, desde que coerentes, e assentadas em outros elementos de credibilidade existentes nos autos, os quais, in casu, ressaem da chamada prova do co-réu, cuja inculpação aos comparsas não apresenta indícios de ter sido feita com o propósito de vingança ou de livrar-se de responsabilidade, têm valor probatório suficiente para sustentar uma condenação.

No caso in judicio, a participação dos apelantes está demonstrada às escâncaras, estada na prova carreada para o bojo dos autos, não havendo, portanto, como acolher-se as teses defensivas, de negativa de autoria, de desclassificação do delito, e/ou de diminuição da pena reclusiva, eis que imposta esta em patamar elevado, em face da extremada censurabilidade (=culpabilidade) dos apelantes e seus comparsas, portadores de péssimos antecedentes, má conduta social, e personalidade voltada para a criminalidade violenta, movidos, sempre, pela obtenção de lucro sem trabalho honesto, possuidores de precário senso moral, demonstrador de terrível insensibilidade relativamente ao patrimônio e integridade corporal do seu semelhante, homens que não medem as consequências de seus atos, sempre rescendentes de extrema gravidade.

As penas foram fixadas na graduação estabelecida na lei, atendidas as causas de especial aumento con-

signadas nos itens I e II do § 2º do artigo 157 do Código Penal.

Sem embargo disso, a sentença recorrida merece pequeno reparo na parte da dosimetria da pena de multa imposta a cada um dos réus José Carlos Bencke, ou Benke, já falecido, Leocádio Laus Firmo, Pedro Laus Firmo, Waldir Feliciano, João Malaquias Rabello e Gilberto Gonçalves.

É que o Dr. Juiz de Direito sentenciante fez incidir sobre a pena de multa basicamente fixada em 10 (dez) dias-multa, o acréscimo de 2 (dois) dias-multa, correspondente à agravante da reincidência, totalmente inaplicável à espécie, segundo o pacífico entendimento da doutrina e da jurisprudência pátria, inclusive deste egrégio Pretório.

Pelo exposto, de ofício, decreta-se a extinção da punibilidade do réu José Carlos Bencke, ou Benke, vulgo "Carlo", em face do seu falecimento (CP, art. 107, I, e CPP, arts. 61

e 62), não se conhece do recurso interposto pelo réu Luiz Alberto dos Santos Seixas, vulgo "Gaúcho", por intempestivo, e conhece-se dos apelos aforados por João Malaquias Rabello, Waldir Feliciano e Leocádio Laus Firmo dando-se-lhes provimento parcial apenas para excluir da pena de multa o acréscimo decorrente da agravante da reincidência, extensivos os efeitos desta decisão aos co-réus não apelantes Pedro Laus Firmo e Gilberto Gonçalves (CPP, art. 580).

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Mussi e Maurílio Moreira Leite, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 15 de fevereiro de 2000.

*Alberto Costa,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.010072-0, DE PALMITOS**

**Relator: Des. Alberto Costa**

*Apelação criminal — Crime contra os costumes — Estupro ficto — Condenação — Recurso defensivo visando à absolvição, sob os seguintes argumentos: a) inépcia e nulidade da denúncia, pois a representação não foi oferecida dentro do prazo estipulado no artigo 103 do Código Penal, ocorrendo a decadência e a prescrição; b) ocorrência da extinção da punibilidade, pois o réu mantém união estável com a vítima; e, c) inexistir prova da ocorrência do delito. Pleito alternativo de aplicação ao caso a norma mais favorável, estampada no parágrafo único do artigo 213 do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 8.069/90, ou a desclassificação do delito para o previsto no artigo 217 do Codex poenales — Argumentos de-*

*fensivos improcedentes — Condenação mantida — Recurso desprovido.*

— *Se a mãe da ofendida oferece representação um mês após saber que o seu amásio praticou estupro contra sua filha, não há falar em decadência do direito de queixa, pois aquela peça processual foi proposta dentro do prazo estipulado no artigo 103 do Código Penal.*

— *Inocorre a aventada extinção da punibilidade pela prescrição se, entre os marcos interruptivos previstos no artigo 117 do Código Penal, não decorreu o prazo estipulado no artigo 109 do referido diploma legal, tendo em vista a pena aplicada na r. sentença condenatória.*

— *“A circunstância de haver o réu estabelecido concubinato com a vítima não afasta a presunção de violência para a caracterização do estupro” (STJ — REsp. n. 94.683/GO — rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro).*

— *Se a vítima é menor de 14 (quatorze) anos e o acusado, amásio da mãe da vítima, cuja condição o equipara a padrasto, pratica com ela conjunção carnal, caracterizado está o delito de estupro, com violência presumida, cuja autoria encontra-se comprovada pelas palavras da vítima e confissão do réu, na polícia e em Juízo.*

— *Inaplicável, ao caso sub judice, o preceituado no parágrafo único do artigo 213 do Código Penal, acrescentado pela Lei n. 8.069/90 (ECA), em virtude de ter sido revogado expressamente pelos artigos 6º e 9º, ambos da Lei n. 8.072/90, e artigo 1º da Lei n. 9.281/96.*

— *A desclassificação do delito de estupro para o de sedução não pode ser efetuada, à vista de sua inconfiguração, pois a vítima é menor de 14 (quatorze) anos de idade.*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Palmitos, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Avelino da Silva,

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.010072-0, da comarca de Palmitos, em que é apelante Avelino da Silva, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

dando-o como incurso nas sanções do artigo 213, c/c os artigos 224, letra a, e 225, § 1º, inciso II (cinco vezes), na forma do artigo 69, todos do Código Penal, porque, segundo narra a exordial acusatória: “Há aproximadamente 4 anos atrás, o acusado Avelino da Silva uniu-se maritalmente com I. S. D. e seus dois filhos, passando a constituir uma entidade familiar, de cujo vínculo nasceu um filho. Durante este período de convivência, valendo-se da autoridade que exercia na condição de padrasto dos filhos de sua companheira, o acusado passou a abusar sexualmente da criança T. de L. D. na época com apenas 11 (onze) anos de idade.

“Assim é que, há dois anos atrás, por volta do mês de abril de 1993, enquanto trabalhava em companhia da menor e seu irmão, isto na roça na Localidade de Linha Bernardes, o acusado constrangeu a sua enteada T. de L. D., com apenas 11 anos de idade, a com ele manter relações sexuais, ocasião em que a possuiu sexualmente, desvirginando-a e satisfazendo o seu abjeto desejo sexual.

“A partir daquele dia, o acusado, valendo-se sempre do poder que exercia sobre a vítima, passou a relacionar-se sexualmente com esta por mais quatro vezes, vindo a engravidá-la na última vez que a possuiu à força, quando trabalhavam na roça de Getúlio Bernardes, na La. Bernardes, Caiibi. Naquele dia, isto no mês de agosto ou setembro de 1994, o acusado novamente se encontrava trabalhando com a vítima e seu irmão menor e, a certa altura, determinou que o menor fosse até um local distante apanhar água para beber e, enquanto estava só com a indefesa vítima, desnudou-a

à força e penetrou o seu membro viril na vagina da frágil vítima, vindo a engravidá-la, conforme atesta o Auto de exame de corpo de delito e de conjunção carnal de fls. 4” (fls. 2/3).

Em alegações finais o Órgão Ministerial pugnou pela condenação do acusado nas sanções do artigo 213, c/c os artigos 224, letra a, 225, § 1º, inciso II (três vezes), e 71 todos do Código Penal.

Concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz sentenciou, condenando Avelino da Silva à pena de 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime fechado, por infringir o disposto no artigo 213, c/c os artigos 224, letra a, 226, inciso II (três vezes), 71 e 65, inciso III, letra d, todos do Código Penal.

Inconformado, o acusado apelou objetivando a absolvição, alegando: a) a inépcia e nulidade da denúncia, pois a representação não foi oferecida dentro do prazo estipulado no artigo 103 do Código Penal, ocorrendo, in casu, a prescrição e a decadência do direito de queixa; b) a ocorrência da extinção da punibilidade, uma vez que o acusado mantém união estável com a vítima (more uxorio), equiparando-se ao casamento civil, tendo, inclusive, o consentimento de sua genitora; e, c) inexistir prova do alegado constrangimento ilegal ou uso de violência para a prática do delito a ele imputado.

Alternativamente, requer a aplicação da pena prevista no parágrafo único do artigo 213 do Código Penal, com a redação dada pelo artigo 263, item 5, da Lei n. 8.069/90 (ECA), ou a desclassificação do delito para o previsto no artigo 217 do Digesto Penal.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Gilberto Callado de Oliveira, pelo desprovimento do recurso.

O artigo 103 do Código Penal, dispõe:

“Art. 103. Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia”.

No caso sub judice, não há falar em decadência do direito de queixa, pois a representação foi oferecida dentro do prazo estipulado no artigo acima citado, haja vista a mãe da ofendida ter tomado conhecimento do fato, ante a gravidez de sua filha, e saber quem foi o seu autor somente no mês de abril de 1995, consoante se depreende de suas declarações prestadas na polícia (fls. 14), tendo a representação de fls. 10 (denominada queixa-crime) sido oferecida em 18/4/95, ou seja, dentro do prazo de 6 (seis) meses estipulado no artigo acima citado.

Ademais, convém ressaltar que a representação para o caso é desnecessária, pois se o acusado era amásio da mãe da vítima, condição esta que o equipara a de padrasto, a ação penal é pública incondicionada, consoante dispõe o inciso II do § 1º do artigo 225 do Código Penal, in verbis:

“Art. 225. Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.

“§ 1º. Procede-se, entretanto, mediante ação pública:

“I — omissis

“II — se o crime é cometido com abuso do pátrio-poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador”.

Nesse sentido, a jurisprudência desta egrégia Corte de Justiça:

“Estupro e atentado violento ao pudor praticado contra três menores — Agente amásio da mãe das vítimas — Invocada ilegitimidade do Ministério Público para detonar a ação penal — Improcedência — Penas bem dosadas — Recurso desprovido.

“É o representante do Ministério Público o titular da ação penal, devendo promovê-la independentemente de representação, quando o agente ativo de crime contra os costumes, envolvendo menores de 14 (quatorze), for o pai, padrasto, tutor, curador ou até amásio da mãe da vítima, face exercer este último, sobre a menor, uma autoridade de fato” (Ap. Crim. n. 28.077, de Indaial, rel. Des. Marcio Batista).

Por outro lado, incoorre a aventada extinção da punibilidade pela prescrição, pois os fatos ocorreram no mês de abril de 1993, sendo a denúncia recebida em 23/8/95 e a sentença condenatória publicada em 22/5/98, e, tendo a pena sido aplicada em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, quantum este já sem o aumento referente à continuidade delitiva, entre estes marcos interruptivos incoorre o prazo prescricional, que, in casu, é de

12 (doze) anos, de acordo com o disposto no inciso III do artigo 109 do Código Penal.

Por outro vértice, o fato de o acusado estar, agora, vivendo com a vítima, mantendo união estável, na forma concubinária, não afasta a ocorrência do delito de estupro com violência presumida, pois à época dos fatos a vítima possuía apenas 10 (dez) ou 11 (onze) anos de idade quando o réu praticou a primeira relação sexual e, após a reiteração desta conduta criminosa, veio a vítima a engravidar com apenas 12 (doze) anos de idade.

Ora, in casu, não se pode cogitar tenha a vítima consentido na prática das relações sexuais, ante a sua menoridade e inexperiência, pois não possuía capacidade, tanto intelectual como volitiva, para manifestar-se contrariamente e oferecer resistência contra o seu ofensor, devendo ser ressaltado, ainda, ser ele seu padrasto.

O Superior Tribunal de Justiça, sobre a matéria, deixou assentado:

“Penal. Processual penal. Estupro. Vítima não maior de 14 anos. Presunção de violência.

— A norma inserida no art. 224, I, do Código Penal é expressa no sentido de que sendo a vítima menor de 14 anos, a violência é presumida, pouco importando as suas condições individuais.

— A circunstância de haver o réu estabelecido concubinato com a vítima não afasta a presunção de violência para a caracterização do estupro.

— Recurso especial conhecido e provido” (REsp. n. 94.683/GO —

Rel.: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro — DJU de 15/3/99).

Quanto ao mérito, o acusado busca a absolvição, ao argumento de inexistir prova da ocorrência de constrangimento ilegal ou de uso de violência à prática do delito. Todavia, impõe enfatizado ser totalmente impropriedade referida assertiva, pois, conforme se desdobre das peças que compõem os presentes autos, a vítima, ao ser ouvida na polícia em 18/4/95, agora contando 13 (treze) anos de idade (termo de declaração de fls. 13), declarou que “há uns oito meses atrás estava trabalhando na roça em Linha Bernardes, Caibi, quando que seu padrasto Avelino da Silva, o qual convivia com sua mãe I. S. D., há uns três anos mais ou menos e com a qual tem um filho de quatro anos, lhe pegou a força, ali na roça, sendo que antes ele pediu a seu irmão de dez anos de idade, ir buscar água, local este que não fica perto de onde estavam, quando que ficaram somente os dois, ele se achegou na declarante e lhe tirou as roupas, sem as rasgar e manteve relação sexual com a declarante”.

Em Juízo, a vítima, ao ser inquirida, declarou: “que às vezes em que estavam na roça o acusado apresentava o irmão da informante com balas e chicletes, e pedia para que o mesmo fosse buscar água, em um poço, distante da roça, e, estando o acusado só com a informante, agarrava-a e forçava a manter conjunção carnal”.

Já o acusado, quando prestou suas declarações na polícia, assim se manifestou: “Que o declarante afirma que há uns dois anos atrás manteve a primeira relação sexual com T. de L. D., a qual na época tinha onze anos

de idade e tal fato aconteceu em Linha Bernardes — Caibi SC, na roça de Getúlio Bernardes, sendo que convidou T. para terem relação sexual e ela prontamente aceitou, sendo que não a forçou para tanto, e que afirma o declarante que ela era virgem”.

Ao depois, quando interrogado em Juízo, o acusado voltou a confirmar as declarações efetuadas na polícia, afirmando que “efetivamente durante o período de convivência com a companheira I., por duas ou três vezes manteve relações sexuais com a vítima T.; que na época T. tinha dez ou onze anos de idade”.

A prova material da ocorrência do estupro está estampada no laudo pericial de fls. 8, atestando o desvirginamento da vítima e encontrar-se ela grávida. E a prova da autoria dimana das declarações prestadas pela vítima, tanto na polícia quanto em Juízo, as quais são harmônicas com a prova pericial autuada e, aliadas às declarações do réu, tornam-se suficientes para ensejar o convencimento necessário para firmar a responsabilidade penal e a condenação do apelante pela prática do delito de estupro, mediante violência presumida, devendo-se salientar ser o réu amásio da mãe da vítima e nessa condição assemelhado a padrasto dela (RJTJSP 104/438; RT 539/273 e 492/311).

De outra parte, inadmissível dar-se guarida à postulação defensiva, no sentido de aplicar-se a pena prevista no parágrafo único do artigo 213 do Código Penal, e não a comina-

da no seu caput. E isso porque o parágrafo único do referido dispositivo legal, alterado pela Lei n. 8.069/90 (ECA), foi revogado pelos artigos 6º e 9º da Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), antes mesmo da vigência daquela. Ademais, para pôr fim a qualquer discussão acerca da matéria, o legislador, por intermédio da Lei n. 9.281/96, em seu artigo 1º, revogou expressamente os parágrafos únicos dos artigos 213 e 214, ambos do Código Penal, apresentando-se, in casu, a condenação ditada pelo Togado justa e merecida.

Por derradeiro, impossível deferir-se a desclassificação do delito pretendida pelo apelante, em face da ofendida possuir apenas 11 (onze) anos de idade, pois o crime previsto no artigo 217 do Código Penal (Sedução) exige, como um de seus pressupostos, que a vítima seja maior de 14 (quatorze) e menor de 18 (dezoito) anos.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Mussi e Maurílio Moreira Leite, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 26 de outubro de 1999.

*Alberto Costa,*  
*Presidente e Relator.*



**APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.011080-7, DE TUBARÃO****Relator: Des. Alberto Costa**

*Crime contra a saúde pública — Narcotraficância — Maconha — Apreensão de 280,3g (duzentos e oitenta gramas e três decigramas) na residência dos agentes (marido e esposa), com dois cachimbos para fumar a erva — Delito praticado em associação — Recursos defensivos de cunho absolutório, fulcrados na negativa de autoria e na insuficiência de prova, por embasada em depoimentos de policiais — Pleito alternativo do réu varão, com vista à desclassificação do delito para o previsto no artigo 16 da Lei de Tóxicos e redução da pena mediante a exclusão da majorante especial inscrita no artigo 18, inciso III, da Lei n. 6.368/76 — Conjunto probatório recolhido nos autos que comprova a materialidade e a autoria do delito — Valor probatório de depoimento de policiais amparado, no caso, pela prova testemunhal coletada — Réus que mantinham associação eventual para a venda de maconha — Causa de especial aumento de pena contemplada no inciso III do artigo 18 da Lei de Tóxicos demonstrada, à saciedade, nos autos — Teses defensivas improcedentes — Adequação do valor do dia-multa à regência do artigo 38, e seus parágrafos, da Lei n. 6.368/76 — Recursos parcialmente providos.*

*— A razoável quantidade da substância apreendida é suficiente para a caracterização do crime previsto no artigo 12 da Lei n. 6.368/76, desde que a finalidade de destinação para terceiro seja nitidamente comprovada, como no caso dos autos, máxime quando acompanhada de balança para pesagem da droga e de cachimbos.*

*— A circunstância de ser o apelante varão mero usuário no uso de maconha, não elide a sua condição de traficante.*

*— Em sede de prova penal queda majoritário o entendimento de que os policiais não estão impedidos de depor sobre fatos cujo conhecimento tomaram em decorrência de diligência que participaram, dando-se ao testemunho, no caso concreto, o valor atribuído a qualquer outro depoimento, revestindo-se, portanto, de relevante suporte probatório.*

*— A associação a que se alude o artigo 18, inciso III, da Lei de Tóxicos, mantida em caráter eventual pelos apelantes, visando à venda de maconha, não caracteriza o concurso de pessoas.*

— *Em tema de crime contra a saúde pública, o valor do dia-multa submete-se aos parâmetros do artigo 38 e seus parágrafos, da Lei n. 6.368/76, que rege a espécie, e não à disciplina do artigo 49 do Código Penal.*

— *A Lei n. 9.714/98 não se aplica ao crime de tráfico de entorpecentes.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.011080-7, da comarca de Tubarão (Vara Criminal), em que são apelantes Maria Aparecida Ramos Machado e Ramon da Silva, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso, apenas para adequar o valor do dia-multa aos parâmetros do artigo 38 e seus parágrafos da Lei n. 6.368/76.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Tubarão, Vara Criminal, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Maria Aparecida Ramos Machado, vulgo "Cida", e Ramon da Silva, dando-os como incurso nas sanções do artigo 12, c/c o artigo 18, inciso III, ambos da Lei n. 6.368/76, porque, segundo descreve a proemial acusatória: "No dia 7 de abril de 1998, por volta das 14h30min, policiais do Deic e desta cidade, munidos com mandado de busca a apreensão expedido pelo Juízo da Vara Criminal desta comarca de Tubarão, dirigiram-se até a residência dos denunciados Maria Aparecida Ramos Machado e Ramon da Silva, situada na Rua São José, n. 602, apto 4, nesta Cidade.

"Quando da chegada da autoridade policial no endereço antes men-

cionado, o denunciado Ramon da Silva encontrava-se ausente, estando no local apenas a denunciada Maria Aparecida, em companhia de outras pessoas.

"Ao ser procedida revista nas dependências da residência dos denunciados, foram encontrados e apreendidos 2 (dois) torrões da substância vulgarmente conhecida como 'maconha', na forma prensada, 8 (oito) pacotes pouco menores e um pacote pequeno, este também contendo 'maconha' em seu interior, num total aproximado de 280 (duzentos e oitenta) gramas da droga, além de um rolo de fita crepe transparente, dois cachimbos para fumar a erva, uma balança de precisão e duas facas utilizadas para cortar a droga.

"A 'maconha' apreendida na residência dos denunciados era de propriedade de ambos e encontrava-se guardada por estes para fins de futura comercialização, posto que os mesmos, em conjunto e mediante acordo prévio de vontades, efetuavam comércio regular da referida erva.

"Trata-se a 'maconha' de substância entorpecente, capaz de causar dependência física e/ou psíquica" (fls. 2/3).

Concluída a instrução criminal, a Dra. Juíza sentenciou, condenando Maria Aparecida Ramos Machado e Ramon da Silva às penas de 4 (qua-

tro) anos de reclusão, em regime fechado, e 66 (sessenta e seis) dias-multa, à razão de 1/20 (um vigésimo) do salário mínimo vigente à data do fato, por infringirem o disposto no artigo 12, c/c o artigo 18, inciso III, ambos da Lei n. 6.368/76.

Inconformados, os acusados apelaram objetivando a absolvição. Maria Aparecida Ramos Machado alega não restar comprovada a sua condição de traficante, sendo a droga apreendida de propriedade do co-réu Ramon, seu companheiro. Acrescenta, também, estar a prova embasada apenas nas declarações prestadas pelos policiais que não participaram da apreensão do material tóxico encontrado em sua residência.

O réu Ramon da Silva afirma não ter praticado o crime de tráfico de entorpecentes, estando a prova fundamentada nos depoimentos inverídicos prestados pelos policiais. Demais disso, assegura ser a droga apreendida destinada para seu consumo, cuja quantidade, por si só, não é suficiente para caracterizar a narcotraficância, devendo, in casu, ser desclassificado o delito para o previsto no artigo 16 da Lei Antitóxicos. Por derradeiro, requer a exclusão da condenação da causa de especial aumento prevista no artigo 18, inciso III, da Lei de Tóxicos, por inócua no caso sub iudice e, conseqüentemente, a redução da pena aplicada.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Valdir Vieira, pelo desprovemento do recurso.

Neste ínterem, aportou nos autos, a fls. 204, petição requerendo a juntada de substabelecimento e vista dos autos, no prazo legal, tendo o novo defensor da ré apresentado memorial, o qual foi juntado a fls. 208/214.

A pretensão absolutória imerece ser acolhida. Melhor não é a sorte do apelante varão no que tange ao pleito desclassificatório.

Na verdade o contexto probatório carreado para os autos demonstra, quantum satis, que os apelantes foram surpreendidos, após bem sucedida diligência empreendida pela polícia da comarca de Tubarão, na posse do material tóxico descrito na denúncia e no termo de apreensão acostado aos presentes autos.

A maconha encontrada no apartamento dos apelantes era de propriedade deles e se destinava ao comércio. E a prova da mercancia ressalta nos autos nas palavras dos policiais civil e militares que participaram da antefalada diligência, referendadas pelo depoimento da testemunha Antonio dos Passos Fernandes Elias, o qual declarou expressamente ter adquirido várias vezes maconha com os apelantes (fls. 76).

Ora, não bastassem as declarações da testemunha Antonio dos Passos Fernandes Elias para servir como prova satisfatória da responsabilidade penal dos apelantes no caso em tela, vêm à calha, com o mesmo propósito, os depoimentos dos policiais civil e militares Gilmar Abelardo Vicente Júnior, Jean Carlos Medeiros e Emerson José Luiz. Esses policiais localizaram o material tóxico no apartamento dos apelantes, e as pequenas discrepâncias constatadas em seus

testemunhos, por comuns, não lhes retiram a força probatória.

Demais disso, é consabido que em sede de prova penal, queda majoritário o entendimento de não estarem os policiais impedidos de depor sobre fatos cujo conhecimento tomaram em decorrência de diligência que participaram, dando-se ao testemunho por eles prestados, no caso concreto, o valor atribuído a qualquer depoimento, revestindo-se este, portanto, de relevante aporte probatório.

O delito de tráfico de entorpecente ressuma suficientemente configurado no caso vertente, enfatizando-se que a razoável quantidade da substância apreendida é suficiente para a caracterização do crime previsto no artigo 12 da Lei n. 6.368/76, desde que a finalidade de destinação para terceiro seja nitidamente comprovada, como no caso dos autos, máxime quando acompanhada de balança para pesagem da droga e de cachimbos.

As testemunhas arroladas pela defesa, conforme muito bem acentuou o representante do Ministério Público a quo são meramente abonatórias, desconhecendo os fatos narrados na exordial acusatória, não obstante os autos retratem que a testemunha José Carlos Ferreira, vulgo "Carla" foi apontada pela testemunha Antonio dos Passos Fernandes Elias, como o travesti que igualmente lhe vendeu maconha no apartamento dos apelantes.

Na verdade, por incidente a conduta dos apelantes nas sanções do artigo 12 da Lei de Tóxicos, inviável a pretendida desclassificação do delito para o tipificado no artigo 16 do referido Diploma Legal postulada pelo

réu varão, tanto mais quando reconhecida que a sua condição de usuário eventual no uso de maconha não é incompatível com a sua condição de traficante.

De outra parte, apresenta-se totalmente inadmissível a exclusão da causa de especial aumento de pena prevista no artigo 18, inciso III, da Lei n. 6.368/76, e isto porque, consoante ressume dos autos, os apelantes mantinham uma associação, ainda que de caráter eventual, visando à venda de maconha, circunstância que caracteriza a referida majorante especial o animus associativo e não a mera co-autoria, conforme posto no decisorio objurgado.

A condenação foi ditada com acerto e a pena quantificada no seu mínimo legal, merecendo a decisão da doutora Juíza de Direito reparo apenas na parte em que submeteu o valor de cada dia-multa à disciplina do artigo 49 do Código Penal. É que, conforme já reiteradamente decidido por esta eg. Câmara Criminal, em sede de crime contra a saúde pública, a fixação do valor do dia-multa submete-se aos parâmetros do artigo 38 e seus parágrafos da Lei n. 6.368/76, que rege à espécie, e não aos do Código Penal (artigo 12).

Por derradeiro, quanto à aplicação da Lei n. 9.714/98 ao caso sub judice, meu entendimento pessoal é da não aplicabilidade da referida Lei à espécie versada nos presentes autos, que trata de crime de tráfico de entorpecentes, considerado como hediondo.

Na verdade, consoante já coloquei na Apelação Criminal n. 99.005524-8, desta Capital, relatada

pelo ínclito Desembargador Nilton Machado Machado, em voto vista, "frente ao intenso grau de reprovabilidade (culpabilidade), ínsito na conduta daquele que se dedica ao tráfico de entorpecentes, trate-se de pequeno, médio ou grande traficante, ainda que viciado, conduta, no entanto, grávida de grande violência ao destinatário da droga, posto que suscetível de minar-lhe inexoravelmente a saúde, bem de relevante interesse público, sob obrigatória proteção do Estado, inadmissível, a meu sentir, a incidência da Lei n. 9.714/98 aos denominados crimes hediondos, dentre os quais se inclui o tráfico de entorpecentes".

Por esses motivos, dá-se provimento parcial aos apelos, apenas para adequar o valor do dia-multa aos parâmetros do artigo 38 e seus parágrafos da Lei n. 6.368/76.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Mussi e Maurílio Moreira Leite, e lavrou parecer, pela doutra Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 17 de agosto de 1999.

*Alberto Costa,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.010907-0, DE ITAJAÍ**

**Relator: Des. Alberto Costa**

*Apelação criminal — Crime de trânsito — Artigo 306 da Lei n. 9.503/97 — Embriaguez ao volante — Condenação — Recurso defensivo almejando absolvição — Arguição de apresentar-se frágil a prova amealhada — Conjunto probatório insuficiente para configurar a ocorrência do delito previsto no artigo 306 do CTB (Código de Trânsito Brasileiro) — Sentença reformada — Absolvição decretada — Recurso provido.*

*— Se o automóvel do réu enguiçou em altas horas da madrugada, e não se encontrava o seu condutor, o réu, em aparente estado de embriaguez, tal postura não caracteriza efetivo perigo de dano, com demonstração objetiva dessa potencialidade, razão pela qual é de se entender que o fato, quando muito, configura mera infração administrativa.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.010907-0, da comarca de Itajaí (2ª Vara), em que é apelante Ivanor Pianezzer, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso para absolver o apelante, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, expedindo-se em seu

favor o competente alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Itajaí, 2ª Vara Criminal, Ivanor Pianezzer, foi denunciado como incurso nas sanções dos artigos 306 e 309 da Lei n. 9.503/97 (CTB), c/c os artigos 70 e 61, inciso I, do Código Penal, pela prática do fato delituoso seguinte:

“Em data de 22 de julho do corrente ano de 1998, por volta das 3 horas, policiais militares abordaram, em atitude suspeita, o denunciado Ivanor Pianezzer, que conduzia o veículo Ford/Escort, XR3, modelo 89, cor preta, placa AW5336/MT, de propriedade de Roberto Carlos de Miranda, na Rodovia Osvaldo Reis, proximidades do Clube Roda Viva, onde constataram que este conduzia o referido veículo, em via pública, sem habilitação, gerando perigo de dano.

“Ao ser o denunciado encaminhado à delegacia, verificou-se que estava conduzindo o veículo automotor embriagado, tendo sido submetido ao teste do bafômetro, o qual apresentou como resultado 19 dg/l, quantidade esta superior ao permitido, conforme laudo de dosagem alcóolica, colocando dano potencial à incolumidade de outrem.

“As certidões acostadas às fls. demonstram que o acusado é reincidente na prática de delitos, motivo que impede inclusive formulação de proposta de aplicação imediata de pena e/ou suspensão condicional do processo” (fls. 2/3).

Ao final da instrução criminal o réu restou absolvido da prática do delito previsto no artigo 319, do Código

de Trânsito Brasileiro, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, e condenado ao cumprimento da pena de 8 (oito) meses de detenção, 10 (dez) dias-multa e 2 (dois) meses de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, por infração ao artigo 306 da Lei n. 9.503/97 (CTB), c/c o artigo 61, inciso I, do Código Penal, no regime semi-aberto.

Irresignado, o réu interpôs recurso de apelação, pleiteando a absolvição, ao argumento de não ter praticado o fato injusto típico penal descrito na denúncia, fundamentando-se a condenação exclusivamente nas declarações de policiais civis que não participaram da diligência de detenção dele, réu.

Com as contra-razões, os autos subiram a esta Instância, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Luiz Fernando Sirydakis, opinou pelo desprovimento do recurso.

Este é o relatório.

A tese absolutória encontra amplo esteio nos elementos probatórios constantes dos presentes autos.

Desde logo é bem de ver que a denúncia imputa ao acusado a prática do delito previsto no artigo 306 do CTB, eis que fora surpreendido conduzindo veículo automotor em visível estado de embriaguez.

Ora, essa versão da denúncia não encontra o mínimo agasalho na prova produzida, seja na fase investigatória, quanto em Juízo, principalmente nas declarações dos policiais militares Valmir Antunes e Luiz Carlos Bruder, que efetuaram a detenção do apelante.

Com efeito, constata-se que esses policiais militares, nas duas vezes em que foram oitivados, declararam que o automóvel conduzido pelo apelante já havia estancado a marcha, porque sofrera uma pane, quando dele se aproximaram. Afirmaram mencionados testigos que o apelante não portava a Carteira Nacional de Habilitação e os documentos do veículo estavam irregulares. Mencionaram, também, que o apelante não recebeu ordem de prisão, pois se tratava apenas de infração de trânsito, não aparentando o apelante encontrar-se embriagado (fls. 8/9 e 48 e 51v.). Por isso, o apelante não foi submetido ao teste do bafômetro, na oportunidade em que foi detido.

Ao depois de removido para a Delegacia de Polícia houve submissão do réu ao exame de bafômetro. Mas, então, como ele próprio afirmou, e a prova acusatória nada demonstrou em contrário, já ingerira cerveja.

Claro está que o exame só poderia dar positivo.

Todavia, sem embargo disso, não há como dar crédito às palavras dos policiais civis Maria da Glória Potter e Arlindo Artner Júnior, além do testemunho do cidadão Orlando Evaristo, pois estes não presenciaram a detenção do apelante nas proximidades do Motel Chalé, situado na Rodovia Osvaldo Reis.

Na verdade, se o automóvel do apelante enguçara em altas horas da

madrugada (3h), em local ermo, e não se encontrava o réu em aparente estado de embriaguez, tal postura, a toda evidência, não caracteriza efetivo perigo de dano, com demonstração objetiva dessa potencialidade, razão pela qual é de se entender que o fato configura mera infração administrativa.

Destarte, ante o contexto probatório amealhado, queda desconfigurado o delito previsto no artigo 306 da Lei n. 9.503/97 (CTB), merecendo reforma a douta sentença recorrida, decretando-se a absolvição do apelante, alicerçada no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Por esses motivos, dá-se provimento ao recurso para absolver o apelante, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, expedindo-se em seu favor o competente alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Mussi e Maurílio Moreira Leite. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakis.

Florianópolis, 5 de outubro de 1999.

*Alberto Costa,*  
*Presidente e Relator.*



**APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.014047-4, DE SANTO AMARO DA IMPERATRIZ****Relator: Des. Alberto Costa**

*Apelação criminal — Tráfico de entorpecentes — Substituição da pena de reclusão por restritiva de direitos — Lei n. 9.714/98 — Impossibilidade — Orientação doutrinária e precedentes jurisprudenciais — Recurso desprovido.*

*— O elevado grau de danosidade do crime de tráfico de entorpecentes e drogas afins é incompatível com a política criminal desarcerizadora adotada pela Lei n. 9.714/98.*

*— “À luz do princípio da especialidade (art. 12, CP), as alterações introduzidas no Código Penal pela ‘Lei das Penas Alternativas’ (Lei n. 9.714/98) não alcançam o crime de tráfico de entorpecentes, e de resto todos os considerados hediondos, eis que a Lei n. 8.072/90 — de cunho especial — impõe expressamente o cumprimento da pena em regime integralmente fechado (§ 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90). Inteligência da Súmula 171 — STJ” (RCH n. 8.620 — Paraná, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 8/6/99, DJU de 16/8/99).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.014047-4, da comarca de Santo Amaro da Imperatriz, em que é apelante Natalício Pinheiro, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, negar provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Santo Amaro da Imperatriz, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Natalício Pinheiro e Paulo Sérgio Espíndola, vulgo “Bozo”, dando-os como incurso nas sanções do artigo 12 da Lei n. 6.368/76, porque, segundo narra a exordial acusatória: “(...) os policiais militares, através de uma de-

núncia anônima, dirigiram-se até a residência do denunciado Natalício Pinheiro, situada na localidade de Sítio de Dentro, nesta cidade.

“Assim é que, no dia 22 de abril de 1998, por volta das 17h20min, policiais militares adentraram na casa e surpreenderam o denunciado Natalício Pinheiro trazendo consigo, um saco plástico contendo 30 papéletes de cocaína, conforme se depreende do Termo de Apreensão de fls. 9 e Laudo de Constatação de fls. 18, que positivou ser o material apreendido cocaína, na quantidade de 15,6g (quinze gramas e seis decigramas), já acondicionada de maneira típica para venda, droga que o denunciado Natalício confessou ter adquirido do denunciado Paulo Sérgio Espíndola pela quantia de R\$ 150,00 (cento e cinquenta

reais) a qual pretendia revender a terceiros.

“Na seqüência os policiais militares, munidos de mandado de busca e apreensão, dirigiram-se até a residência do denunciado Paulo Sérgio Espíndola e diligenciando na casa deste, a polícia constatou que ele guardava, no bolso de uma calça, um saco plástico contendo certa quantidade de cocaína, consoante termo de apreensão de fls. 8 e exame de constatação de fls. 19.

“As substâncias entorpecentes que evidentemente seriam destinadas ao comércio, podem causar dependência física e/ou psíquica, e são de uso e venda proibidas em todo território nacional” (fls. 2/3).

Durante a instrução, o Dr. Juiz a quo, a fls. 224, determinou o desmembramento do processo em relação ao acusado Natalício Pinheiro, em virtude de encontrar-se foragido da cadeia pública local.

Na audiência de instrução e julgamento designada para ser o réu Natalício interrogado, e ante o seu não comparecimento, o Togado decretou-lhe a revelia e deferiu a produção antecipada da prova, consistente na inquirição das testemunhas de acusação (termo de fls. 231).

Após a realização da audiência supracitada, o Magistrado a quo, nos termos do artigo 366 do Código de Processo Penal, com a nova redação da Lei n. 9.271/96, suspendeu o processo e o prazo prescricional, determinando que os autos ficassem aguardando a prisão do acusado.

Neste ínterim, aportou nos autos, a fls. 243, Ofício n. 3/SSP/99, oriundo da Delegacia de Polícia da comar-

ca informando ter o acusado Natalício sido capturado, encontrando-se à disposição do Juízo.

Destarte, e ante a informação recebida, o acusado foi requisitado e restou interrogado (fls. 246).

Concluída a instrução criminal, a Dra. Juíza sentenciou condenando Natalício Pinheiro às penas de 3 (três) anos de reclusão, em regime fechado, e 50 (cinquenta) dias-multa, cada dia no valor de R\$ 1,00 (um real), por infringir o disposto no artigo 12, caput, da Lei n. 6.368/76.

Inconformado, o acusado, por cota nos autos, apelou requerendo, apenas, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consoante o disposto no artigo 44 do Código Penal, com a nova redação dada pela Lei n. 9.714/98, sob o argumento de preencher os requisitos exigidos à concessão do referido benefício.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Basílio Elias de Caro, pelo desprovimento do recurso.

Em que pese a forte argumentação ínsita no apelo, tem-se como inaplicável ao caso sub judice, que versa sobre delito de tráfico de entorpecentes, equiparado à categoria de crime hediondo, a substituição prevista no artigo 44 do Código Penal, com a nova redação dada pela Lei n. 9.714/98.

Na verdade, não há como compatibilizar a necessidade de repressão aos delitos considerados graves, como sói ser, dentre eles, o crime de tráfico de entorpecentes, verdadeiro flage-

lo da humanidade, em face de sua reconhecida danosidade e internacionalização, inscrito na Lei n. 8.072/90, com a necessidade de aplicar-se os princípios fincados na teoria do Direito Penal Mínimo aos crimes de pequena e média gravidade, por meio de penas alternativas (Lei n. 9.714/98).

Ora, considerando que o delito de tráfico de entorpecentes e drogas afins não está metido no rol dos denominados crimes de pequena e média gravidade, de meridiana clareza concluir que a política descarcerizadora preconizada na Lei n. 9.714/98 não se aplica àquele.

Nessa diretiva o entendimento do proficiente Cezar Roberto Bittencourt, na sua obra (As Novas Penas Alternativas — Análise político-criminal das alterações à Lei n. 9.714/98, São Paulo, Saraiva, 1999, págs. 102/103):

“O propósito do legislador de agravar significativamente as sanções correspondentes àquelas infrações definidas como crimes hediondos e afins (Lei n. 8.072/90), elevando consideravelmente os limites das penas respectivas, é inegável. Na verdade, houve uma obsessiva vontade de exasperar brutalmente a punição de determinadas infrações penais, ignorando-se, inclusive, os princípios do bem jurídico e da proporcionalidade. A violência dessa política criminal funcional ganhou, digamos, certo tempero com o advento da Lei n. 9.455/97, admitindo a progressão nos crimes de tortura, que recebeu da Constituição Brasileira tratamento assemelhado aos crimes hediondos. Há uma quase unanimidade nacional sobre o entendimento de que a Constitu-

ção fixou um regime comum para o crime de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os definidos como crimes hediondos (art. 5º, XLIII), equiparando-os quanto a sua danosidade social.

“Para esses crimes, enfim, a política criminal é de exasperação de penas e endurecimento dos regimes de encarceramento, e, no mínimo, de tentar dificultar a adoção do sistema progressivo. Em pólo oposto está a política criminal das penas alternativas (Lei n. 9.714/98), que, satisfeitos determinados requisitos, procura evitar o encarceramento, prevendo alternativas que se consubstanciam nas penas ‘restritivas de direitos’ e na pena de multa. Não se pode negar, à evidência, que a disciplina de aplicação e execução de penas, constante dos dois diplomas legais (Lei n. 8.072/90 e 9.714/98), é conflitante ou, no mínimo, desuniforme: um enfatiza e exaspera a aplicação da pena privativa de liberdade; outro, prioriza alternativas à pena privativa de liberdade. Logo, são políticas criminais incompatíveis, sendo indefensável a aplicação de penas alternativas nos crimes hediondos e similares, ainda que a quantidade de pena não seja superior a quatro anos.

“A política criminal descarcerizadora adotada pela Lei n. 9.714/98 é incompatível com a política de exasperação de pena adotada pela lei dos crimes hediondos (8.072/90). A exigência do cumprimento da pena em regime fechado, nesses crimes, impede que se apliquem penas alternativas. A inadmissibilidade dos regimes semi-aberto e aberto, por coerência, afasta eventual possibilidade de aplicar penas alternativas. A maior lesividade ou danosidade social dessas in-

frações torna-as incompatíveis com a política descarcerizadora das penas alternativas, que pressupõe também a menor danosidade das infrações que pretende abranger”.

Em idêntica linha de pensamento posicionam-se o Magistrado Jorge Henrique Schaefer Martins (A Lei n. 9.714/98 e o Tráfico Ilícito de Entorpecentes, site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Revista Jurídica [Doutrina]) e Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, Victor Eduardo Rios Gonçalves, in Boletim do IBCCrim 75, fevereiro de 1999, Encarte Especial, págs. V/VI.

Com efeito, diz o Dr. Jorge Henrique Schaefer Martins:

“Desde a vigência da Lei n. 9.714/98, que introduziu novas modalidades de penas substitutivas, além de alargar a possibilidade de suas incidências, estabeleceu-se a discórdia atinente à perspectiva de aplicação das novas previsões legais, ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/76.

“A doutrina contempla posicionamentos favoráveis, fundados principalmente na inexistência de disposição expressa a obstaculizá-las, assim como na possibilidade do estudo casuístico, quando então, se assim o considerar o juiz, poderá ser denegada a benesse, mormente pela eventual existência de reincidência, genérica ou específica, ou mesmo por força das circunstâncias previstas no inciso III do art. 44 do Código Penal.

“Há, igualmente, manifestações de contrariedade.

“O que revela considerar, é que ambos os entendimentos estão escorados em exegeses possíveis à luz

das disposições legais vigentes, e somente após a manifestação dos Tribunais Superiores restará pacificada a matéria.

“Diante de tal conflito, é possível o posicionamento no sentido de interpretar as normas de maneira restritiva.

“A novel legislação limitou-se a alterar normas de direito penal de caráter geral, ou seja, alterou dispositivos do Código Penal (artigos 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77), dispondo acerca das penas restritivas de direitos e pecuniária substitutiva, aumentando o rol e o tempo de condenação que as possibilitariam, além de dispor, também, sobre a extensão da perspectiva de concessão do sursis.

“Em uma análise simplista, poder-se-ia concluir que a Lei n. 6.368/76, em sua totalidade, estaria atingida pelas novas regras, caso as condenações, pelos crimes nela previstos, não atingissem patamar superior a 4 (quatro) anos, vez que não cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa.

“Esta é uma meia verdade, posto ser possível a admissão do instituto das penas substitutivas para os crimes instituídos por referido diploma, sendo possível excepcionar-se o tráfico ilícito de entorpecentes, por alguns motivos.

“Estão eles consubstanciados na circunstância da Lei n. 9.714 ter disposto sobre artigos inseridos no Código Penal, não havendo a menção a outros diplomas legais, competindo ao intérprete verificar sua incidência. Deve-se, portanto, atentar para a circunstância de a Lei n. 6.368/76 sofrer a direta incidência nos termos da Lei n. 8.072/90, que considerou o tráfico

ilícito de entorpecentes como crime equiparado aos hediondos (art. 2º).

“Existem, portanto, regras especiais atinentes ao referido ilícito penal, dentre as quais sobressaem a impossibilidade de extinção da punibilidade por anistia, graça ou indulto (art. 2º, inciso I), inviabilidade de responder ao processo em liberdade, por vedar a concessão de fiança ou liberdade provisória (art. 2º, inciso II), além da determinação de cumprimento da pena em regime integralmente fechado (art. 2º, § 1º).

“É considerado, via de consequência, um crime de especial relevância, recebendo tratamento mais gravoso que aqueles considerados de menor potencial ofensivo, crimes de média gravidade, e ainda, que os crimes graves aos quais não se nega a possibilidade da extinção de punibilidade, permanecer solto durante o curso do feito e, por fim, a progressão de regimes.

“O que objetivou a Lei dos Crimes Hediondos?”

“Teve o claro propósito de punir severamente os crimes que considerou hediondos (art. 1º, incisos e parágrafo único), bem como aqueles que considerou equiparados (art. 2º, caput).

“Deve prevalecer, pela melhor exegese, a norma de caráter especial que, como é sabido, sobrepõe-se à de caráter geral, pela vigência do princípio da especialidade, o qual faz com que a lei geral (Código Penal), seja suplantada pela Lei Especial (Crimes Hediondos), conforme a definição do artigo 12 do Código Penal.

“Para arrematar o raciocínio, nesse particular, deve-se ter em men-

te a mens legis que inspirou a Lei n. 9.714/98.

“Sabe-se que a realidade jurídico-penal brasileira contempla quatro tipos de infrações penais: infrações de menor potencial ofensivo, cujo tratamento é o menos gravoso, permitindo a resolução dos casos por conciliação ou transação, além da aplicação de procedimento sumaríssimo em sua apuração; infrações de média gravidade, que por força dos próprios termos da Lei n. 9.714/98, são aquelas que permitem o resgate das penas por formas de punição diferenciadas do aprisionamento; crimes graves, aqueles que não autorizam as formas substitutivas, apesar de comportarem a progressão de regimes prisionais e, por fim, os crimes hediondos ou a eles equiparados, cuja disciplina é extremamente severa.

“Buscou-se emprestar, também ao infrator que incorreu na censura penal pela prática de crime de média gravidade, como já ocorria com as infrações de menor potencial ofensivo, um tratamento mais adequado, mais apto a proporcionar sua recuperação e afastamento das incidências criminosas. Teve o desiderato de permitir a ele o resgate de reprimenda, sem a estigmatização decorrente do encarceramento.

“Contudo, o tráfico ilícito de entorpecentes, flagelo dos tempos modernos, não se inclui entre os crimes de média gravidade. É por essência e definição legal, um crime da maior gravidade, devendo-se empregar na repressão à conduta o rigor suficiente à punição. Esta afirmação não tem caráter pessoal, mas representa o pensamento global a respeito do tema,

em face de ocasionar a falência de alguns países, dominados pelo barões do tráfico, ocasionando, como infelizmente se observa, na cidade do Rio de Janeiro, a existência de um poder paralelo, que vem a se sobrepor aos órgãos públicos. Nessa linha de raciocínio, evidentemente seria um paradoxo erigi-lo à condição de beneficiário das penas alternativas.

“Sabe-se que a ‘...prisão é um mal necessário, mas deve-se resguardá-la para o criminoso que realmente é pernicioso à sociedade. Para aquele que, em liberdade, não sabe dela usufruir sem ocasionar danos a terceiros, sem provocar o temor por suas ações inescrupulosas. Em suma, para aquele que livre, somente encontra estímulos para infringir as normas penais, atentando contra a ordem pública, sem dar atenção às conseqüências que poderão atingi-lo, como a própria sociedade...’.

“A interpretação extensiva, apesar dos respeitáveis argumentos que a sustentam, conflita com a intenção legislativa, desvirtuando-a, como entra em choque com a necessidade de se empregar contra tão funesta atividade, um tratamento rigoroso, como forma de minimizá-lo, já que eliminá-lo não é possível.

“Constata-se, de outra parte, que a justificativa embasada na possibilidade do juiz negar a substituição, tendo em conta as circunstâncias judiciais, parcialmente repisadas no art. 44, inciso III, do CP, contém defeitos.

“A solução, caso a caso, compreende problemas que não podem ser olvidados, destacando-se a obrigatoriedade de extensão do benefício a quem já tenha sido condenado ante-

riormente à vigência da lei, desde que não valoradas negativamente as circunstâncias judiciais.

“Isso se dá naquelas condenações onde o Ministério Público não interpôs recurso, acatando a solução empregada pelo juiz, assim como a dosimetria efetivada, pela incidência do princípio da inviabilidade da reformatio in pejus, onde não é dado à Instância Superior reconhecer contra o réu qualquer elemento negativo não admitido na sentença.

“E, tendo havido trânsito em julgado para ambas as partes, também se vê a imutabilidade da decisão, o que implica dizer que todo e qualquer traficante condenado, que não tenha visto a valoração negativa das circunstâncias judiciais, deverá ser imediatamente posto em liberdade, por ser merecedor da substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

“Sabe-se que os Tribunais vêem com bastante rigor o estudo dos elementos contidos no art. 59 do CP (parcialmente repisados no art. 44, III), considerando os seguintes aspectos:

“A culpabilidade tem relação com a imputabilidade penal, a consciência da ilicitude da conduta, o grau de comprometimento do indivíduo, e o delito de tráfico tem tais elementos bastante ressaltados, mantendo-se o entendimento de que isso não comportaria acréscimo, por integrar o tipo penal.

“Os antecedentes são, segundo a orientação mais liberal, somente o registro de condenações criminais pretéritas não trânsitas em julgado, ou que não mais produzem os efeitos da

reincidência ou, consoante a interpretação mais extensiva, toda e qualquer ação penal existente contra o infrator. É, portanto, situação absolutamente pessoal, e que presente poderia resultar na negativa para qualquer tipo de ilícito.

“A conduta social, relaciona-se ao comportamento mantido pelo acusado em sua comunidade, as relações familiares, enfim, tudo que diga respeito à interação com outras pessoas, sendo bastante comum que nas instruções criminais os informes sejam positivos, que as testemunhas que o conheçam tragam notícias de comportamentos normais, quando não elogíaveis.

“A personalidade de caráter absolutamente individualizado, pode ser encarada como negativa, desajustada ao meio social, pelo simples fato de se dedicar à narcotraficância. Mas isto já não está sendo reprimido pela própria existência do crime? Não haveria a necessidade de se demonstrar outros fatores para autorizar a majoração?

“A motivação é a obtenção de lucro fácil com a difusão do consumo de entorpecentes, ou seja, com a desgraça de outrem. Via de regra, pretendendo os juízes exasperar a reprimenda com tal fundamentação, encontram resistência nos Tribunais.

“As circunstâncias do crime são normalmente tão características que somente excepcionalmente autorizariam o aumento.

“Fica bastante óbvio que a vedação do instituto, fundamentada em algum desses elementos contidos no art. 44, inciso III, do CP, não é tão fácil assim. O que poderia ocorrer seria a aceitação de um tratamento diferen-

ciado ao existente antes da vigência da Lei das Penas Alternativas, dando-se a eles uma outra aplicação, com risco de ofensa ao princípio isonômico, em se considerando os que ainda têm condenação pendente.

“Não se pode deixar de dizer que a assertiva de que existem diferenças na prática da narcotraficância, como também na qualidade e condição do traficante é correta. Mas não é menos verdade que todo e qualquer indivíduo que esteja incluído na cadeia de distribuição de drogas exerce atividade maléfica, que possui sua importância. Pretender-se que o tipo penal seja fragmentado, autorizando-se a punição de forma diferenciada, é buscar-se a adequação da norma legal às necessidades da boa prestação jurisdicional. Mas, considerar-se que o pequeno traficante não tenha relevância no contexto do processo é, data venia, negar-se uma evidência, como também propiciar-se a utilização do estratagemas de se colocar em circulação, sempre, pequenas quantidades de droga, com o intuito de se criar a ilusão de que se trate o agente de um traficante de pequena expressão.

“Ainda no mesmo ponto, há de se dizer da provocação de fato de difícil equacionamento, mormente no âmbito dos presídios, pois não haverá o entendimento relativo às razões que motivaram que um preso fosse contemplado, enquanto o outro não o foi.

“Verificando-se vencedora a tese de aplicabilidade, e tendo-se em conta a gradação que existe verdadeiramente quanto às penas restritivas de direitos, a prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, por lógica, seria uma das aplicáveis.



“Cabe então a indagação: Em que local o condenado por tráfico de entorpecentes viria a prestar serviços?”

“O juiz da execução obviamente encontraria dificuldades imensas em ter aceito, em qualquer instituição, indivíduo com referido histórico penal. Possível vislumbrar-se um entrave considerável na efetivação da medida.

“Por arremate, a restrição contida no inciso II do art. 2º da Lei n. 8.072/90, proibitiva da concessão de liberdade provisória ao tráfico ilícito de entorpecentes, igualmente não poderia mais ser tida como absoluta. Não haveria como se justificar a permanência do acusado preso durante o curso da ação penal para, posteriormente, condenado, ser restituído à liberdade. Apesar de haver sido considerada legal a vedação, dando-se a proibição do benefício, a disposição legal será letra morta, por se considerar derogado, indiretamente, o comando nela contido.

“A expressão de tais reflexões, é feita para o estudo mais aprofundado do tema, sem que se deixe de considerar todos os aspectos que envolvem o temário, permitindo uma definição segura pelo estudioso do direito, ou por quem tenha por função a aplicação da lei”.

E o Dr. Vitor Eduardo Rios Gonçalves, afirma:

“A Lei n. 9.714/98, além de aumentar o rol das penas restritivas de direitos, alterou o âmbito de aplicação das mesmas. Para os crimes culposos, a substituição por tais penas é cabível qualquer que seja o montante da pena privativa de liberdade aplicada na sentença. Já para os dolosos, a

substituição passa a ser cabível quando a pena fixada não for superior a quatro anos, desde que o delito tenha sido cometido sem o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa. De imediato surgiram algumas dúvidas quanto ao alcance da nova regra em relação a determinados ilícitos penais:

“a) Tráfico ilícito de entorpecentes (arts. 12, 13 e 14 da Lei n. 6.368/76). Apesar de a pena mínima cominada para esses ilícitos ser de três anos, parece-nos absolutamente inviável a aplicação dos benefícios da nova lei aos traficantes. Com efeito, existe lei especial tratando do tema, qual seja, a Lei n. 8.072/90 que, em seu art. 2º, § 1º, estabelece o cumprimento integral da pena em regime fechado para os crimes hediondos, tráfico de entorpecentes e terrorismo. As novas regras são genéricas e, portanto, não podem se sobrepor à lei especial que é expressa à respeito do assunto. Como substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, se existe lei dispondo o cumprimento integral em regime fechado? Ademais, chega a ser extremamente estranho que o juiz imponha uma pena substitutiva ao traficante e, caso este descumpra a pena imposta, seja revogado o benefício e tenha ele de cumprir a pena privativa de liberdade no sistema integralmente fechado.

“Este, entretanto, não é o único argumento. Com efeito, o art. 44, III, do CP (com a nova redação) somente permite a aplicação das penas substitutivas quando, dentre outros requisitos, a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime indicarem que esta substituição seja suficiente. Ora, admitir a aplicação da pena substitutiva

ao traficante significa ignorar que ele comete o delito apenas em busca de lucros financeiros, sem qualquer pudor em relação a toda gama de malefícios que traz à sociedade. O traficante, de grande ou pequeno porte (já que os esforços se unem para que o tóxico chegue ao destinatário final), é um dos responsáveis diretos pela onda de crimes que avassala o País: chacinas cometidas quase que diariamente na luta por pontos de venda do entorpecente, a corrupção tomando proporções inimagináveis, jovens praticando toda sorte de crimes patrimoniais para a obtenção de recursos visando à aquisição da droga, crianças atuando como intermediários de tóxico etc. Além disso, não podemos esquecer os malefícios que a droga traz para a saúde e para a própria vida do usuário, seja ele viciado ou não.

“Por todos esses motivos, parece-nos que a substituição por pena restritiva de direitos não é medida suficiente para a repressão e prevenção do crime, de tal sorte que o traficante não se amolda no mencionado art. 44, III, do CP”.

Por derradeiro, o Dr. Jorge Assaf Maluly, em primoroso estudo sobre a Lei n. 9.714/98, a Exposição de Motivos do então Projeto de Lei (n. 689, de 18/12/96), que deu ensanchas àquela, e apontando para a especialidade das Leis de Tóxicos e dos Crimes Hediondos em relação ao que preceitua a parte final do artigo 12 do Código Penal, enfatiza:

“1. A introdução no ordenamento jurídico da Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998, alterando o Código Penal e dispondo sobre as penas restritivas de direitos, deu origem à

polêmica da possibilidade ou não de aplicação destas sanções alternativas ao responsável pela prática de tráfico de entorpecentes. Dispõe o artigo 44 do Código Penal, com sua nova redação determinada pela referida lei, que as penas restritivas de direitos substituem as privativas de liberdade, quando: a) aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; b) o réu não for reincidente em crime doloso; c) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. No contexto de uma interpretação restrita deste dispositivo, o operador do direito pode concluir afirmativamente sobre a substituição. Contudo, o debate instalado não se resolve com a literalidade deste artigo do Código Penal.

“2. A Exposição de Motivos do então Projeto de Lei (n. 689, de 18/12/96) justifica a ampliação das penas alternativas com o argumento de que ‘a prisão deve ser reservada para os agentes de crimes graves e cuja periculosidade recomende seu isolamento do seio social. Para os crimes de menor gravidade, a melhor solução consiste em impor restrições aos direitos do condenado, mas sem retirá-lo do convívio social’. Evidencia-se por este texto que a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos tem aplicação somente para os crimes de menor gravidade, nos quais a pena de prisão não é necessária para a sua prevenção.

“Por outro lado, a Constituição Federal considera o tráfico de entorpecentes delito assemelhado aos cri-

mes hediondos, pela sua reconhecida perniciosidade à sociedade, e estabelece a mesma restrição de direitos e garantias (CF, art. 5º, inc. XLIII): inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. Nesse esteio, a Lei n. 8.072, de 25/7/90, reafirmou as vedações constitucionais, ampliando-as, inclusive, para proibir a concessão de indulto e de qualquer modalidade de liberdade provisória (art. 2º, incs. I e II), e, além disso, determinou o cumprimento da pena privativa de liberdade imposta integralmente no regime prisional fechado (art. 2º, § 1º).

“Este tratamento mais rigoroso, que a norma constitucional e a legislação especial determinam ao transgressor da norma penal, é de todo incompatível com a aplicação da pena alternativa, reservada apenas aos crimes de menor gravidade, conforme salientado supra. De fato, não é possível conciliar a fixação da pena restritiva de direitos, por exemplo, ao condenado que foi mantido preso durante todo processo em face da proibição constitucional de concessão de fiança.

“É intuitivo, também, pela redação do art. 44, inc. I, do CP, que a quantidade da pena aplicada não é requisito preponderante na substituição, uma vez que, se o delito for aplicado com violência ou grave ameaça, o condenado não fará jus à sanção alternativa. Apesar da violência ou grave ameaça não integrarem o tipo do tráfico e ser este crime contra a saúde pública, não se pode olvidar a existência de organizações criminosas voltadas para a sua prática, responsáveis por uma das mais violentas formas de criminalidade que flagelam a sociedade.

“Desta incompatibilidade aparente das normas conclui-se que a pena alternativa é somente aplicável à pequena e à média criminalidade, e não aos crimes de grande gravidade como o tráfico de drogas, aos quais deve ser reservada a pena de prisão (cf. Jorge Figueiredo Dias, ‘Direito Penal Português — As Consequências Jurídicas do Crimes’, Lisboa, Aequitas Editorial Notícias, 1993, pág. 328). E sobre este aspecto é oportuno ressaltar que a manifesta periculosidade do tráfico de entorpecentes não decorre da quantidade da pena prevista no tipo penal, e que pode servir como argumento para a fixação da pena alternativa (desde que não aplicada pena superior a quatro anos), mas da própria Constituição Federal (art. 5º, inc. XLIII), que entendeu necessário restringir direitos e garantias para assegurar a proteção de outros bens jurídicos considerados essenciais ao desenvolvimento pacífico da sociedade democrática (cf. José Miguel Sardinha, ‘O Terrorismo e a Restrição dos Direitos Fundamentais em Processo Penal’, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, pág. 23).

“3. Soma-se a este argumento o seguinte: a Lei de Tóxicos e a Lei dos Crimes Hediondos são especiais e a incompatibilidade apontada faz incidir a vedação que decorre da parte final do art. 12 do Código Penal: ‘as regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso’. Ora, se a Lei dos Crimes Hediondos reserva-se aos responsáveis pelo tráfico de entorpecentes a restrição de benefícios processuais e de outros de natureza substantiva, que alcançam a própria execução da pe-

na, não é válido concluir que, de modo diverso, a pena prisional pode ser substituída, quando há determinação para seu cumprimento integral no regime fechado.

"E, na verdade, a Jurisprudência já vivenciou semelhante debate pela concessão ou não do benefício da substituição da pena privativa de liberdade, de até seis meses, pela de multa (cf. o art. 60, § 2º, do CP) no caso de condenação pelo crime de posse de entorpecentes para uso próprio (art. 16 da Lei n. 6.368/76). A controvérsia resultou na Súmula 171 do Superior Tribunal de Justiça, que vedou essa possibilidade, nos seguintes termos: 'Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defesa a substituição da prisão por multa'. De igual modo, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido de que não cabe a aplicação da pena alternativa, quando há, originariamente no tipo penal, imposição cumulativa da pena de prisão com a sanção pecuniária (v. HC n. 74.842-2/SP, rel. Ministro Maurício Corrêa, 2ª Turma, DJ de 13/2/98; HC n. 70.445/RJ, rel. Ministro Moreira Alves, RTJ 152/845).

"4. Mas não é só. Para o aparente confronto entre as normas (lei especial e regra geral) o ordenamento jurídico oferece soluções. Com este propósito, pode ser colacionada a oportuna lição de Norberto Bobbio (cf. 'Teoria do Ordenamento Jurídico', Brasília, 1996, 7ª ed., pág. 108), quando trata da revogação do direito, no sentido de que 'esse conflito tem lugar quando uma norma posterior-geral é incompatível com a norma posterior-geral. Tem-se conflito porque, aplicando o critério da especiali-

dade, dá-se preponderância à primeira norma; aplicando o critério cronológico, dá-se prevalência à segunda. Também aqui foi transmitida uma regra geral, que soa assim: *Lex posterior generalis non derogat priori speciali*. Com base nessa regra, o conflito entre critério de especialidade e critério cronológico deve ser resolvido em favor do primeiro: a lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente'.

"Este preceito clássico pode ser excepcionado se a regra geral foi concebida com o intuito claro de excluir a lei especial (cf. Carlos Maximiliano, 'Hermenêutica e Aplicação do Direito', Rio de Janeiro, Forense, 1996, 16ª ed., pág. 360), de modo a exigir do intérprete um exame comparativo entre as duas normas para resolver a aparente antinomia (cf. Juarez Freitas, 'A Interpretação Sistemática do Direito', São Paulo, Malheiros Editores, 1995, pág. 74). Contudo, no caso em testilha, a severidade com que a Constituição Federal cuida do crime de tráfico de entorpecentes (restrições a direitos e garantias) e objetivo pelo qual foi concebida a aplicação das penas alternativas, apenas para os delitos de menor gravidade, a substituição não pode ser admitida".

De outro vértice, o entendimento da jurisprudência inclina-se para a inaplicabilidade das disposições da Lei n. 9.714/98 ao crime de tráfico de entorpecentes, e de resto a todos os considerados hediondos.

Confira-se.

Do colendo Superior Tribunal de Justiça:

"Tráfico de entorpecentes. Aplicação da Lei n. 9.714/98. A questão é

se, no crime de tráfico de entorpecentes, aplica-se a Lei n. 9.714/98, que instituiu as penas alternativas substitutivas das privativas de liberdade, quando o prazo de apenamento for inferior ou igual a quatro anos, preenchidas as condições. Prosseguindo no julgamento, a Turma decidiu que, no caso, as alterações genéricas previstas nessa lei devem ser aplicadas no ordenamento jurídico-penal, ressalvadas as disposições legais em sentido contrário, estabelecidas em legislação especial (art. 12 do CP). Portanto o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 continuaria em vigor, vez que a aplicação do Código Penal é subsidiária e suas regras incidem na lei especial onde não houver vedação” (RHC n. 8.406—RJ, rel. Min. Felix Fischer, julgado, em 30/6/1999).

“À luz do princípio da especialidade (art. 12, CP), as alterações introduzidas no Código Penal pela ‘Lei das Penas Alternativas’ (Lei n. 9.714/98), não alcançam o crime de tráfico de entorpecentes, e de resto todos os considerados hediondos, eis que a Lei n. 8.072/90 — de cunho especial — impõe expressamente o cumprimento da pena em regime integralmente fechado (§ 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90). Inteligência da Súmula 171/STJ”.

E no corpo do v. acórdão, lê-se:

“No que tange à pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, afigura-se ele incabível no caso sub examine.

“É que, em face do princípio da especialidade, consubstanciado no brocardo *Lex generalis non derogat lex specialis*, as alterações introduzidas

pela Lei n. 9.714/98 — norma de caráter genérico — não alcançam o crime de tráfico de entorpecentes, e de resto todos os considerados hediondos, eis que a Lei n. 8.072/90 — de cunho especial — impõe expressamente o cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Logo, a pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos seria absolutamente incompatível com o disposto no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, cuja constitucionalidade já foi declarada à exaustão pelo Excelso Pretório.

“Por outro lado, seguindo o princípio da especialidade, dispõe o art. 12 do Código Penal, verbis: ‘As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso’.

“Assim, por força desse dispositivo, mesmo que haja regra geral do Código Penal, ela não será aplicável quando a lei especial dispõe de forma diferente, como acontece no caso dos autos, para o qual a Lei dos Crimes Hediondos preconiza forma especial para a execução da pena, que deverá ser cumprida integralmente em regime fechado.

“Ademais, ainda em atenção ao citado princípio da especialidade, esta Corte editou a Súmula 171, a qual, *mutatis mutandis*, aplica-se ao presente caso: Súmula 171/STJ: ‘Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa’” (RHC n. 8.620 — Paraná 999/0039520-4 — rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 8/6/99, publ. DJU de 16/8/99).

Do eg. Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“2. A inadmissibilidade dos regimes aberto e semi-aberto, determinada pela Lei n. 8.072/90, exprime política criminal incompatível com a substituição de penas privativas de liberdade por penas alternativas (Lei n. 9.714/98), em se tratando de crime hediondos e equiparados” (Embargos de Declaração em ACR n. 97.04.22377-3/PR — rela. Juíza Ellen Gracie Northfleet).

Do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

“Execução. Narcotráfico. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Inviabilidade.

“A correta interpretação da lei não se esgota na literalidade dos seus dispositivos. Necessidade de se interpretá-los dentro do contexto geral do ordenamento legal, com olhos, também, para os princípios que os informaram.

“Dispensando a lei, em conformidade com regra constitucional, especial, e mais gravoso, tratamento ao narcotraficante, retirando-lhe o acesso a benefícios gerais concedidos aos acusados e condenados por outras infrações não classificadas como hediondas; e elegendo a pena privativa de liberdade, na sua forma mais rigorosa (regime fechado), como sendo aquela adequada, não importando a sua quantidade, curial é que não se lhe aplique norma geral do Código Penal que autoriza substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Benevolência incompatível com o sistema, todo ele, a partir de comandos constitucionais, voltado à exemplaridade da punição do narco-

traficante. Restrição de direitos, em substituição à sanção carcerária, cujo objetivo é atingir os crimes de menor gravidade” (Agravo n. 699 228 763, da comarca de Osório, relator Des. Marcelo Bandeira Pereira — 2ª C.Crim. — j. em 17/6/99).

No mesmo sentido, os seguintes arestos do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: HC n. 2460/1999 — Unânime — rel. Des. Antonio Izaias da Costa Abreu, j. 7/1/99; HC n. 1999.059.00513 — Unân., rel. Des. Luiz Carlos Peçanha — j. 13/4/99; HC 1999.059.00603 — Unân., rel. Des. Gama Malcher — j. 13/4/99; HC n. 1999.059.00623 — Unân., rel. Des. Gama Malcher — j. 4/5/99; Apelação Criminal 1999.050.01771 — Unân., rel. Des. Menna Barreto — j. 22/6/99.

Por derradeiro, desta Corte de Justiça:

“A substituição preconizada no art. 44 do CP, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 9.714/98, não é compatível com a prática de crimes considerados hediondos. Ainda mais porque o art. 12 do CP veda a aplicação do dispositivo que for de encontro ao previsto diversamente em lei especial, no caso a Lei n. 8.072/90” (Recurso de Agravo n. 99.012568-8, da Capital, rel. Des. Genésio Nollí).

Nessa conformidade, em virtude do grande grau de danosidade do delito de tráfico de entorpecentes e drogas afins; de sua classificação constitucional e infraconstitucional como crime hediondo, cujo cumprimento da pena dar-se-á, sempre, em regime integralmente fechado; de sua intensa reprovabilidade como conduta típica penal, antijurídica e punível, inclusive

em nível internacional; da grande violência que representa à pessoa, eis que, não obstante se trate de crime contra à saúde pública, o destinatário do uso de substância entorpecente que cause dependência física e/ou psíquica será sempre o ser humano.

Por tudo isso queda impossível a incidência da Lei n. 9.714/98 aos denominados crimes hediondos, dentre os quais se inclui o de tráfico de entorpecentes.

Por todo o exposto, nega-se provimento ao recurso, ressalvado o entendimento do Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi que entende ser possível a

aplicação da Lei n. 9.714/98, aos crimes erigidos à categoria de hediondos, desde que preenchidos os requisitos legais.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Jorge Mussi. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Basílio Elias de Caro.

Florianópolis, 5 de outubro de 1999.

*Alberto Costa,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.001604-7, DE LAGES**

**Relator: Des. Genésio Nolli**

*Apelação criminal — Porte ilegal de arma — Artigo 10 da Lei n. 9.437/97.*

*Apelante que confessadamente trazia consigo arma de fogo, municiada e eficaz, embaixo do banco do automóvel, sem autorização legal.*

*Eficácia ofensiva da arma que não foi posta em dúvida durante a instrução. Ausência de exame pericial. Irrelevância.*

*Desnecessário é o exame pericial quando há nos autos elementos suficientes para confirmar o potencial lesivo da arma apreendida. Ademais, trata-se de produção de prova pertinente à defesa.*

*Condenação mantida. Recurso desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.001604-7, da comarca de Lages (1ª Vara), em que é apelante Josué Correa da Silva, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.



Perante o Juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de Lages, Josué Correa da Silva restou denunciado como incurso nas sanções do artigo 10, caput, da Lei n. 9.437/97 porque, segundo narra a exordial acusatória, no dia 29/11/98 o denunciado detinha e transportava em seu veículo Ford Fiesta, placa ACQ 5273, uma pistola, marca Taurus, cal. 380, n. KPJ 29335, com cinco cartuchos intactos, conforme o termo de apreensão de fls. 14, sendo que este não possuía autorização para portar referida arma de fogo.

Encerrada a instrução sobreveio a decisão que julgou procedente a denúncia para condenar o acusado à pena de 1 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa, sendo-lhe concedido sursis.

Inconformado com a condenação apela o réu pleiteando a sua absolvição, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, alegando, para tanto, que a arma apreendida não foi encontrada em seu poder e, sim, no interior do veículo de sua propriedade.

Aduz, ainda, que não foi realizado o exame pericial da arma para verificar a real potencialidade lesiva, pressuposto básico e indispensável ao decreto condenatório.

Contra-arrazoado o recurso, ascenderam os autos e nesta Instância a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo seu desprovimento.

É o relatório.

O recurso não merece prosperar.

Afirma o apelante, em seu recurso de apelação, que a arma apre-

endida não foi encontrada em seu poder e, sim, no interior do veículo de sua propriedade.

O acusado ao ser ouvido na polícia declarou:

"Que, no dia de hoje, por volta das 5 horas o interrogando estava dirigindo um veículo Fiesta, placa ACQ 5273, na Avenida Presidente Vargas, quando a polícia militar mandou que parasse; que pediram sua documentação e como estava tudo em dia um dos policiais lhe perguntou se tinha arma de fogo; que o interrogando respondeu sim e que estava embaixo do banco; que entregou sua arma de fogo, pistola marca Taurus 380, para os policiais; que a pistola é de sua propriedade há seis meses; que comprou a referida arma em uma loja na cidade de Florianópolis—SC; que a pistola é registrada, porém não é porteadada; que usa arma para sua defesa, pois trabalha nas Lojas Americanas em Florianópolis, sendo que costuma sair da loja de madrugada; que inclusive está fazendo um curso de defesa pessoal na referida cidade (...)"

Colhe-se do teor da declaração transcrita, que a arma foi apreendida em poder do acusado e que ele a havia adquirido em uma loja em Florianópolis, há seis meses, estando sem o devido porte legal.

Desponta, claramente, a confissão do fato delituoso: ausência da concessão de porte legal à arma de fogo que o apelante mantinha em seu poder.

No que diz respeito à alegação do apelante da ausência de exame pericial que comprovasse a potencialidade lesiva da arma apreendida, esta é irrelevante visto que se depreende

da confissão a posse de arma de fogo, sem o devido porte legal, caracterizando-se aí o delito previsto nos termos do artigo 10, caput, da Lei n. 9.437/97.

O réu declarando que usava a arma, “para sua própria segurança, uma vez que costumava sair do serviço de madrugada”, e tendo municiado a pistola com cinco cartuchos de reserva, conforme termo de apreensão, não tinha a menor dúvida de seu funcionamento e eficácia.

Daí ser desprezível a idéia de escudar-se na “falta de exame pericial” para apurar o funcionamento e a eficácia da arma que adquirira.

Outrossim, o apelante, em nenhum momento processual pôs dúvida sobre o funcionamento da arma apreendida, nem mesmo requereu, com fundamento no artigo 156 do Código de Processo Penal, o exame pericial para averiguar a potencialidade lesiva desta. Permaneceu inerte.

A ausência do exame pericial, como quer fazer crer a defesa, não é suficiente para invalidar a decisão monocrática.

É decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“Contravenção. Porte de arma de fogo. Eficácia ofensiva. Exame pericial. Não descaracteriza a contravenção a falta do exame pericial, se em nenhum momento suscitou-se dúvida da eficácia ofensiva da arma, tornada indubitosa, ademais, pelos adinículos circunstanciais fornecidos pela própria defesa” (Recurso Especial n. 26.925 — RS — rel. Min. José Dantas).

A propósito, esta Corte já decidiu:

“Processual e penal — Tráfico — Delito fartamente comprovado — Depoimentos de consumidores de droga e de policiais — Quantidade elevada de maconha — Condenação mantida — Pena de multa — Adequação.

“Porte de arma — Perícia — Ausência — Prescindibilidade — Prova a cargo da defesa — CPP art. 156 — Recurso desprovido.

“Depoimentos de policiais, isentos de suspeita, aliados às declarações de usuários, a quantidade da droga e dinheiro em notas miúdas na posse do agente, tornam indubitosa a traficância.

“O valor do dia-multa nos crimes de tóxicos deve ser fixado de acordo com o artigo 38 e seus parágrafos 1º e 3º da Lei n. 6.368/76.

“Não é imprescindível que o revólver, para ser objeto do delito da posse ilegal, seja submetido à perícia, porquanto a potencialidade lesiva da arma é presumida” (Apelação Criminal n. 98.012135-3, de Araranguá, rel. Des. Amaral e Silva).

Ante o acima exposto, é negado provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Borges e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 29 de fevereiro de 2000.

*Amaral e Silva,  
Presidente;  
Genésio Nolli,  
Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.021709-4, DE LAGES**

**Relator: Des. Genésio Nolli**

*Apelação criminal.*

*Preliminares — Rejeição.*

*Flagrante forjado. Inexistência.*

*“Não é flagrante forjado aquele resultante de diligências policiais após denúncia anônima sobre tráfico de entorpecentes” STF (DJU de 13/9/96, pág. 33.235).*

*Violação de domicílio.*

*O delito contido no artigo 12 da Lei n. 6.368/76 é crime permanente, cuja consumação prolonga-se no tempo e havendo crime em execução, na hipótese de flagrante delito, permite-se a entrada sem a aquiescência do morador.*

*Nulidade da sentença.*

*Direito de recorrer em liberdade, ante a falta de fundamentação da sentença sobre tal desiderato — Irrelevância — Paciente que respondeu a todo o processo crime preso em virtude de prisão em flagrante.*

*“Não há direito de apelar em liberdade para quem, condenado pela prática de crime hediondo, art. 12 da Lei n. 6.368/76, já se encontra preso por força de prisão em flagrante” (RHC 6.026/SP — 6ª Turma — rel. Ministro Fernando Gonçalves — DJU de 24/2/97, pág. 3.418).*

*Inafastável a condenação pelo delito de tráfico ilícito de entorpecentes se está estribada na palavra de testemunha e dos policiais — coerentes e isentas de suspeita. Exame de dependência toxicológica que atestou ser o apelante plenamente responsável com relação ao artigo 12 da Lei de Tóxicos. Impossibilidade de desclassi-*

*figuração para a figura descrita no art. 16 da Lei n. 6.368/76.*

*Cumprimento integral da pena no regime fechado. Inteligência do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, crimes hediondos. Com o advento da Lei n. 9.455 de 7/4/1997, que define os crimes de tortura e dá outras providências, a Lei dos Crimes Hediondos não sofreu alterações em relação aos demais crimes assim considerados.*

*Substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos — Impossibilidade — Precedente do Superior Tribunal de Justiça — Apelante que além do mais não preenche os requisitos do art. 44, III, do CP.*

*A substituição preconizada no art. 44 do CP, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 9.714/98, não é compatível com a prática de crimes considerados hediondos. Ainda mais porque o art. 12 do CP veda a aplicação do dispositivo que for de encontro ao previsto diversamente em lei especial, no caso a Lei n. 8.072/90.*

*Recurso desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.021709-4, da comarca de Lages (1ª Vara), em que é apelante Marcelo Ribeiro Mendes, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, afastar as preliminares e negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

Perante a 1ª Vara Criminal da comarca de Lages, Marcelo Ribeiro Mendes foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 12 da Lei n. 6.368/76.

Segundo a exordial acusatória, o denunciado e o adolescente V. F., no dia 9 de agosto de 1999, por volta das 20 horas, encontravam-se hospede-

dados no Hotel Lux, local onde tinham em depósito, para fins de comércio, aproximadamente 117,1g (cento e dezessete gramas e um decigrama) de maconha, substância entorpecente que determina dependência física e psíquica.

Tendo a Polícia Civil tomado conhecimento por meio de informação anônima que havia a comercialização de entorpecentes no Hotel, foi realizada diligência naquele local, oportunidade em que o denunciado e o adolescente vieram a ser presos em flagrante delito.

Instruído o feito, sobreveio a decisão que julgou procedente a denúncia e condenou o denunciado à pena de 3 (três) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa, a ser cumprida em regime fechado, por infringir ao artigo 12 da Lei n. 6.368/76.

Inconformado com a prestação jurisdicional entregue, recorre o acusado, insurgindo-se preliminarmente pela nulidade do flagrante, violação de domicílio por parte dos policiais que participaram do flagrante e nulidade da sentença, pela ausência de fundamentação para a manutenção da prisão do apelante.

No mérito, sustenta a insuficiência de prova nos autos com relação à traficância imputada ao réu e pugna pela sua absolvição ou, alternativamente, a desclassificação do delito para o previsto no artigo 16 da Lei n. 6.368/76.

O apelante pleiteia, afinal, a progressão de regime por entender que com a edição da Lei de Tortura, equiparada aos Hediondos, o artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 tornou-se inconstitucional e a aplicação da Lei n. 9.714/98, haja vista que a pena aplicada foi inferior a quatro anos e ser ele primário e possuir bons antecedentes.

Contra-arrazoado o recurso, ascenderam os autos e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, manifestando-se, opinou pelo seu conhecimento e desprovimento.

É o relatório.

Inicialmente, antes de analisar o mérito, faz-se mister a análise das preliminares aventadas.

#### 1 — Flagrante forjado

Improcede a alegação de flagrante forjado, pois a peça flagrançial encontra-se formalmente perfeita e a prova contida nos autos não dá guarida à alegação de que os policiais teriam colocado a droga no quarto do apelante.

In casu, o delito já estava consumado antes da prisão em flagrante; a consumação preexistiu ao flagrante, pois o apelante já vinha praticando a venda, guarda e depósito de maconha, razão para ter sido denunciado à polícia que logrou prendê-lo confirmando a denúncia.

Quando a atividade policial realiza-se porque existiam informações a respeito do provável cometimento do delito, ou exercia-se vigilância sobre o acusado, não há falar em flagrante forjado.

Trata-se de crime permanente, portanto inaplicável a Súmula 145 do STF.

Os crimes de tóxicos são delitos permanentes e a prisão pode ser feita enquanto perdurar a conduta.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu:

“Não é flagrante forjado aquele resultante de diligências policiais após denúncia anônima sobre tráfico de entorpecentes” (HC n. 74.195-9 — SP — DJU de 13/9/96, pág. 33.235).

É da jurisprudência:

“Crime de natureza permanente — Acusado que já possuía maconha em sua residência, para o comércio, quando foi preso — Não ocorre o flagrante preparado quando, ao ser efetuado, o delito já estava consumado” (RT 568/281).

Ademais, mesmo que assim não fosse, os defeitos porventura existentes nas diligências policiais, o que não é o caso dos autos, não se transfeririam ao processo penal subsequente.

A jurisprudência não discrepa desse entendimento:

“Eventual vício do inquérito policial não anula a ação penal, uma vez que se trata de peça meramente de informação. Assim, não se pode falar em nulidade da ação penal por vício do inquérito policial (STF, RHC n. 56.092, pág. 4.394, vide Damásio E. de Jesus, in Código de Processo Penal Anotado, 9ª ed., Saraiva, SP, 1991, pág. 5).

## 2 — Violação de domicílio

Aduz a defesa, em preliminar, que o ora apelante teve o seu domicílio invadido por policiais, às 20 horas, por mera presunção de delito de tráfico de entorpecentes.

Como é sabido, o crime de tráfico de entorpecentes, prescrito no art. 12 da Lei n. 6.368/76, é considerado permanente, circunstância que autoriza a entrada da autoridade policial na residência do infrator a qualquer tempo, haja vista o constante estado de flagrância em que este se encontra, tornando, por conseguinte, despicienda a exigência das providências do art. 245 e parágrafos do Código de Processo Penal. A falta do respectivo mandado não macula a busca e apreensão do material tóxico guardado pelo infrator, tampouco o auto de prisão em flagrante lavrado.

Nesse sentido, vale transcrever o seguinte aresto:

“O princípio constitucional da inviolabilidade domiciliar ressalva a hipótese de prática de crime. Assim, constatada a existência de comércio clandestino de entorpecentes, legítima é a diligência policial domiciliar desacompanhada de mandado” (TACrimSP — rel. Gonçalves Sobrinho — JUTACrim 45/216).

## 3 — Nulidade da sentença — Ausência de fundamentação da prisão

No tocante à prefacial ventilada, sobre a ausência de fundamentação quanto à necessidade de o acusado ter que se recolher à prisão para apelar, também não merece respaldo.

Consoante se verifica na sentença, o paciente foi preso em flagrante por ter praticado o delito previsto no artigo 12 da Lei n. 6.368/76, mantido segregado durante toda a instrução criminal, e neste estado se encontrava quando prolatada a r. sentença condenatória.

Ora, in casu, se o paciente respondeu preso a todo o processo crime, não pode, agora, ser beneficiado com o disposto no artigo 594 do Código de Processo Penal.

O Supremo Tribunal Federal, sobre a matéria, deixou assentado:

“É orientação consolidada no STF que, se o réu está preso — por força de flagrante ou preventiva — ao momento da sentença condenatória, não se lhe aplica o benefício do art. 594 do CPP” (RT 639/379).

E, do Superior Tribunal de Justiça:

“Não há direito de apelar em liberdade para quem, condenado pela prática de crime hediondo, art. 12 da Lei n. 6.368/76, já se encontra preso por força de prisão em flagrante” (RHC 6026/SP — 6ª Turma — rel. Ministro Fernando Gonçalves — DJU de 24/2/97, pág. 3.418).

E, desta Corte de Justiça:

“Habeas corpus. Direito de apelar em liberdade, descrito no artigo 594 do CPP. Omissão na sentença. Irrelevância. Inaplicabilidade ao réu

que respondeu ao processo crime recolhido em decorrência de prisão preventiva. Ordem denegada.

“Não pode ser concedida liberdade para apelar ao réu que já se encontra preso em razão de flagrante ou preventiva, posto que esta espécie de prisão, em princípio, permanece até o trânsito em julgado da sentença condenatória” (HC n. 98.001815-3, de Imituba, rel. Des. José Roberge).

Por todo o exposto, as preliminares são rejeitadas.

Mérito

No mérito, não assiste razão ao apelante.

Impossível acolher-se a pretensão absolutória.

Com efeito, a materialidade do delito restou comprovada pelo auto de exibição e apreensão (fls. 12), auto de constatação (fls. 14) e laudo pericial definitivo (fls. 32/36).

A autoria é inconteste, embora a defesa sustente que a prova contida nos autos é insuficiente para configurar a traficância.

Um dos núcleos do tipo descrito no art. 12 da Lei n. 6.368/76 restou plenamente configurado, guardar.

Não bastasse isso, as testemunhas arroladas na denúncia em seus depoimentos, as quais não foram contraditadas, confirmam o comércio de drogas.

Cleunice de Oliveira ao ser inquirida disse:

“Que a depoente encontrava-se com o denunciado e V. F. no Hotel Lux, nesta Cidade; que a droga mencionada na denúncia estava no quarto do hotel e pertencia ao acusa-

do; que o entorpecente pertencia apenas ao Marcelo; que a depoente já usou maconha, mas já não usa mais; que nunca comprou droga do acusado; que a depoente era namorada do acusado; que quando estava com o acusado, já não fazia mais uso de drogas; que já presenciou, por três ou quatro vezes, o acusado vendendo maconha a terceiros; que o acusado faz uso de maconha; que o comércio do entorpecente se dava no Hotel Lux; (...)” (fls. 84).

Os policiais (fls. 86/88) que efetuaram a prisão são categóricos em afirmar a participação de Marcelo Ribeiro Mendes na prática delituosa referida na peça acusatória.

A respeito da validade dos depoimentos dos milicianos em sede de crimes de tóxicos há remansosa jurisprudência:

“Nos chamados crimes de tóxicos, que têm início com flagrante lavrado por policiais, a palavra destes tem força probante, salvo comprovação em contrário” (RT 541/408).

“Os depoimentos de policiais devem ser cridos até provarem o contrário. Não teria sentido o Estado credenciar agentes para exercer serviço público de repressão ao crime e garantir a segurança da sociedade e ao depois negar-lhe crédito quando fosse dar conta de suas tarefas no exercício de funções precípua” (TJRJ — RDTJRJ 7/287).

“Os policiais não estão impedidos de depor. Seus depoimentos têm o mesmo valor que outro qualquer. Há dispositivos expressos no CPP determinando que a Polícia deverá colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circuns-



tâncias (art. 6º, III) e que toda pessoa poderá ser testemunha (art. 202). O só fato de ter sido a prova acusatória baseada em depoimentos prestados por policiais que procederam à prisão em flagrante não autoriza a absolvição" (RT 654/278).

No que concerne à desclassificação para o crime do artigo 16 da Lei n. 6.368/76, o recurso também não merece provimento.

A circunstância de ser o apelante dependente de drogas em nada influi na presente condenação, pois conforme o laudo do exame de dependência toxicológica (fls. 14/16 dos autos em apenso), com relação ao delito de tráfico de entorpecente, o apelante é considerado responsável.

No que tange ao pedido de modificação do regime prisional imposto no edito condenatório, entendo que o apelante também não tem razão.

É que esta egrégia Casa de Justiça, em julgamentos reiterados, tem entendido, corretamente, pela inaplicabilidade da Lei n. 9.455/97, em seu artigo 7º, extensivamente aos delitos considerados hediondos ou a eles equiparados pela Lei n. 8.072/90.

Sobre o presente assunto, já se decidiu:

"Regime prisional — Cumprimento inicialmente fechado fixado pelo Juízo a quo — Delito elevado à categoria de hediondo — Vedação da possibilidade de progressão explícita no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, determinando que a pena seja cumprida integralmente em regime fechado — Inadmissibilidade da aplicação extensiva do art. 7º da Lei n. 9.455/97 (Crime de Tortura) reconhecida pelo STF e pelo STJ — Recurso ministerial provido"

(Apelação Criminal n. 98.005735-3, de Itajaí. rel. Des. Jorge Mussi, DJSC de 31/8/98).

Incabível também a substituição da pena, na forma do art. 44 e seguintes do CP, com a nova redação que lhes foi dada pela Lei n. 9.714/98.

A necessidade de repressão aos delitos de tal gravidade está em posição diametralmente oposta aos princípios despenalizadores da chamada lei das penas alternativas.

É imperativa e salutar a necessidade de tratamento rigoroso e firme do Judiciário em relação aos delitos considerados graves, dentre eles o tráfico de entorpecentes, por muitos considerado o mal do século ou flagelo da humanidade. Aplicar-lhes a nova redação do art. 44 do CP seria pôr uma pá de cal sobre uma das grandes conquistas de nosso ordenamento jurídico penal, a Lei dos Crimes Hediondos, que impôs regras específicas e bastante severas para a repressão dos delitos nela apontados, tal a sua gravidade e poder lesivo.

Outrossim, apesar de a Lei n. 9.714/98 não ter feito qualquer referência à sua aplicação à Lei dos Crimes Hediondos, mormente ao crime de tráfico de entorpecentes, encontra óbice no disposto no art. 12 do Código Penal:

"Art. 12. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso".

E, na presente hipótese, a lei especial dispôs de modo diverso, vedando aos crimes hediondos e os a eles equiparados a progressão de regime e fixando o cumprimento integral

da pena em regime fechado, além de outras restrições.

Sobre a matéria:

“Apesar de a pena mínima cominada para esses ilícitos ser de três anos, parece-nos absolutamente inviável a aplicação dos benefícios da nova lei aos traficantes. Com efeito, existe lei especial tratando do tema, qual seja, a Lei n. 8.072/90 que, em seu artigo 2º, § 1º, estabelece o cumprimento integral da pena em regime fechado para os crimes hediondos, tráfico de entorpecentes e terrorismo. As novas regras são genéricas e, portanto, não podem se sobrepor à lei especial que é expressa a respeito do assunto. Como substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, se existe lei dispondo o cumprimento integral em regime fechado? Ademais, chega a ser extremamente estranho que o Juiz imponha uma pena substitutiva ao traficante e, caso este descumpra a pena imposta, seja revogado o benefício e tenha ele de cumprir a pena privativa de liberdade no sistema integralmente fechado” (Victor Eduardo Rios Gonçalves — Promotor de Justiça/SP e Professor de Direito Penal e Processo Penal — in Boletim IBCrim n. 75, abril 1999, encarte especial, págs. V e VI).

Da jurisprudência:

“Tráfico de entorpecentes. Aplicação da Lei n. 9.714/98. A questão é se, no crime de tráfico de entorpecentes, aplica-se a Lei n. 9.714/98, que instituiu as penas alternativas substitutivas das privativas de liberdade, quando o prazo de apenamento for in-

ferior ou igual a quatro anos, preenchidas as condições. Prosseguindo no julgamento, a Turma decidiu que, no caso, as alterações genéricas previstas nessa Lei devem ser aplicadas no ordenamento jurídico-penal, ressalvadas as disposições legais em sentido contrário, estabelecidas em legislação penal especial (art. 12 do CP). Portanto o art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90 continuaria em vigor, vez que a aplicação do Código Penal é subsidiária e suas regras incidem na lei especial onde não houver vedação” (RHC 8.406-RJ, rel. Min. Felix Fischer, julgado em 30/6/1999).

No mesmo sentido RA ns. 99.012568-8 e 99.012562-9, ambos deste Relator.

Ademais, não preenche o apelante os requisitos do art. 44, III, do CP.

Ante o acima exposto, as preliminares são rejeitadas e nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Borges e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 8 de fevereiro de 2000.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente;*  
*Genésio Nolli,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.022093-1, DE PALMITOS****Relator: Des. Genésio Nolli**

*Apelação criminal — Tribunal do Júri.*

*Nulidade posterior à pronúncia — Negada a necessidade dos meios ou a sua moderação, imperiosa é a quesitação sobre os excessos, primeiro o doloso que, caso negado, remete ao culposo — Jurados que, in casu, reconheceram o excesso doloso — Desnecessidade de quesitação sobre o excesso culposo.*

*Nulidade repelida.*

*Decisão manifestamente contrária à prova dos autos — Inexistência — Apelante que, para se defender da agressão da vítima, usou de meio desnecessário e imoderado — Tiro e pancadas com a coronha da espingarda, ocasionando destruição da região frontal do crânio da vítima, perda e exposição de massa encefálica.*

*Decisão do Conselho de Sentença que se fundou no auto de exame cadavérico e na palavra das testemunhas — Versão defensiva isolada — Somente pode ser inquinada de contrário à prova dos autos o veredicto que se divorcia por completo da prova, o que não ocorreu in casu.*

*Recurso desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.022093-1, da comarca de Palmitos, em que é apelante Nelson Carvalho, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

No Juízo de Direito da comarca de Palmitos, Nelson Carvalho, vulgo "Caçapava", restou denunciado como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, inciso III, do Código Penal, pela prática do seguinte fato delituoso:

"No dia 7 de junho de 1992, por volta das 21 horas, em frente à creche do Bairro Cohab, em Caibi, o denunciado, utilizando-se de uma espingarda, modelo Winchester, cal. 22, desferiu tiros que atingiram a vítima Rogério Alves de Oliveira e, posteriormente, com a coronha, atingiu-a repetidas vezes na cabeça, com o que produziu as lesões corporais descritas no auto de exame cadavérico de fls. 5".

O delito foi motivado por antigo desentendimento entre os envolvidos.

A vítima, embriagada, no dia dos fatos, vestindo só cuecas, foi até o bar do denunciado, querendo saber se este queria mesmo matá-la. A partir

daí iniciou-se entre eles pesada discussão em que o denunciado armou-se com a Winchester.

Estando este armado, postado na porta de seu bar, e a vítima fora do estabelecimento, prosseguiram na discussão.

Em determinado momento o denunciado pôs-se a perseguir a vítima disparando tiros. Quando foi atingida caiu e, aproximando-se dela este desferiu vários golpes em sua cabeça com a coronha da arma.

Devidamente processado, sobreveio a decisão que houve por bem admitir a denúncia e pronunciá-lo como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, inciso III, do Código Penal.

Submetido a julgamento perante o eg. Tribunal do Júri, o réu foi condenado à pena de 6 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semi-aberto.

Inconformado com o veredicto apelou com fundamento no artigo 593, III, a e d, do Código de Processo Penal, pleiteando a anulação do julgamento, sob os argumentos de que não foi submetido à votação o quesito relativo ao excesso culposo, e que a decisão dos senhores jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos.

Contra-arrazoado o apelo, nesta Superior Instância a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo seu desprovimento.

É o relatório.

Sustenta a defesa a nulidade do julgamento (posterior à pronúncia) por não ter sido submetido à votação o quesito relativo ao excesso culposo, o que entende ser quesito obrigatório.

Ao ser efetuada a votação dos quesitos referentes à legítima defesa, na parte que diz respeito à moderação/excesso no uso dos meios, após os jurados serem inquiridos sobre o excesso doloso, o qual foi reconhecido por maioria de votos (4x3), não o foram sobre o excesso culposo.

A atual redação do art. 484, III, do CPP (de acordo com a Lei n. 9.113/95) estabelece:

"Art. 484 — Os quesitos serão formulados com observância das seguintes regras:

"(...)

"III — 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, inclusive os relativos ao excesso doloso ou culposo quando reconhecida qualquer excludente de ilicitude".

In casu, não há falar em nulidade posterior à pronúncia pois após a votação dos quesitos referentes à legítima defesa aos senhores jurados foi quesitado sobre o excesso doloso, o que foi reconhecido. Só haveria a necessidade de se quesitar o excesso culposo se fosse negado o excesso doloso, o que não ocorreu.

Da doutrina extrai-se:

"...em matéria de excesso punível, em se tratando de questionário a ser adotado no Tribunal do Júri, é de inquestionável obrigatoriedade a inclusão do quesito referente ao excesso doloso. Negado tal quesito é imperativa a formulação do quesito sobre o

excesso culposo. Cuidando-se de legítima defesa, por sua vez, a rejeição do quesito sobre a necessidade do meio empregado não prejudica a votação do quesito referente à moderação no uso desse meio. Ademais, negados ambos os quesitos ou apenas um deles, indiferentemente, deve ser proposto o quesito do excesso doloso cuja rejeição deve acarretar a propositura do quesito sobre o excesso culposo" (Marrey, Adriano e outros, Teoria e Prática do Júri, Editora Revista dos Tribunais, 5ª ed., pág. 365).

Julio Fabbrini Mirabete ensina sobre o tema:

"Negado, porém, que o réu tenha agido com o emprego dos meios necessários ou moderadamente, é obrigatório que se verifique se o excesso foi doloso ou culposo. Aliás, a Lei n. 9.113, de 16/10/95, superando as divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto, deu nova redação ao art. 484, III, do CPP, obrigando que sejam formulados os quesitos relativos ao excesso doloso ou culposo 'quando reconhecida qualquer excludente da ilicitude'. Assim, afirmado que houve excesso doloso, está o réu condenado pelo crime doloso. Negado esse quesito, deve o júri ser indagado se houve excesso culposo que, reconhecido pelos jurados, desclassifica o crime para o culposo. Negados ambos os quesitos sobre o excesso doloso e culposo, está o réu absolvido pela existência da excludente já que se reconheceu implicitamente o 'excesso fortuito', ou seja, sem dolo ou culpa" (in Código de Processo Penal Interpretado, Ed. Atlas, 6ª ed., São Paulo, 1999, pág. 626).

Não é outro o entendimento da jurisprudência:

"Nos termos do art. 484, III, do CPP, alterado pela Lei n. 9.113/95, em matéria de excesso punível, em se tratando de questionário a ser adotado pelo Tribunal do Júri, é de inquestionável obrigatoriedade a inclusão do quesito referente ao excesso doloso; negado tal quesito, é imperativa a formulação do quesito sobre excesso culposo" (TJSC — Rel. Des. Nilton Macedo Machado — Ap. Crim. n. 97.004148-9 — j. em 17/6/97).

"Júri — Legítima defesa — Quesitos — Excesso doloso e excesso culposo — Quesitos obrigatórios — Ordem de precedência.

"Depois da reforma penal de 1984, segundo o parágrafo único do art. 23 do CP, o agente responderá pelo excesso doloso ou culposo em qualquer das causas de exclusão de ilicitude. Desde então, tornou-se obrigatório o questionamento do excesso doloso ou culposo, sempre que o Conselho de Sentença negar, na excludente da legítima defesa, o uso dos meios necessários ou a moderação no emprego dos meios. Pela ordem de precedência, questiona-se em primeiro lugar o excesso doloso, porquanto o Júri, até ali, negou a legítima defesa, prevalecendo ainda a prática do fato criminoso a título de dolo, pois a ação é única. Respondido afirmativamente, estará o réu condenado por crime doloso. Negado, questiona-se o excesso culposo. Negados ambos, o réu estará absolvido, pois o Júri reconheceu o excesso causal" (TJRS — Ap. Crim. n. 697023711, rel. Des. Danúbio Edo Franco, julgada em 25/6/97, in Boletim

Bonijuris n. 337, de 10/5/97, pág. 4.873, verbete 33.199).

“Em face da disposição do parágrafo único do art. 23 do Código Penal, resultante de reforma da Parte Geral, o Júri, antes de manifestar-se sobre o excesso culposo, terá obrigatoriamente de definir-se a respeito do excesso doloso e se tanto um como outro forem repelidos, o excesso porventura detectado será acidental e conseqüentemente irrelevante, favorecendo o réu” (Ap. Crim. n. 30.772, de Lages, rel. Des. José Roberge, julgada em 25/3/94).

Na hipótese vertente, a tese da defesa era a legítima defesa própria e verifica-se que não deixou de ser formulado quesito obrigatório.

Rejeita-se, portanto, a nulidade argüida.

A alegação de que a decisão do Conselho de Sentença foi manifestamente contrária à prova dos autos não merece prosperar.

Aduz a defesa que houve confusão dos senhores jurados na votação do terceiro e do sexto quesitos em que reconheceram, respectivamente, que o acusado praticou o fato em legítima defesa e que se defendeu de uma agressão injusta, resultando numa decisão contrária à prova dos autos.

Nesse caso, a tese defendida pela defesa foi a da legítima defesa própria e, neste caso, a quesitação deve analisar se a agressão era atual ou iminente; se era justa ou injusta; se houve uso moderado dos meios necessários para repelir a agressão ou se houve excesso (doloso ou culposos).

Julio Fabbrini Mirabete sobre o tema, leciona:

“(...) o desdobramento dos quesitos a respeito de cada um dos elementos das justificativas é hoje regra, conforme jurisprudência praticamente pacífica. Assim, quanto à legítima defesa, por exemplo, é necessário que se indague separadamente sobre a existência de agressão da vítima, sobre a injustiça, sobre sua atualidade, sobre sua iminência, sobre o emprego dos meios necessários à repulsa, e sobre a moderação na utilização desses meios (...)” — (in Código de Processo Penal Interpretado, 5ª ed., 1997, pág. 614).

A jurisprudência desta Corte não destoa:

“Processual penal — Júri — Nulidade — Homicídio — Legítima defesa putativa — Erro na quesitação — Recurso provido — Precedentes jurisprudenciais. Incide em nulidade indagar do Júri a legítima defesa putativa sem desdobrar os quesitos em tantos quantos necessários ao exato enquadramento da discriminante” (Ap. Crim. n. 97.013227-1, de Santa Cecília, rel. Des. Amaral e Silva, j. em 26 de maio de 1998).

São todos elementos, requisitos diversos da legítima defesa e, se são cindidos em quesitos diferentes, é exatamente porque a resposta afirmativa a um não implica, em absoluto, na afirmação dos demais.

In casu, ao defender-se da agressão da vítima, o apelante usou meio desnecessário, bem como o utilizou com imoderação, descaracterizando a legítima defesa.

Sustenta a defesa que a resposta ao sétimo quesito afrontou a

prova dos autos pois o Conselho de Sentença entendeu que o réu usou de meios desnecessários para repelir a agressão.

O apelante ao ser ouvido no inquérito, às fls. 16, na presença de seu defensor, narrou:

“Que, neste momento o indiciado veio ver o que o Rogério queria, encontrando o mesmo vestido somente de zorba, com um facão na mão direita e uma espingarda que trazia nas costas apoiada em sua mão esquerda, momento em que Rogério perguntou ao indiciado se era verdade que este queria lhe matar. O que este lhe respondeu: ‘pelo amor de Deus não quero nada contigo, vai embora, isto colocando as mãos sobre a cabeça’; que, Rogério lhe dizendo que se este não queria lhe matar ele o queria, partindo para a agressão metendo-lhe o facão, sendo que o indiciado usando de um taco desferiu-lhe uma paulada, fazendo com que Rogério neste momento recuasse, ocasião em que o indiciado adentrou atrás do balcão e pegou sua Winchester calibre 22; que, como Rogério continuou investindo, o indiciado deu um tiro desferido para o chão; não intimidado Rogério passou a agredir mais uma vez quando foram desferidos outros dois ou três tiros no chão em frente ao Rogério não tendo atirado em Rogério para matá-lo; Rogério continuava as agressões e o indiciado recuando quando veio a cair isto já na rua, ocasião em que Rogério veio por cima deste com a intenção de matá-lo, fazendo com que o indiciado fizesse uso de seu rifle para desvencilhar-se do mesmo, ficando novamente em pé desferindo-lhe pontacos com o cano da arma (...); que, neste momento o Rogério estava entre o indiciado e

a residência de Nelson; como não cessavam as agressões e investidas de Rogério, o indiciado resolveu fazer uso de sua arma batendo em Rogério com a parte do cano, batendo por diversas vezes na cabeça do mesmo até que este veio a cair ao lado da rua em frente à creche; que, quando Rogério caiu ao solo o indiciado desistiu e foi para dentro de sua residência (...)” (fls. 16/17).

Vercy Rudi de Oliveira (fls. 87 e 87 verso) declarou:

“... Recorda que ele correu, caiu numa valeta e quando ele estava no chão Nelson acertou 3 coronhadas com uma espingarda na cabeça dele. Foi uma covardia, pois seu pai nem estava armado”.

Auri Terezinha Andreolli (fls. 87 verso):

“... em dado momento Caçapava desferiu três tiros contra seu sogro que correu e veio a cair do outro lado da rua. Caçapava aproximou-se e desferiu dois golpes com a coronha da arma contra a cabeça dele”.

Corroboram estes depoimentos o auto de exame cadavérico (fls. 9) que atestou:

“Inspeção do crânio — violenta pancada da região frontal — ferimento contundente do crânio, produzindo fratura cominutiva, ampla, afundamento, com perda e exposição de massa encefálica.

“Inspeção do tórax — ferimento perfuropenetrante de hemitórax direito, medindo aproximadamente 1 (um) cm, com ligeira curva, estando localizado na região peitoral, supramamilar e paraesternal, sobre o 5º espaço in-



tercostal, com lesão pulmo-vascular e grande hemotórax”.

Pelo auto de exame cadavérico pode-se concluir que realmente houve a desnecessidade e o excesso dos meios empregados pelo apelante para afastar a agressão da vítima.

Diante da prova acima, não há como acoimar de contrária à prova dos autos a decisão dos senhores jurados.

Somente deve ser anulada uma decisão do Conselho de Sentença quando esta for arbitrária e se afastar por completo das provas contidas nos autos, o que, efetivamente, no presente caso, não veio a ocorrer.

Damásio E. de Jesus, in Código de Processo Penal Anotado, Saraiva, 7ª ed., 1989, fls. 373, define o conceito de decisão manifestamente contrária à prova dos autos, citando a RT 526/442: “É pacífico que o advérbio ‘manifestamente’ (III, d) dá bem a idéia de que só se admite seja o julgamento anulado quando a decisão do Conselho de Sentença é arbitrária, porque se dissocia integralmente da prova dos autos. E não contraria esta a decisão que, com supedâneo nos elementos de convicção deles constantes, opte por uma das versões apresentadas”.

Julio Fabbrini Mirabete, in Processo Penal, 2ª ed., Atlas, fls. 615, afirma que: “Por fim, o art. 593, III, prevê a apelação para a decisão do Tribunal do Júri quando ‘for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos’ (alínea d). Trata-se de hipótese em que se fere justamente o mérito de causa, em que o error in judicando é reconhecido somente quando a decisão é arbitrária, porque

se dissocia integralmente da prova dos autos, é contrária ‘manifestamente’ à verdade apurada no processo e representa uma distorção da função judicante do Conselho de Sentença”.

A jurisprudência não discrepa deste entendimento:

“Penal e processual — Júri — Decisão manifestamente contrária à prova dos autos — Recurso desprovido — Precedentes jurisprudenciais.

“Só se cogita de decisão manifestamente contrária à prova dos autos quando o Júri opta por versão sem qualquer apoio no processo.

“Existindo duas versões, uma do acusado e outra da vítima, pode o Conselho optar por qualquer delas.

“Júri — Decisão manifestamente contrária à prova dos autos — Caracterização somente quando destituída de qualquer fundamentação e apoio no processo — Opção por uma das versões apresentadas que não enseja nulidade — Inteligência do art. 593, III, d, do CPP.

“Somente pode ser considerada manifestamente contrária à prova dos autos a decisão do Tribunal do Júri de todo absurda, chocante e aberrante de qualquer elemento de convicção colhido no decorrer do inquérito, da instrução ou dos debates em plenário, enfim, a que se apresente destituída de qualquer fundamento, de qualquer base, de qualquer apoio no processo, com a qual não se confunde a decisão que opta por uma das versões apresentadas” (RT 659/251) (Apelação Criminal n. 98.016711-6, de Coronel Freitas, rel. Des. Amaral e Silva).

Ante o acima exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Borges e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 22 de fevereiro de 2000.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente;*  
*Genésio Noll,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.022682-4, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ**

**Relator: Des. Genésio Noll**

*Apelação criminal — Suspensão do processo — Apelante preso em flagrante e denunciado por outro delito — Causa impeditiva para a sua concessão.*

*Conforme dispõe expressamente o artigo 89 da Lei n. 9.099/95, é vedado ao acusado que está sendo processado por outro delito ser beneficiado com a suspensão condicional do processo.*

*Recurso da defesa que objetiva o benefício da suspensão do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95) — Impossibilidade — O chamado “sursis processual” só é admissível antes de prolatada a sentença condenatória.*

*“Processual penal. Suspensão do processo. Descabimento.*

*“Tem aplicação o art. 89 da Lei n. 9.099/95, quando ainda não houve proferição de sentença.*

*“Recurso conhecido e provido” (STJ — RE n. 161.009/SP — rel. Min. José Arnaldo — DJU n. 210, de 3/11/98, pág. 190).*

*Sursis — Apelante que possui maus antecedentes — Ausência de requisitos subjetivos exigidos para a sua concessão — Impossibilidade.*

*Recurso desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.022682-4, da comarca de Balneário Camboriú (Vara Criminal), em que é*

*apelante Valdecir Martins de Oliveira, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

Perante o Juízo de Direito da comarca de Balneário Camboriú (Vara Criminal), Valdecir Martins de Oliveira foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 12, caput, da Lei n. 6.368/76.

Segundo a preambular acusatória, no dia 24 de agosto de 1998, por meio de denúncia telefônica recebida, policiais civis tomaram conhecimento que estaria ocorrendo tráfico ilícito de entorpecentes na residência do denunciado.

Em decorrência disso, os policiais dirigiram-se ao local, onde passaram a realizar uma campana, ocasião em que viram um indivíduo, em atitude suspeita, sair da casa do denunciado.

Ato contínuo, os policiais deslocaram-se até a residência do acusado, adentrando nela, ocasião em que procederam uma revista no local e encontraram sobre uma penteadeira duas trouxas de crack, envoltas em plástico escuro, pesando cerca de quatorze gramas, bem como, do lado de fora da residência, próximo à janela de um dos quartos, foram encontrados cerca de treze gramas de maconha, substâncias entorpecentes que o denunciado guardava em sua residência, destinando-as ao comércio ilícito.

Às fls. 78/83, o MM. Juiz Substituto operou a desclassificação do delito para o previsto no artigo 16 da Lei n. 6.368/76, concedendo-se ao acusado o benefício da liberdade provisória.

Decidindo o feito, o Magistrado a quo julgou procedente em parte a denúncia para condenar Valdecir Martins de Oliveira ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 6 (seis) meses de detenção e ao pagamento de 25 (vinte e cinco) dias-multa, a ser cumprida em regime aberto.

Inconformado com o decisum, recorre o acusado, insurgindo-se contra a decisão que revogou a suspensão condicional do processo que lhe fora autorizada, tendo em vista nova prisão do apelante. Pleiteia a sua revogação ou a suspensão condicional da pena, na forma do artigo 77 do Código Penal.

Contra-arrazoado o recurso, ascenderam os autos e a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo seu conhecimento e desproviamento.

É o relatório.

Não assiste razão ao apelante.

Não faz jus o apelado à benesse da suspensão condicional do processo, com fulcro no artigo 89 da Lei n. 9.099/95.

Segundo noticiam os autos, antes de ser formalizada a proposta de suspensão condicional do processo ao acusado, a Escrivã Judicial certificou nos autos, às fls. 92, a prisão em flagrante do apelante, por outro fato, sendo ele denunciado como incurso nas sanções do artigo 12 da Lei n. 6.368/76 e artigo 10 da Lei n. 9.437/97.

Em face disso, o Promotor de Justiça entendeu prejudicada a proposta de suspensão e pediu que fosse julgado o mérito, o que foi feito.

A Lei n. 9.099/95, em seu artigo 89, consigna:

“Art. 89 — Nos crimes em que a pena mínima cominada 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 autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)” (grifei).

Logo, em tendo havido nova prisão e denúncia contra o apelante, vedada é a concessão da benesse.

A propósito o Supremo Tribunal Federal já decidiu:

“Suspensão do processo — Beneficiário que responde a ação penal pendente de recurso — Indeferimento do benefício.

“Para que se verifique o direito ao benefício da suspensão do processo, por dois a quatro anos, a pena mínima cominada há de ser igual ou inferior a um ano, além de seu eventual beneficiário não poder estar respondendo a processo ou não ter sido condenado por outro crime (arts. 61 e 89 da Lei n. 9.099/95).

“Caracterizado que a paciente responde a ação penal pendente de recurso e a outros processos, não a socorre o benefício da suspensão do processo nos moldes pretendidos” (HC n. 73.793-5 — rel. Min. Maurício Corrêa — Paraná).

In casu, como podemos observar, diante dos termos da certidão de

fls. 92, a proposta de suspensão do processo restou prejudicada.

No mais, com a decisão que julgou procedente, em parte, a denúncia, tem-se que o feito se encerrou, já não havendo falar em suspensão do processo mas, sim, em aplicação da sanção penal.

Nesse sentido:

“O certo é que, denunciado por infração mais grave, se o juiz resolver dar nova definição jurídica aos fatos, de modo a beneficiar o réu a ponto de reclassificá-la como de menor potencial ofensivo, antes de condenar, deve possibilitar às partes o cumprimento do art. 89 da Lei n. 9.099/95, sob pena de nulidade. Embora o art. 89 disponha que a suspensão do processo deve ser proposta pelo Ministério Público ao ensejo do oferecimento da denúncia, é evidente que a medida, em casos excepcionais, poderá igualmente ser adotada em outras oportunidades. Aliás, Damásio Evangelista de Jesus preleciona que ‘em qualquer momento posterior à denúncia e antes da sentença é admissível o sursis processual’ (Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada, 1ª ed., Saraiva, pág. 92)” (nosso grifo) (Ap. Crim. n. 218.820-3/8, São Paulo, 2ª C. Crim. rel. Des. Silva Pinto, j. 10/3/97, pág. Boletim IBCCrim n. 55 de junho/97, pág. 198).

Esse entendimento, ou seja, da impossibilidade da aplicação do artigo 89 da Lei n. 9.099/95 em já havendo sentença condenatória, vem sendo sufragado pelos Tribunais, inclusive após o pronunciamento da Suprema Corte, nestes termos:

“A possibilidade de válida aplicação da norma inscrita no art. 89 da

Lei n. 9.099/95 — que dispõe sobre a suspensão condicional do processo penal (sursis processual) — supõe, mesmo tratando-se de fatos delituosos cometidos em momento anterior ao da vigência desse diploma legislativo, a inexistência de condenação penal, ainda que recorrível.

“Condenado o réu, ainda que em momento anterior ao da vigência da Lei dos Juizados Especiais Criminais, torna-se inviável a incidência do art. 89 da Lei n. 9.099/95, eis que, com o ato de condenação penal, ficou comprometido o fim precípua para o qual o instituto do sursis processual foi concebido, vale dizer, o de evitar a imposição da pena privativa de liberdade. Precedente” (Habeas Corpus n. 74.463, São Paulo, rel. Min. Celso de Mello, j. 10/12/96, DJ de 7/3/97, pág. 5.402).

Assim, é rechaçada a argüição.

Por outro lado, quanto ao pedido alternativo de concessão do sursis, razão também não lhe assiste, eis que o apelante não preenche os requisitos descritos no art. 77 do Código Penal.

A sentença afastou a possibilidade de suspender condicionalmente

a pena do réu, em razão da sua conduta, antecedentes, a certidão de fls. 92 e a personalidade.

O inciso II do dispositivo mencionado estabelece que para a suspensão condicional da pena devem ser analisados os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, a culpabilidade — art. 59 do CP —, e os motivos e as circunstâncias para a autorização do benefício, e, conforme se infere do processado, o acusado não se alinha à concessão do sursis, principalmente pela certidão de fls. 92.

Ante o acima exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Borges e Souza Varella e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 15 de fevereiro de 2000.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente;*  
*Genésio Nolli,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 97.009544-9, DE JOINVILLE**

**Relator: Des. Jorge Mussi**

*Estupro agravado pelo resultado morte e incêndio — Concurso material — Prova oral e circunstancial que ensejam o reconhecimento do cometimento de homicídio qualificado em concurso material com o estupro, na sua forma simples, e com o incêndio — Parcial alteração jurídica dos fatos descritos na denúncia que se impõe — Admissibilidade da correção em Segunda Instância — Inteligência do art. 383 do CPP — Julgamento afeto ao Tribunal do Júri*

— Sentença absolutória anulada — Retorno à origem para o cumprimento do disposto nos arts. 406 e seguintes do CPP — Recurso ministerial provido em parte.

*Se a denúncia, embora concluindo pela violação ao art. 213, c/c art. 223, parágrafo único (resultado morte), do CP, descreveu estupro na sua forma simples em concurso material com homicídio qualificado, e tendo havido recurso do Ministério Público, em razão da absolvição ocorrida em Primeira Instância, não inibe a Súmula 453 do STF que, no Juízo de apelação, se dê nova definição jurídica ao fato, dada a aplicabilidade do art. 383 do CPP neste Grau de Jurisdição.*

*Nessa hipótese, em se tratando de homicídio, crime da competência do Tribunal do Júri, para que não haja supressão de instância, impõe-se a anulação da sentença absolutória, com o retorno dos autos à origem, a fim de que se dê cumprimento ao disposto nos arts. 406 e seguintes do CPP.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 97.009544-9, da comarca de Joinville (2ª Vara), em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, sendo apelado Lucas Vicente Agra:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso ministerial para anular a sentença, determinando-se que, em consequência da nova classificação dada aos fatos descritos na denúncia, retornem os autos à comarca de origem, a fim de que sejam tomadas as providências previstas nos arts. 406 e seguintes do CPP.

Custas na forma da lei.

1 — Na comarca de Joinville (2ª Vara Criminal), o órgão do Ministério Público ofertou denúncia contra Lucas Vicente Agra, dando-o como incurso nas sanções dos artigos 213, caput, c/c artigo 223, parágrafo único,

e 250, § 1º, II, alínea a, todos do Código Penal, porque, conforme se infere da exordial acusatória de fls. 2 e 3:

“Na condição de antigo conhecido da vítima, Sra. Maria Rosita Furquin de Camargo, o denunciado, que para ela trabalhava exercendo a profissão de marceneiro, no 26 de abril do ano em curso (1994), durante a madrugada e já bastante embriagado, foi mais uma vez na residência da mencionada vítima, que situa-se na Rua João Luiz Gonzaga, n. 351, Bairro Ademar Garcia, sendo que, após forçar a entrada no local, a encontrou sozinha e dormindo, e como sua intenção fosse subjugar sexualmente a indefesa senhora, apertou-a pelo pescoço, despindo-a com a outra mão e alcançou seu objetivo criminoso, através do relacionamento sexual completo.

“Acontece que, satisfeita a mórbida lascívia, após lavar-se no banheiro preparando-se para ir embora, no-

tou que a força empregada contra a vítima acabou por matá-la por esganadura, o que fez com que resolvesse atear fogo na residência para apagar os indícios de sua conduta selvagem. Em continuidade, cortou a mangueira do botijão de gás e riscou um fósforo, dando com isso causa ao incêndio que queimou a casa e carbonizou o corpo da vítima, ficando claro que tal aconteceu em local de grande densidade populacional e com risco aos demais moradores”.

Concluída a instrução criminal, foi julgada improcedente a denúncia, resultando o acusado absolvido dos delitos que lhe foram imputados, com fulcro no disposto no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Irresignado com a prestação jurisdicional entregue, o Ministério Público tempestivamente interpôs recurso de apelação, com fundamento no art. 593, I, do CPP, pretendendo a reforma da decisão, aduzindo, para tanto, que as provas existentes nos autos e as diretrizes doutrinárias e jurisprudenciais acerca da matéria não permitem a aplicação do benefício da dúvida ao acusado, ante o robusto elenco probatório apontando que foi ele o autor dos delitos que lhe foram imputados na exordial acusatória, os quais restaram materialmente comprovados.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a este Grau de Jurisdição, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Vidal Vahoni Filho, pelo seu conhecimento e improvemento.

É o relatório.

2 — Merece ser provido em parte o recurso ministerial aforado.

A denúncia, que no dizer de Julio Fabbrini Mirabete “é uma exposição, por escrito, de fatos que constituem em tese um ilícito penal, ou seja, de fato subsumível em um tipo penal, com a manifestação expressa da vontade de que se aplique a lei penal a quem é presumivelmente o seu autor e a indicação das provas em que se alicerça a pretensão punitiva” (“Processo Penal”, Ed. Atlas, pág. 121), imputa ao acusado o cometimento dos delitos de estupro agravado pelo resultado morte em concurso material com incêndio qualificado por haver sido cometido em casa habitada.

Não obstante as evidentes falhas na formação das provas do presente processo, mal conduzido desde o início, a prova técnica apurada descansa no Laudo Pericial de Exame Cadavérico de fls. 7, que atestou o falecimento de Maria Rosita Furquin Carmargo, ocorrido em razão de “queimaduras de 4º grau com carbonização do corpo”, produzida por meio de fogo; pelo Exame de Levantamento em Local de Incêndio com Vítima Fatal de fls. 25/27, que, rejeitando a possibilidade de o incêndio haver sido natural, concluiu por não descartar a hipótese de ter sido ocasionado criminosamente.

O acusado Lucas, quando inquirido na fase administrativa, na presença de duas testemunhas (fls. 20 e verso), informou que em 26/4/1995, após sair da casa de sua tia Eliane, isto por volta das 22h30min, dirigiu-se a um bar, onde ficou até as 2h30min, quando retornou à casa de sua tia, a fim de adentrar na residência da víti-



ma que morava nos fundos, numa edícula, “com a intenção de praticar furto e também se possível vir a manter um relacionamento sexual com dita senhora”. Diz que adentrou por uma janela sem vidro que havia na casa, tendo a vítima acordado, “momento em que o declarante, com uso das mãos, segurou-a pelo pescoço, e ali, com a mesma debatendo-se veio a manter um relacionamento sexual; (...) que ali mantendo o ato sexual, veio o declarante por matar a vítima, pois que veio a apertar com força sua mão, até que a vítima desfalecesse no local; que após (...), foi o declarante até o banheiro, limpou-se, e, saindo, foi até a casa de sua tia, no mesmo terreno, onde sabendo que uma porta dos fundos, na cozinha, tem acesso por fora, veio a entrar na casa, onde pegando uma faca, retornou à casa da vítima, e ali veio por desferir vários golpes na vítima, na altura do pescoço e corpo; (...) que depois de ver o que tinha praticado, veio o declarante a tentar encobrir seu crime, ateando fogo na casa, isto através de um botijão de gás” (o grifo é nosso). Declarou também, na oportunidade, que já havia colocado fogo em outras duas residências, uma na cidade de Ituporanga/SC e outra localizada no Bairro Floresta, nas proximidades do Clube Vera Cruz, em Joinville. Findou afirmando que havia comentado com seus familiares que teria ateado fogo na residência da vítima fatal.

Bem verdade que quando interrogado, negou houvesse praticado os crimes denunciados, veiculando versão de que a casa da vítima seria frequentada por adeptos da “macumba”, a quem atribuiu a autoria das infrações (fls. 53/54).

Eliane Correa Agra, tia do acusado, arrolada como testemunha de acusação, relatou que Lucas, “...quando um dos irmãos dele perguntou se ele havia colocado fogo na casa da Dona Rosita, este respondeu: ‘se foi (sic) eu quem queimou aquela velha, ninguém tem nada com isso’, tendo inclusive dito ‘além de ter matado a velha o espírito dela ainda me persegue (sic)...’” (fls. 9 e verso, grifamos).

Nesse norte são também as declarações dos demais testigos arrolados pelo representante do Ministério Público, a saber: a própria mãe do apelado, Ana de Oliveira, ouvida a fls. 13 verso e a fls. 69; Oswaldo David Gaudert e Maurício Steuernagel, irmãos de Lucas, que igualmente confirmam a frase acima transcrita, dita pelo réu perante toda a família, quando inquiridos a fls. 11 e fls. 70; fls. 12 e fls. 79, respectivamente.

No caso em apreço, não obstante a negativa do réu em Juízo, não há como se desprezar a confissão de culpa feita anteriormente, pois indemonstrada a existência de qualquer coação ou sevícia para que prestasse aquelas declarações, as quais se harmonizam com a prova oral coletada e com os elementos circunstanciais amealhados.

Contudo, há que se proceder a correta classificação dos fatos narrados na peça inicial acusatória.

3 — Ora, não há como se admitir a ocorrência da causa especial de aumento descrita no parágrafo único do art. 223 do CP, relativamente ao delito de estupro, sendo imperativo corrigir-se a capitulação das condutas descritas na inicial acusatória, uma vez que esta narra ação típica enqua-

drável no art. 121, § 2º, III e V, do CP, da competência do Tribunal do Júri, e não no art. 213 c/c art. 223, parágrafo único, do CP, da competência do Juízo singular.

Na lição do saudoso e sempre lembrado Nelson Hungria, a agravante é admissível somente quando “o resultado morte ou mesmo lesão corporal grave deriva da imprudência, da precipitação, da inconsiderada sofreguidão do agente” (“Comentários ao Código Penal”, vol. VIII, pág. 232), aduzindo que somente um “sadista requintado pode querer matar outrem para fim libidinoso; mas, em tal caso, o que há a reconhecer, indubitavelmente, não é a forma qualificada de crime sexual, mas um homicídio qualificado pelo fim torpe (art. 121, § 2º, letra a — sic), ficando o agente sujeito (se não ocorreu a irresponsabilidade), à pena de 12 a 30 anos” (pág. 233).

Finaliza citando várias hipóteses, dentre elas a de letra c: “O agente, procurando abafar os gritos da vítima com um travesseiro e tentando anular-lhe os movimentos, por compressão do tórax, causa, inadvertidamente, a sua morte por asfixia mecânica”, concluindo que, nesta hipótese, “o agente não quis, direta ou eventualmente, o resultado lesivo ou letal. No seu alvoroço de lascívia, foi grosseiramente imprudente, é certo; mas não se representou, visando-o ou ratificando-o ex ante, o deplorável efeito” (ob. cit., pág. 234, grifamos).

Nesta mesma linha, a doutrina de Heleno Cláudio Fragoso, ao afirmar que a disposição do parágrafo único do art. 223, quando “do fato resulta a morte”, cuida de “resultados preterdolosos, já previstos como con-

dição de maior punibilidade de numerosos outros crimes. Os eventos morte e lesões corporais graves não devem ser queridos, nem mesmo eventualmente pelo agente. São resultados praeter voluntatem, que devem ter sido causados culposamente (sendo, pois, inaplicáveis quando resultarem de caso fortuito)” (“Lições de Direito Penal”, vol. II, pág. 38, 1984, o grifo é nosso).

No caso, muito embora tenha o apelado afirmado, na fase inquisitorial, que a vítima teria morrido em razão da força que empregou para consumar o ato sexual, disse também que, após constatar o desfalecimento desta, apossou-se de uma faca e desferiu vários golpes no corpo inerte, vindo, em seguida, a incendiar a residência, descaracterizando à evidência o preterdolo exigido para a tipificação do parágrafo único do art. 223 do CP.

4 — De mais a mais, o Laudo Pericial de Exame Cadavérico de fls. 7 atesta que a vítima morreu em decorrência de “queimaduras de 4º grau com carbonização do corpo”, produzida por meio de fogo, e o Exame de Levantamento em Local de Incêndio com Vítima Fatal, descreve que “o corpo da vítima fatal encontrava-se ao lado do local onde existia a cama, na parte central da edificação, em decúbito lateral esquerdo, com a cabeça voltada para o lado da cabeceira da cama, apresentando-se carbonizado, com os membros superiores flectidos em direção ao rosto e inferiores ligeiramente flectidos, com exposição de vísceras” (fls. 24).

O renomado Hélio Gomes, acerca da causa mortis identificada, ensina:

“Carbonização — Na carbonização os sinais que o cadáver apresenta diferem tanto dos outros, que é necessário fazer descrição em separado.

“O cadáver adquire posição especial, chamada atitude de boxeador. Os antebraços se fletem levemente sobre os braços e são trazidos para a frente do tórax, ao mesmo tempo que as mãos se fecham. Enquanto isso, os membros inferiores afastam-se entre si, e fletem-se levemente ao nível da articulação do joelho” (“Medicina Legal”, págs. 517/518).

Afrânio Peixoto, por seu turno, explicita:

“No cadáver as queimaduras exigem preliminarmente a elucidação, se foram feitas em vida, ou ocorreram já cessada esta. A inspecção externa pode imediatamente fornecer indícios reveladores. O estado das vestes mais ou menos atingidas pelas chamas, apresentando os efeitos particulares à sua natureza (seda, lã, pelica, couro, barbatanas etc.) deve ser investigado. A posição e atitude do cadáver oferecem às vezes informações notáveis. Os incêndios dos grandes teatros, da Ópera Cômica, do Ringtheater e do Bazar de Caridade, em Paris e Viena, não há muito tempo, permitiram a apreciação de atitudes especiais, comparadas à atitude de combate ou de boxe, que a retracção das partes moles nas primeiras fases da carbonização dá aos mortos. É observação corrente” (“Medicina Legal”, Liv. Francisco Alves, 3ª ed., Rio, 1918, pág. 175).

Concluindo, diz:

“As queimaduras muito superficiais não deixam, no cadáver, vestígios

de sua origem vital, por cessar o rubor congestivo que as denunciava e tender todo o sangue à hipóstase. Nas queimaduras mais profundas permanecem na morte os sinais evidentes da reacção vital que as acompanhou. As queimaduras feitas no cadáver podem dar lugar à bolha serosa, à dureza e dessecação da pele, à carbonização mesmo sem nenhuma reacção orgânica que torne possível a confusão” (ob. cit., pág. 178).

Levando-se em conta o laudo pericial que atestou o estado em que se encontrava o corpo da vítima — na posição típica descrita pelos doutores em Medicina Legal, chamada atitude de boxeador — de se concluir que, não obstante pudesse mesmo estar desfalecida, ferida pelos golpes de faca que o acusado asseverou ter desferido, poderia ainda estar viva, quando o fogo consumiu seu corpo, por ato do réu, devendo, portanto, dar-se nova classificação à conduta do agente narrada na peça inaugural, pois o que se verificou não foi um estupro na sua forma agravada, mas sim um estupro na sua forma simples em concurso material com o crime de homicídio qualificado pelo emprego de asfixia e/ou fogo e para assegurar a impunidade de outro crime (o estupro).

5 — E, como já se decidiu, “esta posição, de redefinição dos fatos descritos na denúncia, pode ser tomada em Segunda Instância em recurso do réu mesmo porque é sabido, consoante antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que ‘O réu defende-se do fato que lhe é imputado na denúncia ou queixa e não da classificação jurídica feita pelo MP, ou querelante’ (HC n. 61.617-8—SP, j. 4/5/84, apud ‘As Nulidades no Proces-

so Penal', dos Profs. Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, 3ª ed., Malheiros, 1994, pág. 173), sendo inadmissível condenação por fato diverso (JTACrimSP 69/309).

"No caso está-se cuidando de mera classificação jurídico-penal dispositiva do fato (vide Fernando de Almeida Pedrosa, 'Processo Penal: O Direito de Defesa', 2ª ed., RT, 1994, pág. 274), nada obstaculizando a alteração da classificação na sentença, dando-lhe a que é correta (até mesmo em hipótese em que a sanção a ser infligida possua maior vulto ou duração (...)).

"(...) a situação dos autos não cuida das providências do art. 384 e seu parágrafo único do Código de Processo Penal, porque não há modificação fática (o que é vedado à Segunda Instância, consoante o verbete n. 453 da Súmula do Supremo Tribunal Federal), ocorrendo apenas simples modificação normativa, devolvida a este grau de jurisdição pelo recurso de apelação" (do corpo do acórdão proferido nos autos da Ap. Crim. n. 96.003637-7, de Itajaí, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 27/8/96).

Destarte, se a denúncia muito embora concluindo pela violação ao art. 213 c/c art. 223 parágrafo único (resultado morte), do CP, descreveu estupro na sua forma simples em concurso material com homicídio qualificado, e tendo havido recurso do Ministério Público, em razão da absolvição ocorrida em Primeira Instância, não inibe a Súmula 453 do STF que, no Juízo de apelação, se dê nova definição jurídica ao fato, dada a

aplicabilidade do art. 383 do CPP, neste Grau de Jurisdição.

Do Supremo Tribunal Federal, nesse norte, coleta-se:

"Habeas corpus. Acusado denunciado por prática do crime de sedução. Desclassificação, na Superior Instância, do fato delituoso para corrupção de menores. Possibilidade. Os elementos caracterizadores do crime em questão estavam contidos implicitamente na denúncia. Aplicação do art. 383 do Código de Processo Penal. Exame aprofundado da prova inviável através do writ. Pedido indeferido" (HC n. 54.554/MG, rel. Min. Thompson Flores).

De nosso Tribunal, em caso análogo:

"Apelação criminal. Apropriação indébita. Denúncia capitulada em furto. Desclassificação operada em Segunda Instância. Admissibilidade. Não incidência da Súmula 453 do STF.

"Se a denúncia, conquanto concluindo com o art. 155 do Código Penal, descreveu exatamente caso de apropriação indébita, e tendo havido recurso do Ministério Público, não inibe a Súmula 453 que, no juízo de apelação, se dê nova definição jurídica ao fato" (Ap. Crim. n. 29.534, de Itaiópolis, deste Relator, j. em 23/9/94).

6 — Na hipótese presente, entretanto, em se tratando de crime da competência do Tribunal do Júri, para que não haja supressão de instância, impõe-se a anulação da sentença absolutória, com o retorno dos autos à origem, a fim de que se dê cumprimento ao disposto nos arts. 406 e seguintes do CPP.

Nesse direcionamento, a seguinte decisão, proferida recentemente:

“Latrocínio — Crime complexo — Delito não caracterizado — Subtração patrimonial sequer tentada — Denúncia que descreve tão-somente atos preparatórios do crime de furto e posterior homicídio — Possibilidade de adequação da classificação jurídica — Aplicação do art. 383 do Código de Processo Penal — Sentença anulada — Recurso provido.

“Sendo o latrocínio crime complexo, em que se conjugam um delito de roubo e um homicídio, não ocorrendo nem ao menos tentativa de subtração, a morte da vítima não pode ser considerada como meio à ofensa patrimonial, o que, por si só, afasta a possibilidade de sua caracterização.

“Mesmo em caso de recurso exclusivo da defesa, é lícito ao Juízo ad quem alterar a classificação da denúncia, se esta descreve detalhadamente o novo tipo penal. Nessa hipótese, em se tratando de delito da competência do Tribunal do Júri, impõe-se a anulação da sentença e o retorno dos autos à comarca de origem

para dar cumprimento ao disposto nos artigos 406 e seguintes do CPP” (Ap. Crim. n. 98.000579-5, de Joaçaba, rel. Des. Paulo Gallotti, j. em 31/3/98).

7 — Por todo o exposto, a Câmara conhece do recurso ministerial, dando-lhe provimento parcial para anular a sentença absolutória proferida, determinando-se que, em consequência da nova classificação dada aos fatos descritos na exordial acusatória, retornem os autos à origem, a fim de que sejam tomadas as providências previstas nos arts. 406 e seguintes do CPP.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Nilton Macedo Machado, e lavrou parecer, pela ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vidal Vanhoni Filho.

Florianópolis, 14 de dezembro de 1999.

*Alberto Costa,*  
*Presidente;*  
*Jorge Mussi,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.016777-1, DE URUBICI**

**Relator: Des. Jorge Mussi**

*Crime contra o patrimônio — Furto — Confissão do réu na fase policial e na judicial aliada à apreensão da res furtiva em sua residência — Absolição impossível — Decreto condenatório mantido.*

*Furto — Repouso noturno — Delito cometido por volta das 20 horas, em horário de verão — Exclusão da causa de especial aumen-*

*to prevista no § 1º do art. 155 do CP — Desclassificação para a modalidade simples.*

*“O critério para se aferir o repouso noturno é variável e deve obedecer aos costumes locais relativos à hora em que a população se recolhe e a em que desperta para a vida cotidiana” (RT 593/431).*

*Dosimetria — Agente que contava com menos de 21 anos à data dos fatos criminosos — Reconhecimento da atenuante da menoridade — Adequação da pena.*

*Recurso parcialmente provido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.016777-1, da comarca de Urubici (Vara Única), em que é apelante José Edineu de Lima, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso para desclassificar a imputação para furto simples, adequando-se a pena privativa de liberdade para 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, em regime aberto.

Custas legais.

1 — Na comarca de Urubici (Vara Única), José Edineu de Lima foi denunciado como incurso nas sanções do art. 155, § 1º, do Código Penal, porque, consoante se infere da peça inaugural de fls. 2 e 3:

“No início do mês de dezembro/98, em dia incerto e após as 20 horas, o denunciado — aproveitando-se da ausência dos moradores e de uma janela que não oferecia resistência para ser aberta — ganhou o interior da residência localizada na Rua Manoel Saturnino de Souza (ao lado

do C.E. Araújo Figueiredo), nesta Cidade, pertencente à vítima Adriana Lenice Nunes da Silva. Dali, livre e conscientemente, com animus furandi, subtraiu para si: 1 (um) controle remoto de aparelho de som marca Phillips, 1 (um) porta CD's e 17 (dezesete) CD's (Termos de Apreensão de fls. 7/8)”.

Concluída a instrução criminal, restou condenado à pena de 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime fechado, negada qualquer substituição ou o sursis, e ao pagamento de 15 dias-multa, cada qual no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à data dos fatos, por violação ao art. 155, § 1º, do Estatuto Repressivo, sendo-lhe negado o direito de apelar em liberdade.

Irresignado com a prestação jurisdicional entregue, recorreu, tempestivamente e com fundamento no art. 593, I, do Código de Processo Penal, pretendendo sua absolvição; alternativamente, pugna: pela minoração da pena-base que lhe foi aplicada, já que era tecnicamente primário à época do delito; pelo reconhecimento da atenuante da menoridade; e pela desclassificação do crime de furto noturno (art. 155, § 1º, do CP) para a mo-

dalidade prevista no caput do mesmo artigo.

Rebatido o recurso, os autos ascenderam a este Grau de Jurisdição, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pela conversão do julgamento em diligência, a fim de que fosse o réu intimado pessoalmente da sentença, bem como esclarecida a sua situação carcerária.

Acolhido o requerimento ministerial (Despacho de fls. 81) e cumprido o solicitado (Certidões de fls. 86 e 87), o Parquet ad quem manifestou-se pelo provimento parcial do apelo, para que seja reconhecida a atenuante da menoridade (art. 65, I, do CP) em favor do acusado.

É o relatório.

2 — No mérito, é de ser provido, em parte, o reclamo recursal da defesa para efetuar-se a desclassificação do crime de furto noturno para a sua forma simples.

A materialidade restou sobejamente comprovada pelo Boletim de Ocorrência de fls. 7, pelo certificado no verso do Mandado de Busca e Apreensão de fls. 9, pelo Termo de Apreensão de fls. 10, pelo Auto de Exibição e Apreensão de fls. 11, pelo Laudo Pericial de fls. 13, pelo Termo de Reconhecimento e Entrega de fls. 18 e pelo Auto de Avaliação de fls. 21.

No que concerne à autoria, esta é incontestada, pois o que se denota do processado é que o apelante confessou a prática do delito, tanto na fase policial (fls. 14) quanto na judicial, assinalando que: "...efetivamente o interrogando furtou os objetos constantes do termo de apreensão de fls. 7/8; que por ocasião dos fatos após tomar alguns copos de vinho no bar de Gas-

parino, quando se dirigia para sua casa, avistou que a casa da vítima estava desabitada, momento em que aproveitou para praticar o furto..." (fls. 32).

Ademais, observa-se que apesar de ter pugnado pelo reconhecimento de sua inocência, deixou de fundamentar ou produzir qualquer prova que pudesse amparar a pretensão absolutória; e, tendo em vista o elenco probatório apurado durante a instrução criminal e a confissão da manobra ilícita praticada pelo acusado, além de ter sido a res furtiva encontrada em sua residência, outra medida não resta senão a manutenção de sua condenação.

Da mesma forma já decidiu este Sodalício:

"Furto simples — Res furtiva apreendida na posse do agente — Confissão extrajudicial — Materialidade e autoria suficientemente comprovadas pelo elenco de provas colhido — Absolvição impraticável (...)" (Ap. Crim. n. 98.009273-6, da Capital, deste Relator, j. em 27/10/98).

Ainda nesse vértice:

"Furto qualificado pelo concurso de agentes — Apelante confesso e encontrado na posse da res furtiva — Materialidade e autoria plenamente comprovadas — Absolvição inviável (...)" (Ap. Crim. n. 98.006087-7, de São José, deste Relator, j. em 8/9/98).

3 — Por outro lado, merece reforma a decisão monocrática, no que diz respeito à aplicação da causa de especial aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal, posto que não restou comprovado ter sido o furto cometido durante o repouso noturno.



Em que pese a sentença ter mencionado que o réu confessou ter praticado a subtração durante a noite, isto isoladamente não se faz suficiente para agravar o delito de furto, no caso.

É que o próprio Estatuto Repressivo prevê que “a pena aumentase de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno” (art. 155, § 1º), e não durante a noite, como consignou o decreto condenatório. Isso porque, na concepção adotada pelo nosso Código, a palavra “noite” não necessariamente corresponde ao repouso noturno.

A respeito, esclarece o jurista Magalhães Noronha:

“Nas velhas leis, tornou-se vivo o debate sobre o que se devia entender por noite. De modo geral, as opiniões agrupavam-se em duas classes: uma considerando a noite sob um critério físico-astronômico, e outra por um critério psicossociológico.

“Optou nossa lei por esse último, evitando qualquer discussão com o emprego da palavra noite e usando taxativamente a expressão repouso noturno. Este é o espaço de tempo em que a cidade dorme. Não se confunde com o pôr e o nascer do sol. Ninguém, por certo, afirmaria que um furto cometido em São Paulo, às vinte horas, tê-lo-ia sido durante o repouso noturno” (“Direito Penal: Dos crimes contra a pessoa e Dos crimes contra o patrimônio”, 21ª ed., São Paulo, Saraiva, vol. 2, 1986, pág. 227).

E continua:

“Para nós, existe a agravante quando o furto se dá durante o tempo em que a cidade ou local repousa, o que não importa necessariamente se-

ja a casa habitada ou estejam seus moradores dormindo. Podem até estar ausentes, ou desabitado o lugar do furto. A Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 parece dar-nos razão: ‘É prevista como agravante especial do furto a circunstância de ter sido o crime praticado durante o período do sossego noturno’. Período de sossego noturno é o tempo em que a vida das cidades e dos campos desaparece, em que seus habitantes se retiram, e as ruas e as estradas se despovoam, facilitando essas circunstâncias a prática do crime” (op. cit. pág. 229).

No mesmo sentido, leciona Julio Fabbrini Mirabete:

“Repouso noturno é expressão que não se confunde com noite, mas o período em que, pelos costumes locais, é o tempo entre a hora em que a população se recolhe e a em que desperta para a vida cotidiana” (“Código Penal Interpretado”, 1ª ed., São Paulo, Atlas, 1999, pág. 908).

Desta posição não diverge a jurisprudência:

“Furto — Repouso noturno — Agravante não caracterizada — Crime ocorrido por volta de 21h de um sábado, quando os cidadãos se divertiam num baile que se realizava nas proximidades do local — Cancelamento da mesma — Revisão deferida — Inteligência do art. 155, § 1º, do Código Penal.

“O repouso noturno previsto no § 1º do art. 155 do Código Penal não se identifica com a noite e sim com ‘o tempo em que a cidade ou local repousa’” (RT 423/449).

Por derradeiro:

“O critério para se aferir o repouso noturno é variável e deve obedecer aos costumes locais relativos à hora em que a população se recolhe e a em que desperta para a vida cotidiana” (RT 593/431).

Não obstante isso, ainda impende asseverar que o crime foi cometido por volta das 20 horas (como relata o próprio acusado em depoimento que prestou na fase investigatória), no mês de dezembro do ano de 1998, em que vigorava o horário de verão.

Portanto, e como argumentou a combativa defesa, impossível admitir-se que em qualquer cidade do Estado, no período supracitado, as pessoas da localidade já estivessem recolhidas às suas casas e que estivesse a população do município de Urubici em “repouso noturno”, enquanto ainda praticamente acobertada pela luz solar.

4 — Melhor sorte não lhe assiste no tocante ao pedido de reforma da pena-base que lhe foi imposta.

Não há efetuar qualquer reparo no decísum, nesse particular, pois corretamente dosada e aplicada a reprimenda na primeira fase, tendo em vista que as circunstâncias judiciais não foram totalmente favoráveis ao apelante, uma vez que apresentou elevado grau de culpabilidade, posto que sabia ser sua conduta contrária aos princípios legais e consuetudinários, e apesar de não registrar antecedentes, sua conduta social apresenta-se reprovável e a personalidade mostra-se totalmente voltada à prática delituosa, haja vista os inúmeros inquéritos, termos circunstanciados, autos de investigação de atos infracio-

nais e processos crimes a que responde e já respondeu (fls. 17 e 28); o motivo que o levou a cometer o crime foi o desejo de obtenção de lucro fácil; as circunstâncias foram normais à espécie, não sendo graves as consequências, pois a res furtiva foi quase toda recuperada; o comportamento da vítima em nada contribuiu para a consecução do ilícito.

Portanto, a pena-básica deve ser mantida nos termos em que foi fixada na sentença de Primeiro Grau, ou seja, em 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa.

Na fase intermediária, reconhece-se presente a atenuante da menoridade, pois o acusado contava com apenas 19 anos de idade na época dos fatos (Termo de Interrogatório, Qualificação e Progressão de fls. 14), razão pela qual mitiga-se a reprimenda em 6 (seis) meses. Conserva-se a diminuição de 3 (três) meses em razão da confissão espontânea e, apesar de sopesar em seu desfavor a agravante da reincidência (Certidão de fls. 27), deixa-se de considerá-la, haja vista que não foi reconhecida na decisão monocrática, e, porque agora, em sede de recurso exclusivo da defesa não se pode fazê-lo, sob pena de incidir-se em reformatio in pejus. Assim permanece em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, nesta etapa.

Como foi afastada a causa de especial aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal, e ante a inexistência de outras circunstâncias a se considerar, torna-se a sanção definitiva em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de

reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa.

Não se concede ao apelante qualquer substituição da pena corpórea que lhe foi imposta, em virtude de sua culpabilidade, conduta social e personalidade não indicarem que a medida seja suficiente à sua recuperação e ressocialização, além de constatado que é reincidente específico na prática de crimes contra o patrimônio (art. 44 e seguintes, e 77 e seguintes do Código Penal).

Fixa-se o regime aberto para o cumprimento da sanção, tendo em vista o quantum da reprimenda aplicada e porque, embora caracterizada a reincidência, não se pode levá-la em consideração nesta Instância, posto que não restou reconhecida no decreto condenatório.

5 — Pelo exposto, dá-se provimento parcial ao recurso defensivo, para excluir-se da condenação a causa de especial aumento descrita no § 1º

do art. 155 do Código Penal, desclasificando-se, por consequência, o crime para a sua forma simples, e para reconhecer-se a atenuante da menoridade, adequando-se, conseqüentemente, a pena para 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, mantida no mais, a sentença prolatada em Primeiro Grau.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Nilton Macedo Machado, lavrando parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 23 de novembro de 1999.

*Alberto Costa,*  
*Presidente;*  
*Jorge Mussi,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.018385-5, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Francisco Borges**

*Apropriação indébita. Delito caracterizado. Sentença confirmada.*

*É consabido que o elemento subjetivo da apropriação indébita assenta-se na intenção do agente em inverter o título da posse ou detenção para o domínio.*

*A conduta do agente que deixa de repassar valores cobrados de clientes de seu empregador e retém quantias recebidas, depositando-as em sua conta bancária pessoal e delas dispendo como se suas fossem, apropria-se indebitamente de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.018385-5, da comarca da Capital (Vara de Exceção Criminal do Estreito), em que é apelante Salésio Schmitz, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas legais.

Na comarca da Capital, Salésio Schmitz foi denunciado como incurso nas sanções do art. 168, § 1º, inc. III, c/c art. 71 do Código Penal, pela prática dos fatos delituosos, assim narrados na denúncia:

“Há dois anos atrás, não se precisando a data, Salésio Schmitz se tornou representante da firma Cerealista Souza Ltda. de propriedade de Alceu Ferreira Souza, localizada na Rua Campolino Alves, 439, Capoeiras, adquirindo função de vendedor e sendo responsável também pela cobrança das notas fiscais dos produtos vendidos.

“Nos primeiros cinco meses, Salésio prestava corretamente as contas, não ocorrendo o mesmo a partir de então. Desconfiada, a vítima procurou os clientes em débito constatando, porém, que estes já haviam pago para Salésio. O prejuízo estimado pelo proprietário ficou em R\$ 27.000,00.

“Verifica-se que de Luiz Carlos Cardoso Padaria o denunciado Salésio cobrou vários cheques, isto é, no dia 3.12.96 no valor de R\$ 290,00 (fls. 6); no dia 27/11/96 no valor de R\$ 360,00 (fls. 8); no dia 6/11/96 de R\$

557,00 (fls. 10); em 15/11/96 no valor de R\$ 357,00 (fls. 12); em 20/12/96 R\$ 343,00 (fls. 14); e, finalmente, no dia 7/12/96 no valor de R\$ 141,00. Todos os cheques eram do Besc, agência Bela Vista, São José”.

Processado o feito, o réu foi condenado às penas de 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime aberto, e de 10 dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo, sendo-lhe concedido o sursis.

Inconformado, o apenado recorreu sustentando não estar provada, estreme de dúvida, sua culpa, e ao caso aplica-se o inciso I, ou, pelo menos, o inciso IV do art. 386 do Código de Processo Penal que, se não é cristalina sua inocência, tampouco foi individualizado concretamente o elemento subjetivo, caracterizado pela vontade livre e consciente de apropriar-se.

Rebatido o recurso pelo Órgão Ministerial e pelo assistente de acusação, os autos ascenderam a este Tribunal, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

A materialidade delitiva, embora contestada pelo recorrente, está suficientemente comprovada pelos documentos de fls. 6/16 (cheques e notas fiscais) conjugados com o boletim de ocorrência de fls. 3 e demais peças que instruem o inquérito policial.

Do mesmo modo, a autoria revela-se no fato dos cheques terem sido recebidos pelo acusado de clientes da vítima e depositados na sua conta bancária, alguns a ele nominados, tudo amplamente confirmado pelas testemunhas que pagaram diversos valo-

res devidos à empresa vendedora dos produtos por eles adquiridos.

É consabido que o elemento subjetivo da apropriação indébita assenta-se na intenção do agente em inverter o título da posse ou detenção para o domínio. Assim, se o réu a quem foi confiado receber valores, na condição de empregado da empresa-vítima, não os repassou ao respectivo credor, deles apropriando-se, cometeu o delito que lhe é imputado na denúncia.

Sobre a apropriação indébita, leciona Damásio de Jesus:

“O Código Penal conceitua como apropriação indébita o fato de o sujeito ‘apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção’ (art. 168, caput). A característica fundamental desse crime é o abuso de confiança. O sujeito ativo, tendo a posse ou a detenção da coisa alheia móvel, a ele confiada pelo ofendido, em determinado instante passa a comportar-se como se fosse dono, ou se negando a devolvê-la ou realizando ato de disposição” (Direito Penal, Saraiva, São Paulo, 1993, 15<sup>a</sup> ed., vol. 2, pág. 357).

Para Paulo José da Costa Júnior, “consiste em fazer própria a coisa alheia. Não no sentido de vir o agente a obter a propriedade, o que seria juridicamente impossível, mas no de passar a conduzir-se como se fosse proprietário da coisa. Fala-se, por isso, em inversão da posse, para significar que o sujeito ativo passa a conduzir-se animo domini” (Curso de Direito Penal, Saraiva, 1991, vol. 2, pág. 105).

Por sua vez, entende Julio Fabbrini Mirabete que “A conduta típica é

apropriar-se o agente de coisa alheia móvel, ou seja, a disposição de fazer sua a coisa. Após ter a posse da coisa, legitimamente, o agente acomoda-se ao fim que tem em vista, usando-a como proprietário, sem intenção de restituí-la” (Manual de Direito Penal, Atlas, 5<sup>a</sup> ed., 1990, vol. 2, pág. 254).

Saliente-se que o apelante confirmou que os valores recebidos foram por ele depositados em sua conta pessoal, não sendo crível que sua intenção fosse apenas de depositar ou descontar os cheques no banco para entregar o numerário à vítima, até porque os mencionados valores não lhe eram repassados.

Disse o recorrente, perante a autoridade judiciária, “que os valores recebidos em cheque, o interrogando depositava em sua própria conta ou descontava junto ao caixa e entregava em dinheiro para a vítima” (fls. 49).

No entanto, Luiz Carlos Cardoso Padaria, cliente da vítima, declarou às fls. 77 que os cheques entregues ao apelante para pagamento das mercadorias foram preenchidos e assinados por ele (emitente), entretanto, não nominou o credor, a demonstrar que o denunciado preenchia-os e depositou-os em sua conta corrente, nominados em seu favor (fls. 10, 12 e 14).

Da mesma forma, a vítima Alceu Ferreira de Souza disse que o apelante trabalhou na sua empresa durante três a quatro anos e que a partir da metade desse período começou a dar justificativas e a adiar a prestação de contas.

Assim, o dolo do agente é inegável, tendo em vista que ao depositar, em sua conta bancária, os créditos devidos a seu patrão, aproveitou-se da

qualidade de funcionário da Cerealista Souza Ltda., de propriedade de Alceu Ferreira de Souza.

O delito consumou-se no momento em que o acusado apropriou-se dos valores recebidos dos clientes da Cerealista Souza, depositando-os em sua conta particular, revelando conduta incompatível com a vontade de dar o destino correto ao dinheiro recebido, dele apropriando-se em proveito próprio.

Nesse sentido, cita-se:

“A conduta do agente que deixa de prestar a sua empregadora sobre vendas efetuadas e retém as quantias recebidas, dispondo delas como se suas fossem, configura o delito de apropriação indébita qualificada, sendo irrelevante que não seja comprovado o depósito dos cheques recebidos na conta bancária do acusado, ou ainda, que este os tenha descontado diretamente no banco” (TACrimSP — AC — rel. Barbosa de Almeida — RJD 25/52, apud Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Alberto Silva Franco e Rui Stoco, vol. 1, tomo II, Parte Especial, 6ª edição, RT, pág. 2.653).

É da jurisprudência catarinense:

“Apropriação indébita. Delito caracterizado. Sentença que merece reparos quanto à condenação. Recurso improvido. Pratica o crime de apropriação indébita o empregado que, no desempenho de sua função empregatícia, recebe importância em dinheiro e a converte em proveito próprio, sem restituí-la antes do oferecimento da denúncia” (Ap. Crim. n. 25.090, de Porto União, rel. Des. Marcio Batista, DJ de 25/8/89).

“Apropriação indébita por empregado. Sentença condenatória mantida. Pratica o crime de apropriação indébita o empregado que recebe valores de devedores da empresa e os deposita em sua conta particular, gastando, depois, em proveito próprio, sem prestação de contas, sob pretenção escusa de que era credor da firma por comissões passadas” (Ap. Crim. n. 29.998, de Brusque, rel. Des. José Roberge, DJ de 21/10/93).

Vale ressaltar que a empresa tinha por costume realizar entrega de novas mercadorias, após a quitação das anteriores, concedendo, assim, maiores prazos aos clientes, o que possibilitava ao apelante, mais tempo para manejar o pagamento das notas fiscais das vendas.

Insubsistente a alegação de que o recorrente foi acusado pela prática do delito de apropriação indébita tão-somente porque ameaçou a vítima de que iria propor ação trabalhista. Versão jamais confirmada pela vítima e não há menção de que tenha proposto dita ação.

Não há dúvidas também com relação à incidência da causa de aumento de pena (Código Penal, art. 168, § 1º, inc. III), porque caracteriza a relação de confiança existente entre a empresa-vítima e o recorrente.

Com efeito, o Código Penal, no § 1º, III, do mencionado artigo, prevê como qualificadora, ou seja, o crime de apropriação indébita passa a ter um aumento na pena se, em razão do ofício, emprego ou profissão, ocorre a violação da posse material do dominus.

É que a mencionada majorante reside no dever de fidelidade por parte

de quem recebe a coisa como exercente de ofício, emprego ou profissão, como no caso sub examem.

Nesse sentido, posiciona-se a jurisprudência:

“Sempre que alguém pratique a apropriação indébita, desmerecendo a confiança genérica que necessariamente tem de inspirar como condição de seu próprio ofício, emprego ou profissão, tem-se como tipificada a qualificadora do § 1º, III, do art. 168, do CP” (RT 566/336).

“Pratica o crime de apropriação indébita o empregado que recebe cheques da devedora em pagamento de duplicatas, passando recibo, os desconta e não presta contas à empregadora, gastando o dinheiro em proveito próprio” (TACrimSP — AC, rel. Fernandes Braga, JUTACrim 80/539).

Assim, o desvio do numerário, que deveria ter sido entregue ao credor, feito em proveito próprio do acusado, fatos bem esclarecidos no decurso e fartamente comprovados nos autos quer pela prova documental fornecida pelas notas fiscais e cheques nominais quer pela prova testemunhal

inequívoca, constituem elementos irrefutáveis da qualificação do ilícito penal.

As importâncias recebidas nas transações mencionadas na sentença foram depositadas na conta particular de Salésio Schmitz e retidas em proveito próprio, jamais configurada a intenção do apelante em repassá-las para a empresa-vítima e, conseqüentemente, indubitável a presença do questionado elemento subjetivo de apropriar-se do que não lhe pertencia.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Genésio Nolli, e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 5 de outubro de 1999.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Francisco Borges,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.006312-7, DE SÃO JOSÉ**

**Relator: Des. Francisco Borges**

*Estupro cometido por policial. Violência real. Acareação. Cerceamento de defesa inócurrenre. Materialidade e autoria devidamente comprovadas. Condenação mantida.*

*Não há cerceamento de defesa no indeferimento de acareação que não é obrigatória, por caber ao prudente arbítrio do juiz decidir sobre sua pertinência, uma vez que a finalidade da instrução proba-*



*tória é a formação do livre convencimento do julgador acerca da autoria e materialidade do delito.*

*Ademais, é da essência do Código de Processo Penal expressa na sua Exposição de Motivos, que “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”.*

*O fato de a vítima ter relatado o ocorrido com riqueza de detalhes, constitui suporte suficiente para ensejar o decreto condenatório, eis que nos delitos de natureza sexual, que geralmente ocorrem na clandestinidade, sem a presença de testemunhas, as declarações da ofendida assumem importância preponderante, quando firmes e coerentes e em consonância com os demais elementos probantes contidos nos autos.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.006312-7, da comarca de São José (Vara Criminal), em que é apelante Cláudio Gilberto Ferreira da Silva, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

O representante do Ministério Público da comarca de São José ofereceu denúncia contra Cláudio Gilberto Ferreira da Silva, como incurso nas sanções do art. 213 do Código Penal, pela prática dos seguintes fatos delituosos narrados na exordial acusatória:

“No dia 20 de janeiro de 1996, por volta das 20h40min, M. A. de J. encontrava-se nas proximidades de sua residência, na Rua São Bento, em Capoeiras, Florianópolis (SC), quando dela acercou-se o policial civil

Cláudio Gilberto Ferreira da Silva, vulgo ‘Maguila’, dizendo-lhe que ela estava ‘detida’. A moça protestou, dizendo que não havia feito nada; mesmo assim, ‘Maguila’ dizia que iria levá-la a uma Delegacia de Polícia e, de tanto insistir, M. A. acabou entrando no carro do policial, uma Caravan de cor verde.

“No entanto Maguila não levou M. A. para Delegacia alguma; conduziu-a, sim, até um matagal, nas proximidades da garagem de uma empresa de ônibus, onde declarou sua verdadeira intenção, qual seja, a de manter com ela conjunção carnal. ‘Maguila’ dizia que se ela não cedesse ele a levaria para uma Delegacia sob acusação de crime e ‘seria a palavra dela contra a de um policial’.

“Nesse momento, percebendo que não seria voluntariamente atendido, Maguila passou a espancar a moça com socos, ao tempo em que levantava-lhe a blusa, beijando-lhe os seios, enquanto lhe falava: ‘os teus

seios são lindos, sabias vagabunda?' Ainda dentro do carro, Maguila retirou a bermuda e empurrava a cabeça da pobre vítima contra seu pênis. Ela resistia com as forças que ainda lhe restavam, pois o verdugo a havia espancado muito (vide laudo pericial de fls. 8).

"De súbito, premido pela selvageria de seus instintos, Maguila resolveu levar M. A. para um motel. Para fazê-la seguir com ele, Maguila ameaçou de prendê-la por porte de tóxico, mostrando-lhe um 'pó branco' que havia no cinzeiro e também a mantinha sob a mira de um revólver. Em seguida, dirigiu-se ao Motel Las Vegas, situado nesta cidade de São José, e, tendo alugado um quarto, levou a subjugada para dentro, atou-lhe as mãos com um lençol e ali manteve com ela conjunção carnal. Durante o ato, Maguila reiterava as ameaças, acrescentando que se ela o denunciasse ele a mataria; e tornava a surrar a sua presa até saciar-se de violência.

"Por volta de 1h20min do dia seguinte (domingo), o denunciado, passando pela Via Expressa, parou a Caravan no acostamento, abriu a porta do carro e empurrou M. A. para fora, deixando-a caída à beira do asfalto" (fls. 2/3).

Instruído o feito, sobreveio a sentença que julgou procedente a denúncia para condenar o réu à pena de 8 anos de reclusão, em regime fechado, por infração ao disposto no art. 213, c/c art. 61, II, g, ambos do Código Penal, e declarar a perda da função pública de policial civil como efeito da condenação criminal, com base no art. 92, I, do referido Codex.

Inconformado, o réu apelou, ar-  
güindo, em preliminar, cerceamento de defesa, eis que indeferida a realização de acareação e de exames periciais, além da ausência de intimação da defesa do despacho que as dene-  
gou.

No mérito, alega que as declarações da vítima em Juízo contrariam o depoimento realizado na fase investigatória; que são parciais as testemunhas arroladas pela acusação; e que as testemunhas arroladas pela defesa, cujo pedido foi indeferido pelo Dr. Juiz, poderiam elucidar a trama forjada para condenar o apelante. Afirma que a materialidade não restou demonstrada, pois não realizado exame para verificar se o esperma encontrado na secreção vaginal da vítima era do apelante.

Pugnou pela anulação do processo ou, na hipótese de não serem acatadas as preliminares, pela total reforma da sentença monocrática.

Contra-arrazoado o recurso, ascenderam os autos a esta egrégia Corte, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinado pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

É o relatório.

Antes de proceder à análise das preliminares suscitadas, oportuno frisar-se que na elaboração do atual Código de Processo Penal houve, por parte do legislador pátrio, acentuada preocupação em relação às nulidades processuais, com o objetivo de que a formalidade não seja vista como um fim em si mesma, mas como instrumento para formação de sentença justa, baseada na verdade real.

É o que se depreende da Exposição de Motivos:

"...o projeto é infenso ao excessivo rigorismo formal, que dá ensejo, atualmente, à infindável 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 espiolhar nulidades. É consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou à 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 insusceptível a nulidade.

"Fora desses casos, ninguém pode invocar direito à irreduzível subsistência da nulidade" (Código de Processo Penal, Exposição de Motivos, 39ª ed., Saraiva, São Paulo, 1999, pág. 15).

Improcede o alegado cerceamento de defesa em face do indeferimento da acareação entre a vítima e uma das testemunhas, porquanto essa diligência não é obrigatória, cabendo ao prudente arbítrio do juiz decidir sobre sua pertinência, uma vez que a finalidade da instrução probatória é a formação do livre convencimento do julgador acerca da autoria e materialidade do delito.

No dizer de Julio Fabbrini Mirabete, "Acarear (ou acoroar) é por em presença uma da outra, face a face,

pessoas cujas declarações são divergentes. A acareação é, portanto, o ato processual consistente na confrontação das declarações de dois ou mais acusados, testemunhas ou ofendidos, já ouvidos, e destinado a obter o convencimento do juiz sobre a verdade de algum fato em que as declarações dessas pessoas forem divergentes" (Processo Penal, 3ª ed., Atlas, São Paulo, 1994, pág. 298).

No caso em tela, não se acha comprovada a suposta divergência entre os depoimentos de A. F. S. (fls. 280) e da vítima, pois, como bem observa o douto representante do Órgão Ministerial, "A acareação pretendida entre a testemunha e a vítima é matéria inusitada, pois o que se pretendia era o reconhecimento da vítima, pela testemunha" (fls. 416).

De qualquer sorte, ainda que houvesse divergência entre os testigos, a realização de acareação não é obrigatória, cabendo ao prudente arbítrio do juiz a decisão sobre o seu deferimento, uma vez que a finalidade da instrução probatória é convencer o julgador acerca da autoria e materialidade do fato delituoso, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial:

"Prova. Acareação. Indeferimento do pedido pelo juiz. Admissibilidade. Nulidade. Inocorrência.

"A acareação é providência conferida ao prudente arbítrio do juiz, titular do livre convencimento essencial à formação da vontade judicial, sendo certo que, entendendo o julgador, desnecessário o confronto entre réu e vítima, o indeferimento do pedido de acareação não inquina o feito de nulidade" (Ap. Crim. n. 1.006.959, rel. Renato Nalini, 11ª Câm., TACrimSP,

JUIS — Jurisprudência Informatizada Saraiva — v. 11).

Desta Corte colhe-se:

“Apelação criminal. Tráfico de entorpecentes. Preliminar de nulidade por cerceamento de defesa ante indeferimento de acareação. Inocorrência. Providência facultativa sujeita ao prudente arbítrio do Magistrado” (Ap. Crim. n. 98.006259-4, de Xanxerê, rel. Des. Genésio Nolli, DJ de 2/10/98).

“Apelação criminal — Preliminar de nulidade do processo por cerceamento de defesa ante o indeferimento da realização de acareação entre os acusados — Desnecessidade — Nulidade afastada.

“A acareação não é providência obrigatória, cabendo a decisão pela sua realização ou não, ao prudente arbítrio do juiz, não caracterizando o indeferimento do pedido da parte cerceamento de defesa, tanto mais quando do contexto geral do processo, tal diligência resulta inoperante, já que ambos os acusados negaram o cometimento do delito na fase judicial” (Ap. Crim. n. 98.006772-3, de Canoinhas, rel. Des. José Roberge, DJ de 14/10/98).

Quanto aos exames periciais, o indeferimento era necessário diante do caráter procrastinatório da medida, sendo unísono o entendimento jurisprudencial no sentido de que “Requerida pela parte, cabe à autoridade deferir ou não a realização de perícia, conforme a considera ou não necessária para a elucidação dos fatos ou de suas circunstâncias; a lei deixa ao prudente arbítrio do juiz sua realização, devendo a parte que a deseje convencê-lo fundamentalmente da sua conveniência, evitando-se a reali-

zação de perícias desnecessárias, impertinentes e procrastinatórias” (Ap. Crim. n. 34.583, de Itajaí, rel. Des. Nilton Macedo Machado, DJ de 14/8/96).

A falta de intimação da defesa do despacho que denegou a produção das aludidas provas também não nulifica o processo, uma vez que o apelante não se insurgiu oportunamente, isto é, nas alegações finais.

Sobre o tema, leciona Julio Fabbrini Mirabete:

“Em princípio, havendo nulidade, a parte interessada deve argüi-la na primeira ocasião em que se manifestar no processo, após o ato que a prejudica, demonstrando não aceitar o ato viciado. Não obstante, o Código fixa o momento oportuno, ou a fase limítrofe para que as nulidades relativas sejam argüidas, sob pena de preclusão e conseqüentemente, de serem elas consideradas sanadas”.

E continua:

“Tratando-se da instrução criminal nos processos de competência do Juiz singular e dos processos especiais, salvo os de rito sumário e o de aplicação de medida de segurança em quase delito (hoje extinto), as nulidades devem ser argüidas ‘nos prazos a que se refere o art. 500’ (inciso II), ou seja, também na fase das alegações finais” (Processo Penal, Atlas, 3ª ed., São Paulo, 1994, pág. 575).

Na mesma linha, entende Damásio E. de Jesus:

“O CPP adotou o princípio de que as nulidades se consideram sanadas, desde que o interessado as não alegue no momento oportuno” (Código de Processo Penal Anotado, 13ª

ed., Saraiva, São Paulo, 1996, pág. 394).

Diante de sua inércia, precluiu a irresignação.

Afastadas as preliminares, passa-se à apreciação do mérito, na qual melhor sorte não socorre ao recorrente.

A alegada contradição entre os depoimentos da vítima que, na fase policial, afirmou que o apelante teria usado preservativo durante todo o ato de violência sexual e que, na fase judicial, segundo o apelante após ter conhecimento do resultado do laudo pericial que encontrou vestígios de esperma na secreção vaginal da vítima, disse que o preservativo pode ter-se rompido durante o coito, na verdade inexistiu.

Nota-se que a vítima manteve-se coerente (fls. 18, 36 e 204/207), em momento algum inovando ou modificando as declarações prestadas no inquérito policial. O fato de ignorar o rompimento do preservativo não retira a credibilidade de suas declarações.

A esse respeito, encontra-se sólido apoio jurisprudencial:

“Nos crimes contra os costumes, quase sempre praticados sem a presença de testemunhas, as declarações da ofendida têm valor probante, máxime quando encontram apoio em outros elementos de provas existentes nos autos” (RT 14/336).

“A palavra da vítima, quando coerente, embora em detalhes mínimos com leves divergências, desde que harmônica com os fatos dos autos, constitui suporte privilegiado para a condenação do agente” (Ap. Crim.

n. 31.563, rel. Des. José Roberge, DJ de 26/4/95).

“A acusação de estupro é sempre vexatória para a vítima que não a teria feito se não fosse verdadeira” (JUTACrimSP 64/161).

O fato de a vítima ter relatado o ocorrido com riqueza de detalhes constitui suporte suficiente para ensejar o decreto condenatório, eis que nos delitos de natureza sexual, que geralmente ocorrem na clandestinidade, sem a presença de testemunhas, as declarações da ofendida assumem importância preponderante, bastando para demonstrar a responsabilidade penal do réu, quando firmes e coerentes e em consonância com os demais elementos probantes contidos nos autos, como ocorreu in casu.

Colhe-se o relato da vítima M. A. de J., na fase indiciária:

“que, no última sábado, por volta das 20h40min, a declarante se encontrava nas proximidades de sua residência, no endereço descrito acima, quando foi forçada pelo Policial Civil conhecido como Maguila, a entrar no seu carro, um GM-Caravan; que, o mesmo falou que a declarante estava detida, ocasião em que a declarante disse: ‘eu não fiz nada’; que, Maguila respondeu iria levar a declarante para uma Delegacia; que, levou a declarante para um matagal ao lado da empresa Catarinense (garagem), onde disse que se a declarante ‘fizesse um amor gostoso com ele’, não iria para a Delegacia; que, a declarante como já havia sido espancada, na boca, no momento em que foi forçada a entrar no carro, disse: ‘então me leve para a Delegacia, pois eu não devo nada’; que, então Maguila respondeu: ‘na delegacia

será a tua palavra contra a de um policial'; que, a declarante então falou para o mesmo que preferia ir para a Delegacia do que ser estuprada; que, então Maguila falou: 'então tu sabes a minha fama?'; que, desse momento em diante Maguila passou a espancar a declarante e ao mesmo tempo levantar sua blusa, beijar-lhe os seios e ainda falou: 'os teus seios são lindos, sabias vagabunda'; que, Maguila falou para a declarante que colocou o irmão da mesma na cadeia e que também iria colocá-la da mesma forma; que, a declarante perguntou como e ele abriu o cinzeiro do carro onde estavam quatro papéletes com um pó branco, supostamente cocaína; que, Maguila disse que colocaria 'aquele pó' nas mãos da declarante e a levaria para o Deic; que, então a declarante pediu ao mesmo que levasse; que, Maguila no carro já tinha tirado a bermuda, sendo que empurrava a cabeça da declarante contra o seu pênis para que ela fizesse 'sexo oral'; (...) que, deu partida no carro, levando a declarante para um Motel em São José, Motel Las Vegas; que, lá pediu camisinha e um rolo de papel higiênico, colocou a camisinha, amarrou as mãos da declarante com um lençol e manteve relações sexuais com a mesma, espancando-a ao mesmo tempo; (...) que, após ter mantido relações sexuais com a declarante o mesmo falou: 'agora se tu fores na delegacia registrar queixa eu vou te matar, se não for eu serão os meus capangas; que, Maguila disse que se a declarante o denunciasses, entraria na casa da mesma e mataria ela e as duas filhas; que, Maguila durante o tempo em que permaneceu com a declarante lhe ameaçava com a arma de fogo que, o mes-

mo estava visivelmente embriagado; que, deixou a declarante na Via Expressa, por volta das 1h20min de domingo; (...) que, a declarante na hora em que foi jogada para fora do carro foi vista por um senhor que passava e a ajudou a levantar-se" (fls. 18 e verso).

Em Juízo (fls. 204/207), a vítima ratificou a versão já estampada nos autos.

Os depoimentos dos testigos arrolados pela acusação não são parciais, eis que relatam exatamente como ocorreram os fatos, sendo relevante o testemunho de O. C. (fls. 258) que presenciou a cena da vítima sendo deixada às margens da Via Expressa, bastante assustada e ferida, e que confere com a descrição do laudo pericial (fls. 12).

Além disso, reconheceu o motorista do veículo Caravan como sendo o policial civil "Maguila", consignando em Juízo:

"que numa noite estava com seu carro parado na via expressa, sentido Fpolis/São José, próximo ao viaduto da Favela Chico Mendes, estava do lado de fora do carro com uma garota, quando viu passar um veículo Caravan, pela via expressa, no sentido contrário, ou seja, São José direção Florianópolis, em alta velocidade, o motorista breiou o carro, e então pela porta do carona, caiu uma moça no acostamento da via expressa, entretanto não sabe dizer se a moça foi empurrada ou se saiu do carro e caiu no acostamento, viu então a moça caindo no acostamento, e por este motivo resolveu cruzar a via expressa para socorrer a garota, correu até o outro lado da via expressa e quando se aproxima-

mou do Caravan, viu então que o motorista deste veículo era a pessoa conhecida pelo apelido de 'Maguila', este em seguida saiu com o carro em alta velocidade, tratou de socorrer a mulher, e notou que ela tinha um hematoma no olho, sangrava nos lábios, e como o decote da blusa era avantajado percebeu que ela tinha um hematoma no seio, a mulher estava nervosa, chorava, temia que o dito Maguila voltasse, então tratou de levar a dita mulher até a casa dela, conversou com ela e esta então lhe contou que tinha sido estuprada pelo Maguila, que ele havia levado ela para um motel, havia abusado sexualmente dela, e tinha inclusive dito 'que ali ele não era Maguila mas sim um animal' (...)" (fls. 258).

A alegação de que houve uma trama para condenar o apelante, por motivo de vingança devido ao fato de o policial ter participado da prisão do irmão da vítima, e aventada com base nas declarações das testemunhas de defesa A. F. S. (fls. 280) e C. L. D. (fls. 281), não tem qualquer fundamento, salientando-se que o evento motivador deste processo ocorreu em 20 de janeiro de 1998, enquanto a prisão do irmão da vítima efetivou-se no dia 25 seguinte, portanto, quando já cometido o estupro.

Diante da possibilidade de condenação, tratou o réu de arranjar todos os álibis possíveis e inventar histórias absurdas tentando, inclusive, forjar testemunhos e situações para garantir-lhe, mais uma vez, a impunidade, tal como logrou alcançar em prática semelhante na comarca de Lages.

É esta a conclusão que se colhe do testemunho de F. C. da S., proprietário do Bar do Cal, onde o apelante alega ter estado durante toda a noite do crime:

"...compareceu no bar do declarante uma mulher de cabelos compridos e um homem barbudo mal vestido, numa VW Brasília, de cor branca, bem velha; que, este casal foi pedir ao declarante para que o mesmo, a pedido de Maguila, dissesse que o mesmo se encontrava em seu bar na noite dos fatos" (fls. 28).

Vê-se que a falta do exame para verificar se o esperma encontrado na secreção vaginal da vítima era do apelante em momento algum prejudicou o edito condenatório, eis que a evidência da autoria restou roborada pelas declarações da vítima e pelos testemunhos oitivados em Juízo que viram a ofendida ferida após sofrer a abominável agressão imputada ao apelante.

Por fim, a materialidade está consubstanciada nos laudos periciais (fls. 9 e 12) e pelas próprias palavras da vítima que, é cediço, nesses casos, constituem coeficiente probatório de ampla valoração, senão vejamos o entendimento desta Corte:

"Nos crimes contra os costumes, comprovada a materialidade, as declarações das ofendidas constituem importante elemento de convicção, principalmente quando tais delitos são praticados às escondidas" (Rev. Crim. n. 98.007356-1, de Joinville, rel. Des. Amaral e Silva, DJ de 19/5/99).

"Crime contra a liberdade sexual — Estupro — Prova — Palavra da vítima corroborada pelos demais



elementos do processo — Validade — Condenação mantida.

“A palavra da vítima, como em geral nos delitos contra os costumes, dada sua clandestinidade, surge como um coeficiente probatório de ampla valoração probante capaz de arri-mar condenação, tanto mais se tais declarações guardam perfeita harmonia com os demais elementos de convicção dos autos” (Ap. Crim. n. 99.011218-7, de Joaçaba, rel. Des. Nilton Macedo Machado, DJ de 10/9/99).

Por essas razões, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 21 de setembro de 1999.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente como voto;*  
*Francisco Borges,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.006336-4, DE CORREIA PINTO**

**Relator: Des. Francisco Borges**

*Furto qualificado. Negativa de autoria. Antecedentes. Lei n. 9.099/95, arts. 89 e 59 do Código Penal. Exegese.*

*Inegável a autoria do ilícito quando demonstrada em depoimentos firmes e consoantes com os demais elementos dos autos quanto à prática delitiva, porquanto a formação do Juízo de convicção advém exatamente do cotejo do elenco probatório.*

*Proposta pelo Ministério Público, ao oferecer a denúncia, e aceita pelo acusado, a suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/95, caracteriza óbice a que se considere o processo suspenso como mau antecedente. Até porque, não se aceitando, em face da garantia da presunção de inocência, que processos em andamento ou condenações não passadas em julgado venham a constituir maus antecedentes, seria ilógico considerar como tal processos suspensos, ainda que não exaurido o período de prova.*

*“A decisão que decreta a suspensão do processo (porque não discute a culpa) não julga o mérito, isto é, não absolve, não condena nem julga extinta a punibilidade, decorrendo então que não gera nenhum efeito penal secundário típico da sentença penal condenatória, muito menos afeta quaisquer direitos políticos” (Processo*

*Crime n. 96.002025-0, rel. Des. Nilton Macedo Machado).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.006336-4, da comarca de Correia Pinto, em que são apelantes Márcio Greik de Souza e outro, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso de Crizone Francisco de Brito, e negar provimento à apelação de Márcio Greik de Souza.

Custas de lei.

O representante do Ministério Público na comarca de Correia Pinto ofereceu denúncia contra Crizone Francisco de Brito e Márcio Greik de Souza como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, IV, do Código Penal.

Segundo a exordial acusatória, “No dia 22 de setembro de 1997, durante a madrugada, os denunciados, em acordo de vontades dirigidas ao desfalque patrimonial alheio, contando ainda com o apoio do inimputável A. C. de O. J., dirigiram-se até a residência da vítima João Pereira, localizada na Rua Haiti, 127, neste Município e Comarca e de lá, animus furandi, subtraíram uma máquina de lavar roupas, marca Enxuta, modelo Futura”.

Finda a instrução processual, sobreveio a sentença que condenou Crizone Francisco de Brito ao cumprimento da pena de 2 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 15 dias-multa, substituída por prestação de serviços à comunidade pelo período de 1 ano e 3 meses, e Márcio Greik de Souza às penas de 2 anos de reclusão

e multa de 10 dias-multa, também substituídas por um ano de prestação de serviços à comunidade ou à entidade pública.

Inconformados, os apenados recorreram, postulando a absolvição por insuficiência de provas.

Nas contra-razões, o Dr. Promotor de Justiça posicionou-se pelo desprovimento de ambas as apelações.

Alçaram os autos a esta Corte, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento dos apelos, negando-se provimento ao recurso interposto por Márcio Greik de Souza, e dando-se parcial provimento ao de Crizone Francisco de Brito, para minorar a reprimenda a ele irrogada.

É o relatório.

Não resta dúvida de que a materialidade delitiva está comprovada, embora não apreendido o objeto da subtração, à vista das peças de fls. 6 e 7, tendo em conta ainda o relato da vítima (fls. 17 e 37) e o que se depreende das declarações da testemunha Elmo Gonçalves dos Santos (fls. 35).

A propósito, já decidiu este egrégio Tribunal:

“Furto — Ausência de prova material da infração — Prova indireta — Validade — Condenação confirmada.

“A apreensão da res furtiva não é indispensável à configuração do delito de furto, desde que a prova testemunhal seja suficientemente convincente para embasar um juízo de certeza quanto à existência do bem subtraído e da autoria” (Ap. Crim. n.

30.350, de Chapecó, rel. Des. Aloysio de Almeida Gonçalves, DJ de 6/10/94).

Na mesma trilha de entendimento:

“Crime contra o patrimônio — Furto qualificado — Concurso de agentes — Negativa de autoria — Ausência de apreensão dos objetos furtados — Desnecessidade — Testemunhas presenciais do transporte e da posse tranqüila da res furtiva — Contradições irrelevantes — Alibi indemonstrado — Elenco probatório suficiente — Materialidade e autoria patenteadas — Condenação mantida — Recurso não provido.

“A apreensão do objeto subtraído não é indispensável à configuração do furto, quando a prova testemunhal apresenta-se suficientemente convincente para embasar um juízo de certeza quanto à existência dos bens subtraídos e da autoria delitiva.

“Eventuais contradições existentes nos testemunhos colhidos não elidem o restante da prova produzida, certa no sentido da culpabilidade dos acusados, mormente quando estes não trouxeram aos autos qualquer elemento a desconstituir a versão acusatória” (Ap. Crim. n. 97.008927-9, de Timbó, rel. Des. Jorge Mussi, DJ de 29/4/98).

Apesar de negada pelos acusados, a autoria também encontra-se satisfatoriamente demonstrada em farta prova testemunhal.

Elmo Gonçalves dos Santos, testemunha ocular, declarou:

“...não lembra a data, mas, devido ao furto anterior de animais em sua propriedade, o depoente foi verifi-

car seu campo, como fazia todas as noites. Por volta de uma hora da madrugada, quando retornava de seu campo e se encontrava próximo de sua casa, avistou uns rapazes a uns trezentos metros, os quais se esconderam próximos da estrada, diante da presença do depoente, o depoente foi em direção aos elementos, e, então, um dos elementos, o acusado Crizone veio falar com o depoente, afirmando que iam pescar em propriedade alheia, para furto de peixes. Em seguida, vieram mais dois elementos, o co-réu Márcio e A., o menor descrito na denúncia. Após conversar com os elementos, o depoente foi para sua casa, mas, diante do relato de sua esposa, de que os elementos estavam em atitude estranha, subindo e descendo a rua, o depoente foi até um galpão onde passou a observar os elementos por cerca de uma hora, até que, por volta das duas horas, viu quando os elementos citados passaram por cima da cerca do terreno da avó do acusado Crizone com um objeto quadrado, metálico, eis que brilhava ao reflexo da luz, não podendo identificar que objeto era esse. No dia seguinte, ficou sabedor do furto da máquina de lavar da residência da vítima João Pereira, quando então relatou o acontecido na madrugada. A casa da vítima é situada nas proximidades, na mesma rua da do depoente. Na noite seguinte, presenciou quando um Passat, de cor escura e com o pára-lama chapeado, esteve na casa de Crizone, no início da noite; que vendo que no referido veículo foi colocado um objeto no porta-malas o depoente dirigiu-se até a estrada, para anotar a placa do veículo, instante em que um elemento pulou de uma árvore, distraído o depoente

que, assim, não pôde identificar a placa. A casa do depoente fica a uns trezentos metros da casa de Crizone, mas o depoente tem uns animais em um terreno situado na frente da casa de Crizone. Sabe apenas que estavam dois elementos no carro, mas pôde identificá-los" (fls. 37).

Relatou Paulo Ramos, às fls. 10:

"...que encontrava-se conversando com vizinhos seus no bairro em que mora, sendo que algumas vizinhas suas comentavam que viram em certa noite os elementos conhecidos por 'gadeia' (menor A.), 'filho do liposki' (Crizone) e o 'alemão' (Márcio) carregando uma máquina de lavar roupa, sendo que diz que já sabia de antemão que em noite anterior havia sido furtada uma máquina de lavar roupas de uma residência próxima".

Na Delegacia de Polícia, disse a vítima João Pereira:

"...que em data de 22/9/99, de manhã, notou a falta de sua máquina de lavar roupas marca Enxuta Futura, que se encontrava na área de serviço nos fundos de sua residência, esclarecendo que o local é aberto e não houve qualquer arrombamento no local..." (fls. 17).

O menor e co-partícipe A. C. de O. J. admitiu, na presença de seu irmão e curador:

"...que é amigo dos indiciados Crizone e Márcio; (...) que na semana p. p., em data que não se recorda, por volta de 2 horas da madrugada, quando retornava com os dois citados acima para casa, foi convidado pelos mesmos para furtarem a máquina de lavar roupas do senhor João, morador da mesma rua em que reside o decla-

rante Márcio, este de alcunha 'alemão'; (...) que tal máquina encontrava-se em uma área aberta da residência, sendo que podia ser vista da rua; (...) que tanto Crizone quanto o declarante e Márcio já sabiam da existência da dita máquina de lavar roupas; (...) que ajudou a tirar a máquina para a estrada, sendo que dali para diante somente Márcio e Crizone levaram a mesma, sabendo que iriam levá-la para a casa de Crizone; (...) que não estava junto com os dois elementos citados quando foram flagrados pelo senhor Elmo em mato próximo da residência de Crizone; (...) que Márcio lhe contara posteriormente que ele e Crizone haviam vendido dita máquina, mas não soube para quem e por quanto, sendo que Márcio deu ao declarante, por ter ajudado a tirar a máquina do local do furto, a quantia de dois reais (R\$ 2,00)" (fls. 13).

É certo que, ao ser ouvido em Juízo, esse menor retratou-se, negando a versão prestada na Delegacia de Polícia, alegando tê-la feito sob agressão e ameaça. Contudo, sua retratação carece de credibilidade, diante do natural intuito de livrar seus amigos e comparsas, eis que tanto ele quanto os denunciados Crizone e Márcio foram vistos e reconhecidos pela testemunha Elmo, que a tudo presenciou, narrando a operação cujos detalhes foram secundados pelo próprio menor, na fase indiciária.

Diante desse quadro é inegável a autoria do furto qualificado cometido por Crizone Francisco de Brito e Márcio Greik de Souza, deduzindo-se que as provas produzidas obtidas, ao contrário do sustentado pelos recorrentes, são suficientes para confirmar a

sentença que os condenou, afastando-se a pretensão absolutória.

Mister ressaltar que, mesmo negada pelos acusados a autoria do ilícito, o elenco probatório é convincente quanto à prática delitiva, convidando a lembrar que a formação do juízo de convicção advém do cotejo do conjunto dos elementos contidos nos autos, a evidenciar a responsabilidade criminal dos réus.

Os julgados acima transcritos são também pertinentes para embasar essa convicção.

Contudo, há de se ajustar a reprimenda atribuída a Crizone Francisco de Brito para fixar, no mínimo legal, a pena-base que lhe é imposta.

Considerou a ilustre Sentenciante, ao analisar as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, que o acusado possui maus antecedentes e péssima conduta social, pelo fato de ter sido denunciado (21/11/96) como incurso no art. 12 da Lei n. 6.368/76, delito desclassificado para o art. 16 da mesma lei, em processo suspenso nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95, levando-os em conta, também, para definir a personalidade desse apenado como portadora de distorções.

Antecedentes do agente, explica Celso Delmanto, “são os fatos anteriores de sua vida, incluindo-se tanto os antecedentes bons como os maus. Serve este componente especialmente para verificar se o delito foi um episódio esporádico na vida do sujeito ou se ele, com frequência ou mesmo habitualidade, infringe a lei”.

E mais:

“Suspensão condicional do processo: Este novo instituto, igualmente criado pela Lei n. 9.099/95, prevê a suspensão do processo, por dois a quatro anos, para os crimes em que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano, uma vez preenchidos os requisitos previstos em seu art. 89, caput, e §§ 1º e 2º. Proposta pelo Ministério Público, ao oferecer a denúncia, e aceita pelo acusado, o processo suspenso não deverá ser considerado como mau antecedente, ainda que não expirado o período de prova. Aliás, se em face da garantia da presunção de inocência não se aceita que processos em andamento ou condenações não passadas em julgado venham a constituir maus antecedentes, seria ilógico considerar como tal processos suspensos” (Código Penal Comentado, 4ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, pág. 94).

É entendimento desta Corte:

“A decisão que decreta a suspensão do processo (porque não discute a culpa) não julga o mérito, isto é, não absolve, não condena nem julga extinta a punibilidade, decorrendo então que não gera nenhum efeito penal secundário típico da sentença penal condenatória, muito menos afeta quaisquer direitos políticos” (Processo Crime n. 96.002025-0, de Lages, rel. Des. Nilton Macedo Machado, DJ de 17/7/96).

Diante disso, os antecedentes que registra o apelante não podem ser sopesados em seu desfavor para elevar a pena-base, porquanto pode ser considerado tecnicamente primário, por não haver, contra ele, menção de condenação por sentença transitada em julgado.

Nesse passo, considerar os antecedentes, a conduta e personalidade do recorrente como maus, péssima e com distorções, respectivamente, para justificar a elevação da reprimenda-base acima do mínimo legal, não encontra amparo na realidade fática dos autos.

No tocante ao motivo que o levou à prática do delito, ou seja, a obtenção de lucro fácil, obviamente foi o típico e normal da espécie, constituindo-se a obtenção de vantagem ilícita em elemento fundamental do tipo e essencial para a sua configuração.

Assim, investigadas as circunstâncias judiciais insertas no art. 59 do Código Penal, fixa-se a reprimenda no mínimo cominado ao tipo, que, ante a inexistência de causas modificadoras, torna-se definitiva em 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, cada dia no equivalente a 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Como bem observou a Dra. Walkyria Ruicir Danielski, Promotora de Justiça convocada pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer (fls. 97): "No que tange à substituição (das penas) efetuada, verifica-se que esta foi amplamente favorável aos acusados, extrapolando a própria previsão legal, posto que, em tendo a pena privativa de liberdade sido fixada no patamar superior a 1 (um) ano, a

substituição deveria ser efetuada ou por uma pena restritiva de direitos e multa, ou por duas penas restritivas de direitos (art. 44, § 2º, do CP). Ressalte-se ainda que a pena de multa não comportaria ser englobada na substituição efetuada. Todavia, tendo a sentença transitado em julgado para a acusação, não mais se apresenta como viável o reexame de tal matéria em desfavor dos apelantes."

Por essas razões, dá-se provimento parcial ao recurso de Crizone Francisco de Brito para fixar, no mínimo legal, a pena a ele irrogada, tornando-a definitiva, ante a impossibilidade de sua redução aquém daquele limite, embora presente a atenuante da menoridade e ausentes circunstâncias especiais de aumento ou diminuição, e nega-se provimento ao recurso de Márcio Greik de Souza, mantida, no mais, a douda sentença.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Sra. Dra. Walkyria Ruicir Danielski.

Florianópolis, 31 de agosto de 1999.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente com voto;*  
*Francisco Borges,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.008670-4, DE URUBICI****Relator: Des. Maurílio Moreira Leite**

*Crime contra os costumes. Estupro. Prova duvidosa e ambígua. Declarações da ofendida que não coadunam com o resultado do laudo pericial realizado. Dúvida que favorece o agente. Absolvição que se impõe.*

*A palavra da vítima constitui, geralmente, o melhor elemento, quando não o único, que se obtém em crimes contra os costumes, geralmente cometidos às escondidas. Mas, para que seja aceita, é mister que seja segura e precisa no que declara. No caso, nada obstante a coerência das declarações da vítima, em ambas as fases processuais, estas são diametralmente opostas ao resultado do laudo pericial realizado, infundindo sérias dúvidas no espírito do julgador.*

*Assim, quando exsurge dos elementos probantes, alta dose de incerteza com relação à autoria do fato criminoso, impõe-se a absolvição, nos termos do artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.008670-4, da comarca de Urubici, em que são apelantes a Justiça, por seu Promotor, e Luiz Ermerino de Melo, sendo apelados a Justiça, por seu Promotor, e Luiz Ermerino de Melo:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso defensivo para absolver o réu com fulcro no art. 386, inc. VI, do CPP.

Custas legais.

Na comarca da Capital, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Luiz Ermerino de Melo, por infração ao disposto nos artigos 213, 214 c/c art. 226, II, do Código Penal.

Segundo narra a denúncia, o acusado, valendo-se de sua autoridade sobre sua filha S. de M., menor com 11 anos de idade, e da ausência de sua esposa, obrigou-a a manter relações sexuais completas, desvirginando-a. Este fato teria acontecido na cidade de Urubici, quando a família lá morava.

Posteriormente, já residindo na Capital, o réu, valendo-se mais uma vez da pouca resistência da criança, ofereceu-lhe a quantia de R\$ 10,00 (dez reais) para que se relacionasse sexualmente com ele, oferta que foi imediatamente refutada pela menor, sendo que esta, na oportunidade, procurou ajuda no SOS Criança, razão por que os fatos vieram à tona.

Durante a instrução, o representante do Ministério Público suscitou, perante esta Corte, conflito de ju-



risdição, declinando a competência ao Juízo de Direito da comarca de Urubici. Em julgamento, a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, determinou a competência daquele Juízo para processar e julgar o feito.

Ratificados os atos instrutórios já realizados, sobreveio a sentença de fls. 99/107, na qual restou o réu condenado à pena de 8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão por infração aos artigos 213, caput, 224, alínea a, 226, inciso II, todos do Código Penal. Foi-lhe fixado o regime fechado para o cumprimento da pena, por ser reincidente e tratar-se de crime hediondo (Lei n. 8.072/90).

Inconformados com a decisão, primeiramente o representante do Ministério Público e, após, o réu, apelaram tempestivamente, objetivando a reforma da r. sentença.

Ambos argumentam que a absolvição do acusado é medida que se impõe tomada, porquanto o conjunto probatório amealhado não traz a necessária certeza à condenação, havendo sérias dúvidas acerca da autoria do delito.

Com as contra-razões, ascenderam os autos e, nesta Instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso interposto pelo réu, por ser mais amplo, restando prejudicado o interposto pelo representante do Ministério Público.

É o relatório.

O fato descrito na denúncia é de suma gravidade. Entretanto, apesar da gravidade da acusação, não se encontram no processo provas que justifiquem condenar-se o apelante.

A materialidade restou devidamente comprovada pelo laudo pericial de fls.10, demonstrando que a vítima não era mais virgem, e os vestígios de desvirginamento eram recentes, com hiperemia do hímen.

Discute-se, pois, tão-somente a autoria.

A razão está com ambos os recorrentes.

Realmente a sentença que condenou o apelante merece ser reformada, eis que fundada em elenco probatório sobre o qual pairam dúvidas e contradições.

De acordo com os depoimentos da própria vítima, o estupro teria ocorrido quando a família ainda residia na cidade de Urubici e, segundo se tem nos autos, o fato teria acontecido aproximadamente seis meses antes da realização do laudo. Ora, passado tanto tempo da época dos fatos a existência e a constatação de hiperemia do hímen decorrente daquele ato sexual não seria mais possível, também não existiriam os vestígios de desvirginamento recente, consoante testifica textualmente o laudo confeccionado pelos peritos.

De outro lado, é entendimento dominante, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que "o processo reparador do tecido rompido pode indicar a data provável do contato sexual, e o tempo decorrido entre a data da prática do ato e a cicatrização do tecido varia de 3 a 21 dias". No caso, o resultado do laudo é diametralmente oposto e incompatível com as declarações prestadas pela vítima.

Não referiu ela que houvera sido molestada recentemente pelo pai ou por quem quer que seja. As decla-

rações prestadas pela mãe, apesar de convergirem à exposição feita pela menor, nada esclarecem a respeito da ocorrência recente de relações sexuais entre a vítima e o acusado.

Não se olvida que nos tipos de infração penal como o dos autos, quase sempre praticados às escondidas, ao abrigo de testemunhas, a palavra da vítima assume especial relevância, constituindo-se, por isso mesmo, quase sempre prova única da autoria.

Assim, ainda que se trate de menor, suas declarações são, via de regra, aproveitadas para impor a decisão. Todavia, o que se tem decidido, com firmeza, é que as declarações, para delas extrair-se a certeza acerca da autoria e autorizar a condenação, não de ser firmes, uniformes e coerentes com todo o conjunto probatório, não propiciando ao espírito do julgador qualquer dúvida.

É inquestionável e profundamente lamentável que uma criança de apenas onze anos de idade já se tenha iniciado na vida sexual, consequência da ação de desajustados moralmente.

Tudo indica que o recorrente tenha efetivamente atentado contra a infante, mas as declarações da menor acabaram por destruir aquela uniformidade necessária para impor a credibilidade da certeza que a condenação exige, isso tudo aliado ao resultado do laudo pericial.

Observa-se que a sentença condenatória criminal deve vir fundada em uma certeza incontestável, o que não ocorreu no caso em questão, favorecendo dessa forma o acusado.

Extrai-se da lição de Hélio Tornaghi que “nestes casos é que a máxima in dubio pro reo se aplica em toda a sua força. Existem, no processo, elementos que levariam a considerar o réu culpado, mas há outros que permitem supô-lo inocente. Estabelece-se a dúvida no espírito do Juiz, e nesse estado de incerteza ela absolve” (Instituições de Processo Penal, vol. 4, pág. 393 — grifei).

Ademais, “a condenação criminal somente poderá surgir diante de uma certeza quanto à existência do fato punível, da autoria e da culpabilidade do acusado. Uma prova deficiente, incompleta ou contraditória, gera a dúvida e com ela a obrigatoriedade da absolvição, pois milita em favor do acionado criminalmente uma presunção relativa de inocência” (Da Prova no Processo Penal, Ed. Saraiva, 1983, pág. 46).

Assim, dá-se provimento ao recurso para absolver o réu, com fulcro no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakís.

Florianópolis, 17 de agosto de 1999.

*Alberto Costa,*  
*Presidente com voto;*  
*Maurílio Moreira Leite,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.015712-1, DA CAPITAL****Relator: Des. Maurílio Moreira Leite**

*Homicídio e lesões corporais culposos decorrentes de acidente automobilístico. Preliminar de decadência do direito de representação no tocante ao crime menos grave. Manifestação apresentada à autoridade competente, no prazo legal. Prefacial repelida. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. Concurso formal. Necessidade de fixação das penas referentes a cada delito. Prescrição da pretensão punitiva, na forma superveniente, verificada no tocante às lesões corporais. Apelo provido parcialmente para esse fim.*

*Em se tratando de concurso formal de crimes diversos, antes de operar-se o aumento cabível deve o juiz fixar a pena de cada delito, isoladamente, a fim de viabilizar a possível ocorrência de prescrição, ou mesmo de concurso material benéfico.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.015712-1, da comarca da Capital, em que é apelante Ivonesio Paulo Fortunato, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, afastar a preliminar de decadência, e, no mérito, dar provimento parcial ao apelo para, após fixada a pena concernente ao delito de lesões corporais culposas, reconhecer a prescrição da pretensão punitiva, na forma superveniente e, mantida a condenação pelo homicídio culposo, substituir a reprimenda a este aplicada por prestação de serviços à comunidade.

Custas legais.

Na comarca da Capital, 2ª Vara Criminal, Ivonésio Paulo Fortunato foi condenado pela prática de homicídio culposo e lesão corporal culposa, em

concurso formal, por ter, no dia 5 de abril de 1996, causado acidente de trânsito do qual resultou a morte de Leonardo Murilo dos Santos e ferimentos em Luciano Lopes. A pena foi fixada em um ano e nove meses de detenção, determinado o regime aberto. O sursis foi negado, bem como a substituição da pena restritiva de liberdade por restritiva de direitos.

Da decisão, o réu foi intimado pessoalmente, quando manifestou desejo de recorrer (fls. 79).

Nas razões apresentadas às fls. 93/95 é afirmada, em preliminar, a ocorrência da decadência do direito de representação, com relação à lesão corporal, quando vitimado Luciano Lopes. Quanto ao mérito, o objetivo é a absolvição, haja vista a ausência de prova concludente acerca da culpa do recorrente para o evento, pois "a confissão do réu na polícia era imprestável por desatender requisito processual indispensável, estan-

do em ofensa ao artigo 6º, V, do Código de Processo Penal, determinante da presença de duas testemunhas de leitura, constando no termo meras rubricas, sem a identificação, qualificação e endereços, sendo peça de impossível valoração.

“Por outro lado, não foi avaliada a circunstância, no sentido de que a prova colhida na fase policial não foi corroborada em Juízo, ao nível do contraditório.

“A prova produzida ao nível da instrução criminal não ampara a conclusão pela condenação estampada na sentença condenatória”. Caso contrário, após apontar o exacerbamento da pena, quer a substituição da pena restritiva de liberdade por restritiva de direitos.

Contra-razões apresentadas pelo Dr. André Carvalho, Promotor de Justiça, às fls. 97/107, no sentido do não acolhimento da preliminar, pois “a distribuição basta para impedir a consumação do prazo decadencial (RT 496/318)”. Quanto ao mérito, é defendida a manutenção da sentença recorrida, sob o enfoque de que a confissão encontra amplo apoio na prova coligida sob a garantia do contraditório. E, embasando o afirmado, é apontada decisão deste Tribunal, da lavra do Desembargador Nilton Macedo Machado, do seguinte teor: “Estando a confissão extrajudicial amparada nos demais elementos dos autos, pode e deve a mesma servir como base para o decreto condenatório, mesmo retratada em Juízo” (Apelação Criminal n. 99.003975-7, de Guaramirim)”. Entende, no entanto, ser possível a substituição da pena restritiva de liberdade por restritiva de direitos, eis

que presentes estariam seus pressupostos. Ou, quando menos, viável o sursis.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Anselmo Agostinho da Silva, na esteira do pronunciamento anterior, manifesta-se pelo acolhimento parcial do apelo para tão-somente ser concedida a substituição da pena ou o sursis.

É o relatório.

Inviável o acolhimento da preliminar suscitada, haja vista que a manifestação no sentido da persecução penal — representação — foi formulada em 1º de outubro de 1996, consoante depreende-se do contido às fls. 39/40, portanto, no prazo legal. Para sua validade, dispensável qualquer despacho, bastante que seja formulada a quem de direito. Na espécie, foi dirigida e entregue ao Juízo processante.

Tampouco tem razão quanto à questão de mérito. A versão apontada na fase pretérita, infliei à esquerda sem aguardar no acostamento à direita, restou valorizada pelos depoimentos colhidos na fase judicial às fls. 59 e 60: “que a Chevy tinha sentido Campeche para o Ribeirão da Ilha, sendo que a Marajó vinha em sentido contrário; que o choque ocorreu na pista de direção da Chevy, já que a Marajó tentou cruzar para uma via secundária ali existente”; “que ainda viu a Marajó atravessando a pista, momento em que se segurou, esperando o impacto; que a colisão ocorreu na mão de direção da Chevy”.

E o réu, no interrogatório judicial, embora não reafirmando a versão anterior, admitiu que se encontrava parado no meio da pista, lado direito —

“estava com o veículo na faixa na direção ao centro, na faixa direita, para entrar à esquerda; que ligou o sinal, quando aconteceu o choque, de frente”. E mais: “que o acidente ocorreu quando a Marajó bege estava parada e ingressando à esquerda” (fls. 44v.). Portanto, inarredável a conclusão condenatória de que o acidente ocorreu porque o réu, sem aguardar no acostamento, como lhe era devido, pretendeu ingressar à esquerda, obstaculizando o livre trânsito do veículo dirigido pela vítima, que vinha em sentido contrário.

A pena-base foi fixada em dois anos de detenção sob o seguinte fundamento: “A culpabilidade é gravíssima, pois sabia que não deveria dirigir seu veículo após ter ingerido bebida alcoólica, bem como não poderia cortar o fluxo de trânsito sem tomar as cautelas necessárias (...) sendo gravíssimas as consequências, já que sua ação resultou na morte da infeliz vítima”.

Como se vê, inaplicáveis à espécie os dois últimos fundamentos, um dizendo respeito à própria caracterização do crime culposos, e o outro faz parte, indelével, da tipicidade.

Em decorrência, a pena-base é diminuída para um ano e seis meses de detenção. E, usando o mesmo critério da sentença, com acolhimento da confissão espontânea, é ela rebaixada para um ano de detenção. Tendo em conta o concurso formal, é elevada para um ano e quatro meses de detenção.

Contudo, extinta a punibilidade da pretensão punitiva no que diz respeito ao crime de lesão corporal culposa, e não do acréscimo, tendo em

conta o disposto no artigo 119 do Código Penal, do seguinte teor: “No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente”. Por tal dispositivo, a razão de a doutrina entender indispensável que, no caso de concurso, antes de ser procedido o aumento pertinente, deve a pena ser fixada, como se concurso material fosse. É que, o concurso formal foi instituído em favor do réu, não devendo ser aplicável quando mais favorável o concurso material, caso dos autos.

Nesta esteira é o entendimento desta Corte:

“No caso de continuidade delitiva entre crimes não idênticos, faz-se mister a individualização da pena a cada um deles, a fim de possibilitar a verificação da ocorrência da prescrição isoladamente (CP, art. 119), assim como da hipótese de concurso material benéfico, ou mesmo, para eventual reexame na Instância Superior, para que se possa verificar dentre as demais penas, qual a mais grave” (Apelação Criminal n. 99.000383-3, de Joinville, rel. Des. José Roberge, j. em 16/3/99).

Segundo o entendimento de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scaranze Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, expresso na obra *As Nulidades no Processo Penal*, 6ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, pág. 215/216, “...havendo concurso formal, crime continuado ou aberratio ictus, o aumento deve operar depois de fixada a pena para cada crime concorrente, como se não houvesse concurso. Isso permite verificar se a pena acrescida pelo crime continuado ou concurso formal não excede

a soma das penas dos crimes-membros. Possibilita, ainda, em face da atual redação do art. 119, verificar se não houve prescrição em relação aos diversos crimes ligados pelo nexo da continuidade ou unidos pelo concurso formal.

“Imagine-se o caso de concurso formal entre homicídio culposo e lesão corporal culposa. O juiz, na sentença, aplica para o homicídio, crime mais grave, a pena de um ano e três meses de detenção; em seguida, realiza agravamento de um sexto devido ao concurso formal, sem antes estipular a pena para a lesão culposa. Poderá ter decorrido período superior a dois anos entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença. Mas o Tribunal não poderá saber, na apelação, se houve prescrição quanto à lesão corporal culposa”.

Sendo esta a situação dos presentes autos, e não havendo pena para a lesão culposa, cumpre fixá-la em quatro meses de detenção, considerando o critério já utilizado, valor este determinante da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, modalidade superveniente, nos termos do artigo 109, inciso VI, do

Código Penal, haja vista que a sentença condenatória foi publicada em 7 de outubro de 1997, transcorrendo até a presente data mais de dois anos.

Assim, reconhecida a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, modalidade superveniente, resta a condenação pela prática de homicídio culposo, previsto no artigo 121, § 3º, do Código Penal, com a pena já fixada, em um ano de detenção que é substituída por prestação de serviços à comunidade, nos termos do artigo 44, § 2º, combinado com o 46, § 3º, ambos do Código Penal, cabendo ao Juízo da Execução determinar providências a respeito.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 19 de outubro de 1999.

*Alberto Costa,*  
*Presidente com voto;*  
*Maurílio Moreira Leite,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.016892-1, DE BRAÇO DO NORTE**

**Relator: Des. Maurílio Moreira Leite**

*Crime contra o patrimônio. Furto. Exame de sanidade mental. Laudo realizado em outro processo a que respondeu o réu. Prova emprestada. Inadmissibilidade. Nulidade da sentença decretada para que outra seja proferida após a realização de novo exame.*

*O exame de sanidade mental é imprescindível para a entrega da prestação jurisdicional, não podendo ser substituído por outro rea-*

*lizado em outro processo, porquanto é indispensável que a verificação decorrente do exame de sanidade mental se relacione com o crime praticado e objeto do julgamento.*

*Extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. Pena aplicada. Proibição de reformatio in pejus indireta. Reconhecimento de ofício, nos termos do artigo 61 do Código de Processo Penal.*

*Não obsta a declaração da extinção da punibilidade a possibilidade de o novo exame resultar no reconhecimento da inimputabilidade, pois, a medida de segurança, que seria cabível, tem como pressuposto a prática de fato delituoso apurado em processo, para o qual o Estado não tenha perdido o direito/dever à pretensão punitiva.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.016892-1, da comarca de Braço do Norte, em que é apelante Rogério Fernandes Gabriel, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, anular, de ofício, o processo a partir da sentença, inclusive, determinando-se a realização de exame de sanidade mental do réu, declarando-se a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Custas legais.

Na comarca de Braço do Norte, Rogério Fernandes Gabriel foi condenado pela prática do crime de furto, com pena fixada em 1 ano de reclusão, diminuída de metade, em face da incidência do disposto no artigo 26, parágrafo único, do Código Penal, consoante conclusão do exame de sanidade mental a que foi submetido (fls. 48). Na mesma sentença, também restou condenado por contraven-

ção penal, prevista no artigo 19, da lei pertinente, porte ilegal de arma branca, "uma faca tipo punhal, de aço inox, medindo 26,5cm (vinte e seis centímetros e meio de comprimento, sendo 14,5cm de lâmina de comprimento, 2cm de largura terminando em ponta, com 12cm de cabo de madeira bruta", sendo a reprimenda dosada em 7 dias-multa, no valor mínimo cada um. Da decisão foi intimado pessoalmente, quando se encontrava internado no "Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, sito à Rua Delminda da Silveira, s/n, Agrônômica, Fpolis, onde cumpre medida de segurança" (fls. 64). Com o resultado não se conformou a defesa. Apelou, no prazo legal, objetivando a absolvição, pois, segundo asseverado, não existiriam provas suficientes para justificar a conclusão condenatória. Não sem antes ratificar os argumentos apresentados em alegações finais, dizendo respeito à inimputabilidade quando afirmou: "Apesar de os peritos que efetuaram o exame afirmarem que a capacidade de entendimento do réu, à época do



delito, encontrava-se diminuída e que o mesmo era parcialmente incapaz, o que culminaria com a diminuição da pena aplicada, segundo dispõe o art. 26, parágrafo único, do Código Penal, este não tem sido o entendimento de diversos julgadores". Senão vejamos: "A epilepsia encontra-se classificada como neuropsicose constitucional, com efeitos determinantes de profundas perturbações do caráter, da inteligência, da consciência e dos sentidos. Esse estado mórbido, desde que constatado pela perícia médica, cria ao enfermo, quando o agente do delito, a situação de irresponsabilidade prevista na lei penal" (TJSP — RT 545/320). Em decorrência, pretende, por tal motivo, a absolvição, na verdade, isenção de pena, o que implicaria na aplicação de medida de segurança, se mantida a condenação.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Valdir Vieira, manifestou-se pelo desprovetimento do apelo.

É o relatório.

A sentença, ao admitir a semi-imputabilidade, levou em conta o laudo pericial de sanidade mental n. 5.859, realizado em 23 de abril de 1997, referente ao processo número 1.670/97, no qual o réu foi denunciado pela prática de furto. No processo em exame, que tem o número 1.661/96, ele foi denunciado por furto e porte ilegal de arma branca, por fatos ocorrentes em 19 de junho de 1996. Referido exame foi anexado aos autos, por cópia, sem qualquer despacho, estando o lá existente datado de 7 de maio de 1997, referente à fase do artigo 499 do Código de Processo Penal, enquanto o ora examinado, quando da

juntada, encontrava-se em alegações finais, tendo findado a fase referida em 13 de agosto de 1997. De tais esclarecimentos, resulta a conclusão inequívoca de que o exame, constante às fls. 48/50, por cópia, não diz respeito aos fatos descritos na denúncia de fls. 2.

Em decorrência, nula a sentença recorrida, consoante precedentes: "Exame de sanidade mental — Aproveitamento do realizado anos antes da prática do crime a que responde o acusado — É indispensável que a verificação decorrente do exame de sanidade mental se relacione com o crime praticado e objeto do julgamento" (RT 580/373).

Ainda:

"O exame de sanidade mental é imprescindível para a entrega da prestação jurisdicional, não podendo ser substituído por outro realizado há cerca de um ano e relativo a outro processo, porque o princípio biopsicológico que rege a responsabilidade penal há que ser exercitado em relação ao fato objeto da denúncia, eis que as condições de discernimento e autodeterminação são suscetíveis de modificação" (Bol. AASP de 25/5/83, pág. 125).

E, por fim:

"Prova emprestada. Inimputabilidade. Utilização de exame de sanidade mental realizado em incidente de outro processo. Inadmissibilidade. Artigo 26 do Código Penal e artigo 149 do Código de Processo Penal — Sentença anulada. Recurso provido. A inimputabilidade deve ser provada em condições de absoluta certeza, constatável exatamente ao tempo da ação ou omissão a que se reporta o julga-

mento, de sorte a tornar sem validade a incorporação de laudo pericial obtido em incidente de outro processo como suporte exclusivo de convencimento por vulnerar, além do princípio do contraditório, a própria essência e os ditames de legalidade dessa prova emprestada" (JTJSP, vol. 176, pág. 301).

No mesmo sentido, posicionamento desta egrégia Câmara, estampado no acórdão prolatado a Apelação Criminal n. 98.002369-6, de Lages, julgada em 26 de maio de 1998.

A par do afirmado na doutrina: "Como a inimizabilidade deve ser constatada ao tempo da ação ou omissão e relacionada com o crime objeto do julgamento, inadmissível a prolação da sentença com fundamento na prova emprestada, ou seja, em resultado de exame de sanidade mental realizado em incidente de outro processo" (Julio Fabbrini Mirabete, Processo Penal, Editora Atlas, 1998, pág. 253).

Em face do exposto, anula-se a sentença recorrida, devendo outra ser prolatada, após realizado o exame pericial pertinente, ouvidos os partícipes

da relação processual. Porém, extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, haja vista a pena aplicada, insuscetível de ser aumentada, haja vista que a denúncia foi recebida em 9/4/97, tendo transcorrido, até o momento, mais de 2 anos (CP, art. 109, VI), em face da proibição da reformatio in pejus indireta. E não obsta o reconhecimento da extinção de punibilidade a possibilidade de o novo exame resultar no reconhecimento da inimputabilidade, pois, a medida de segurança, que seria cabível, tem como pressuposto a prática de fato delituoso, apurado em processo, para o qual não tenha o Estado perdido o direito/dever à pretensão punitiva.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 1º de novembro de 1999.

*Alberto Costa,*

*Presidente com voto;*

*Maurílio Moreira Leite,*

*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.017391-7 DE TIMBÓ**

**Relator: Des. Maurílio Moreira Leite**

*Crime contra a Administração Pública. Concussão. Artigo 316 do Código Penal. Exigência de pagamento de quantia para realização de registro civil. Exigência indevida, nos termos da Lei n. 9.534/97, que prevê a gratuidade do ato, independentemente da situação econômica do interessado. Crime caracterizado. Condenação mantida.*

*Desobediência. Artigo 330 do Código Penal. Crime praticado por funcionário público (artigo 327, CP) quando no exercício da função. Não caracterização. Absolvição que se impõe.*

*Concussão. Condenação. Crime praticado sob o enfoque de cumprimento de ordem manifestamente ilegal. Funcionária que cumpre ordem emanada de sua empregadora. Inocorrência. Absolvição decretada.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.017391-7, da comarca de Timbó, em que são apelantes Iris Germer Domning e Welita Guisela Haack Klitze, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, dar provimento parcial ao recurso para absolver a ré Iris Germer Domning do crime de desobediência, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal, bem como absolver Welita Guisela Haack Klitze da prática do crime de concussão, com fulcro no artigo 386, VI, do Código de Processo Penal, mantidas as demais cominações relativas à primeira nominada.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Timbó, Iris Germer Domning foi condenada pela prática dos crimes definidos nos artigos 316 (concussão) e 330 (desobediência), ambos do Código Penal, com respectivas penas dosadas em 2 anos e 6 meses de reclusão, mais 20 dias-multa, e 1 mês e 15 dias de detenção, além de 10 dias-multa. Fixado o valor de cada dia-multa em metade do salário mínimo vigente à época dos eventos delituosos, tendo em conta a situação financeira da ré. Determinado regime prisional aberto. Substituída a

pena restritiva de liberdade por restritivas de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, e prestação pecuniária, embora haja referência à multa, no valor de 30 salários mínimos, valor a ser recolhido em favor do "Fundo Municipal de Direitos da Criança e Adolescente". Da decisão foi intimada pessoalmente. Na mesma sentença restou condenada Welita Guisela Haack Klitze, também pela prática do crime de concussão, com pena fixada em 2 anos de reclusão, além de 10 dias-multa, no valor mínimo cada um. Determinado regime prisional aberto. O sursis foi concedido pelo prazo de 2 anos, sob as condições de "proibição de ausentar-se da comarca de residência, ou mudar de endereço, sem prévia autorização do juiz; comparecimento pessoal e obrigatório a Juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades". Saliente-se, o sursis foi concedido antes do exame da possibilidade de substituição da pena restritiva de liberdade por restritiva de direitos, consoante preconizado no artigo 77, inciso III, do Código Penal. Da decisão foi intimada pessoalmente.

No prazo legal, a defesa, que é comum, apelou. Com relação à primeira nominada, entende que não restou caracterizado o crime de desobediência, haja vista a situação funcional da recorrente, quando aplicável à hipóte-

se, decisão que aponta, de seguinte teor: "O crime de desobediência, catalogado entre os praticados pelo particular contra a administração em geral, não se configura se tanto o acusado quanto a vítima são equiparados a funcionários públicos e se acham no exercício das respectivas funções, quando da sua ocorrência; o fato poderia caracterizar, eventualmente, crime de prevaricação" (TJSC — 1ª Câmara Criminal, Apelação Criminal n. 30.455, de Porto União, rel. Des. Nilton Macedo Machado). Quanto ao crime de concussão, com relação a ambas as recorrentes, aponta sua inexistência, haja vista decisão que anota, no sentido de ser atípica a conduta de cobrança excessiva de custas judiciais, consoante decisão prolatada na Apelação Criminal n. 26.176, publicada no DJSC n. 8.352, de 4/1/91, pág. 6. Porém, se outro for o entendimento, afirma a inexistência de provas suficientes para justificar a conclusão condenatória, porquanto, nos autos, a respeito, somente existem os depoimentos das vítimas, as quais, em momento algum afirmaram que a "Apelante Iris Germer Domning exigiu-lhes vantagem indevida". Como também, pelo fato de que as vítimas não afirmaram a condição de pobreza. Ademais, aquelas teriam prestado depoimentos sem compromisso, os quais seriam contraditórios, pois, "ora acusam, ora inocentam as apelantes".

Confirmada a condenação de Iris, a pena deve ser diminuída, segundo a recorrente, haja vista que foi fixada exacerbadamente, sem a indispensável fundamentação, pois as alinhadas seriam inaplicáveis à espécie. Contra-razões às fls. 104/146, no sentido da manutenção do decidido. A

douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Luiz Fernando Sirydakís, manifestou-se pelo provimento parcial do apelo, para ser absolvida Iris Germer Domning da prática do crime de desobediência.

É o relatório.

No que diz respeito ao primeiro argumento recursal, razão assiste à defesa. É predominante, na doutrina e jurisprudência, o posicionamento apontado. Segundo Romeu de Almeida Salles Júnior, "Qualquer pessoa pode figurar como sujeito ativo, inclusive funcionário público, desde que não esteja nessa condição" (Código Penal Interpretado, Editora Saraiva, 1996, pág. 901); No mesmo sentido manifestação de Julio Fabbrini Mirabete, "Sujeito ativo do crime previsto no art. 330 é aquele que desobedece a ordem legal emanada da autoridade competente. Em regra, portanto, é o particular, mesmo porque a infração está entre os crimes praticados por este contra a administração em geral. O funcionário, estando fora de sua funções, pode também cometer o crime, mas, se sua conduta (ação ou omissão) for praticada no exercício delas, poderá ocorrer o delito de prevaricação quando visa atender interesse ou sentimento pessoal" (Código Penal Interpretado, Editora Atlas S/A, São Paulo, 1999, pág. 1.796).

Esse o posicionamento deste egrégio Tribunal de Justiça, manifestado, não só na decisão apontada pelo recorrente, como na publicada na Revista dos Tribunais, vol. 519, pág. 416, de seguinte teor: "Na conceituação do crime capitulado no art. 330 do CP, equipara-se ao particular o funcionário que não age nesta qualidade, is-

to é, em cujos deveres funcionais não se inclui o de obedecer à ordem descumprida, pois, caso contrário, o que poderá ocorrer é o crime de prevaricação”.

Em decorrência, o apelo é provido nesta parte.

No que refere ao crime de concussão, inaplicável à espécie a decisão apontada, pois não se trata de cobrança de custas em excesso, mas exigência de importância indevida, haja vista que o registro de nascimento deve ser realizado gratuitamente, independente da condição do interessado. Nesse sentido, o contido no artigo 30 da Lei n. 6.015/73, redação que lhe deu a Lei n. 9.534/97, de seguinte teor:

“Não serão cobrados emolumentos pelo registro civil de nascimento e pelo assento de óbito, bem como pela primeira certidão respectiva.

“§ 1º — Os reconhecidamente pobres estão isentos de pagamento de emolumentos pelas demais certidões extraídas pelo Cartório de Registro Civil.

“§ 2º — O estado de pobreza será comprovado por declaração do próprio interessado ou a rogo, tratando-se de analfabeto, neste caso, acompanhada da assinatura de duas testemunhas”.

Assim, nos termos da lei mencionada, registro de nascimento, independente da condição econômica do interessado, repita-se, é gratuito, inclusive que diz respeito ao fornecimento da primeira certidão. E, no caso em análise, o registro não foi efetuado, pois exigido o pagamento de vinte reais. Tal ocorrência decorre,

não só dos depoimentos prestados pelas vítimas, mas do próprio interrogatório de Iris Germer Domning, a fls. 44. Leia-se: “Na ocasião não foi tratado sobre o preço ou custas sobre o registro, tendo dito à genitora que, no que referia à multa pelo atraso no registro, poderia ser dispensado porque uma lei atual dispensa uma multa. A genitora nada disse à interroganda sobre não ter dinheiro para pagar o registro. Até cerca de um ano atrás a interroganda exigia atestado de pobreza para o registro gratuito (fornecido pelo Prefeito, pela Delegacia ou pelo Juiz), sendo que na verdade nunca recebeu um atestado de pobreza. Conhece as pessoas da localidade e sabe quem precisa da gratuidade, e fazia cerca de dez registros gratuitos por mês. Quando a pessoa não tinha dinheiro na hora dizia para pagar mais tarde (...)”.

Assim, o narrado pelas vítimas encontra sustentáculo no interrogatório já referido, no sentido de que a gratuidade do registro era reconhecida quando o interessado comprovava o estado de pobreza. Em decorrência, dúvida não resta de que foi exigido pagamento pelo registro, o qual, por determinação legal, é gratuito. Evidente, caracterizado o crime previsto no artigo 316 do Código Penal.

A situação de Welita Guisela Haake Klitze, incluída na relação processual pelo aditamento de fls. 52, merece outro enfoque. Lá foi afirmado: “na condição de funcionária do Cartório de Registro Civil desta Cidade, acatando orientação manifestamente ilegal da denunciada Iris Germer Domning, e, em co-autoria com esta, exigiu o pagamento de valores indevidos de Paulo Cesarino e Vani

M. Cesarino para efetuar o registro de nascimento de sua filha Noemi Elisiana Cesarino, conforme narrado na denúncia, bem assim exigido atestado de pobreza dos mesmos, em desobediência à decisão liminar concedida nos autos da Ação Civil Pública n. 073.96.000507-5, que este órgão move contra a denunciada Iris". Em decorrência foi enquadrada nos artigos 316 e 330, ambos do Código Penal. Com relação ao crime de desobediência, restou absolvida, sendo condenada pelo de concussão. A sentença, no entanto, no que lhe diz respeito, não examinou com acuidade necessária os termos da imputação que lhe foi endereçada, "por ter na condição de funcionária do Cartório de Registro Civil desta Cidade atado orientação manifestamente ilegal da denunciada Iris Germer Domning...". Segundo restou esclarecido, ela "desempenha as funções de auxiliar do Cartório de Registro Civil contratada pela titular e com carteira assinada. Foi a acusada Iris quem contratou a interrogada". Em tal condição funcional, é exagerado exigir que a recorrente não cumprisse as determinações de sua empregadora em questões de cobrança pelos serviços prestados pelo cartório, exigindo-se-lhe que, na hipótese, tivesse, não só conhecimento da ilegalidade, como se posicionasse contrária à pretensão da titular do cartório. Tanto desprendimento, é exigir demais, devendo, por isso, ser absolvida.

Por fim, resta examinar a pena cominada a Iris Germer Domning, no que diz respeito ao crime remanescente, concussão, matéria suscitada nas razões. A pena-base foi fixada em 2 anos e 6 meses (o mínimo cominado

é de 2 anos), levando em conta as circunstâncias judiciais que foram indicadas. E pesaram decisivamente para o aumento referido os antecedentes funcionais da recorrente, estampados na certidão de fls. 26/19, dando conta da existência de mais de quarenta reclamações acerca da atividade funcional da ré, algumas consideradas procedentes, outras improcedentes, e ainda algumas arquivadas, o que dá integral procedência ao afirmado na sentença recorrida: "A acusada Iris Germer Domning vem há muito tempo desrespeitando as decisões judiciais, as normas editadas pela Corregedoria e o Judiciário como um todo. O episódio narrado na denúncia é apenas mais um de seu vasto histórico de fls. 23/31. Sua má conduta funcional, e seu desprezo pela autoridade judiciária, resta por demais, escancarada. Agiu sempre como se fosse proprietária do Ofício do Registro Civil, e como se fosse de sua alçada fazer regras, inclusive tratando a população com desprezo" (fls. 117). Logo, a pena foi criteriosamente dosada.

Em face do exposto, o apelo é conhecido e provido, em parte, para ser a ré Iris Germer Domning absolvida do crime de desobediência, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, bem como absolver Welita Guisela Haake Klitze da prática do crime de concussão (art. 386, VI, do Código de Processo Penal), mantidas as demais cominações relativas à primeira nominada.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de

Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakís.

Florianópolis, 1º de novembro de 1999.

*Alberto Costa,*  
*Presidente com voto;*  
*Maurílio Moreira Leite,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.004912-4, DE CHAPECÓ**

**Relator: Des. Nilton Macedo Machado**

*Extorsão — Emprego de arma — Vítima sem opção diante da grave ameaça exercida — Caracterização do crime de roubo — Correção em Segundo Grau de jurisdição — Possibilidade — Aplicação do art. 383 do CPP — Precedentes.*

*O acusado defende-se da imputação de fato descrita na denúncia, independentemente da classificação dada pela acusação; o juiz pode, em estando comprovados fatos descritos explicitamente e que constituem elementares de tipo não classificado, dar definição diversa da contida na exordial (emendatio libelli), ainda que tenha de aplicar pena por mais um crime.*

*Quando a vítima é dominada pelo agente e, sem possibilidade de opção diante do uso de arma, entrega-lhe as coisas exigidas mediante grave ameaça, o crime a tratar é o de roubo, ainda que durante a execução o agente mantenha a vítima em seu poder restringindo sua liberdade, como acontece, por exemplo, com roubos a pessoas que se dirigem a caixas automáticos de bancos e são obrigadas a fazer várias retiradas em estabelecimentos diversos sob coação do agente, tratando-se, no caso, da nova hipótese legal prevista no art. 157, § 2º, inc. V, do CP.*

*Crime contra a saúde pública — Posse de entorpecentes para uso próprio — Autolesão — Crime caracterizado.*

*“A lei não pune, e não punia, o vício em si mesmo, porque não tipifica a conduta de ‘usar’ (entendimento acolhido por nossos tribunais). (...) A razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda ou traz consigo para uso próprio é o perigo social que sua conduta representa. Mesmo o viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, porque é fator decisivo na difusão dos tóxicos” (Vicente Greco Filho).*



*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.004912-4, da comarca de Chapecó (1ª Vara), em que são apelantes Pablo Alvares, Luiz Carlos Colodiano e Atilio Pacheco, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Chapecó (1ª Vara Criminal), o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Pablo Alvares, Luiz Carlos Colodiano e Atilio Pacheco, dando-os como incurso, os dois primeiros, nas sanções do art. 159 c/c art. 29 (duas vezes), e o último, no art. 159 c/c art. 29 (duas vezes), todos do Código Penal, e art. 16 da Lei n. 6.368/76, porque:

“...Os acusados Pablo Alvares, Luiz Carlos Colodiano e Atilio Pacheco, diga-se de passagem, todos fugitivos da Penitenciária Agrícola de Chapecó, logo que se evadiram da casa onde cumpriam pena, resolveram investir na criminalidade e, para tanto, conluídos e ajustados para os mesmos propósitos criminosos, deliberaram abordar a primeira ou primeiras pessoas que encontrassem.

“Assim, na noite do dia 13 de outubro de 1998, por volta das 20 horas, os três meliantes, presentes na Rua Florianópolis, nesta cidade de Chapecó, depararam-se com o casal Ilto Dal Bem e Itatiane Luiza Tama-  
nho, os quais, a bordo de um veículo Volkswagen (Fusca), faziam mano-

bras de treinamento e abalizamento, referentes a testes de volante, para obtenção de CNH.

“De imediato, Itatiane foi abordada por um dos marginais, armado de faca, que a obrigou a entrar no veículo, enquanto que os outros dois, igualmente, mediante ameaças e uso de armas, compeliram Ilto a também adentrar no automóvel e, dessa forma, todos dentro do carro, passaram a rodar pela cidade de Chapecó, indo até uma agência do Banco do Brasil, onde compeliram o varão a sacar R\$ 100,00 (cem reais), seguindo depois para um supermercado (Merch), estabelecimento em que adquiriram mercadorias (cigarros e bebidas).

“Por volta da 0h30min, já da madrugada do dia 14 de outubro de 1998, depois da verdadeira via crucis que impuseram às vítimas, subjugadas e atemorizadas, os acusados conduziram o automóvel até uma rua escura, no bairro São Pedro, onde obrigaram Ilto a assinar dois cheques do Banco do Brasil, no valor de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) e R\$ 100,00 (cem reais), também apoderando-se os infratores dos respectivos talões de cheques (em branco), cartões de crédito, perfumes, jóias e relógios das vítimas, para em seguida, abandoná-las no local ermo e desaparecer.

“Parte dos bens (cheques, jóias e outros objetos) foi apreendida pela polícia, nas casas ocupadas pelos acusados que já tinham feito a divisão do produto arrecadado.

“Nos atos empreendidos nas casas bancárias (onde foi sacado o dinheiro) e no estabelecimento comercial (onde foram adquiridas mercado-

rias), um dos acusados (Pablo) acompanhava Ilto até os locais indicados e os outros dois (Luiz Carlos e Atílio) ficavam no interior do veículo, ameaçando e atemorizando a jovem Itatiane, visando ter a certeza de que seu acompanhante iria cumprir à risca as 'ordens recebidas', sem levantar qualquer suspeita.

"Durante todo o tempo que constrangeram Ilto e Itatiane, os acusados, repetidamente, as ameaçavam e prometiam-lhes mal injusto e grave, caso não providenciassem o dinheiro, mercadorias ou outros bens, condicionando a liberação, desde que obtivessem os proveitos que lograram auferir.

"Ao todo, os acusados tiveram as vítimas à sua mercê pelo espaço superior a 4 (quatro) horas, com a privação de liberdade por espaço de tempo de relevância jurídica e, como já tinham o plano adredemente concebido, de qualquer forma, concorreram para seqüestrar, como seqüestraram os lesados, para obter, como obtiveram para si, vantagem indevida, como condição ou preço para a soltura dos mesmos.

"Na diligência empreendida pela polícia, em residência ocupada pelo acusado Atílio Pacheco, no bairro São Pedro, nesta cidade, no dia 14 de outubro de 1998, os policiais resgataram '...uma trouxinha...', com o peso de 3,5 gramas, de uma erva vulgarmente conhecida como maconha, substância que, constatou-se, é capaz de ocasionar dependência física ou psíquica, e tal infrator a detinha, tinha a posse e guardava, para consumo próprio..." (fls. 2/4).

Processados regularmente, restaram condenados Pablo Alvares e

Luiz Carlos Colodiano à pena de cumprimento de 10 (dez) anos de reclusão, por infração ao disposto no art. 159 do Código Penal, e Atílio Pacheco à pena de cumprimento de 10 (dez) anos de reclusão e 7 (sete) meses de detenção e pagamento de 30 (trinta) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, como incurso nas sanções do art. 159 do Código Penal e art. 16 da Lei n. 6.368/76.

Inconformados, apelaram objetivando a desclassificação do crime previsto no art. 159 para o do art. 157 do Código Penal. Requereram, também, a absolvição de Atílio em relação ao delito previsto no art. 16 da Lei n. 6.368/76.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Paulo Antônio Günther, opinou no sentido de ser declarada nula a sentença.

Em julgamento, esta Câmara Criminal, por votação unânime, decidiu rejeitar a preliminar de nulidade e, por maioria de votos, determinar o retorno dos autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça para manifestação acerca do mérito.

Com nova vista o Dr. Paulo Antônio Günther manifestou-se pelo conhecimento e não-provimento dos recursos interpostos em toda sua extensão.

É o relatório.

1. O recurso é conhecido, porque próprio e tempestivo, merecendo provimento parcial pois, embora a materialidade, consubstanciada pelo laudo de constatação (fls.47), exame pericial (fls. 98/102) e termos de

apreensão (fls. 39/42), e a autoria dos crimes surjam nítida e claramente das provas dos autos, a consequência jurídico-penal decorrente das condutas realizadas pelos apelantes é diversa daquela reconhecida pelo Magistrado a quo.

Ressalte-se, por oportuno, que o recurso demonstra parcial inconformismo com a decisão de Primeira Instância, combatendo a classificação da conduta realizada pelos apelantes, por entender tipificar a figura penal prevista no art. 157 do Código Penal.

2. No que se refere à condenação de Atilio Pacheco pela infração ao disposto no art. 16 da Lei Antitóxicos, o recurso não merece provimento, pois sua conduta é adequada ao tipo penal apontado, lesando, com isso, bem jurídico penalmente tutelado pelo ordenamento pátrio.

Senão, vejamos.

Está nos autos que, após ter sido noticiada a prática dos crimes cometidos contra as vítimas, os membros da Polícia Civil realizaram operação visando à prisão dos envolvidos, resultando, daí, a localização e apreensão de drogas entorpecentes na residência de Atilio Pacheco quando da diligência da prisão.

Cumpra lembrar que o art. 16 da Lei 6.368/76 incrimina a conduta de “adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” e Atilio Pacheco foi flagrado guardando em sua residência pequena quantidade de “maconha”, substância cujo uso ou depósito requer autorização legal,

pois trata-se de droga entorpecente capaz de determinar dependência física ou psíquica.

A conduta típica realizada pelo apelante é incontroversa, tanto que nas alegações finais como nas razões de apelação a defesa limitou-se a afirmar que a substância estupefaciente destinava-se ao uso exclusivo de seu proprietário, aduzindo, ainda, tratar-se de conduta atípica, argumentando que dela somente poderia resultar lesão ao próprio usuário.

Ora, a acusação foi formulada exatamente por guardar a droga para seu uso próprio; fosse para venda, o crime seria o do art. 12 da mesma Lei.

O laudo de constatação de fls. 47 assim como o laudo pericial de fls. 98/102 atestam o teor estupefaciente das substâncias encontradas na residência do apelante, e a discussão acerca da utilidade e necessidade de punição penal do usuário de drogas por tratar-se de mera “autolesão” é matéria que foge aos limites da presente ação penal, pois, válida e oriunda de processo legislativo formal e materialmente escorreito, a norma penal deve ser aplicada, mormente quando clara e cristalina a sua incidência sobre o fato concreto trazido à análise do Estado.

Neste passo, cumpre trazer à baila o escólio doutrinário:

“A lei não pune, e não punia, o vício em si mesmo, porque não tipifica a conduta de ‘usar’ (entendimento acolhido por nossos tribunais).

“(…)”

“A razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda ou traz con-

sigo para uso próprio é o perigo social que sua conduta representa.

“Mesmo o viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, porque é fator decisivo na difusão dos tóxicos. Já vimos ao abordar a psicodinâmica do vício que o toxicômano normalmente acaba traficando, a fim de obter dinheiro para aquisição da droga, além de psicologicamente estar predisposto a levar outros ao vício, para que compartilhem ou de seu paraíso artificial ou de seu inferno” (Vicente Greco Filho, *Tóxicos: Prevenção — Repressão*, 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 1993, págs. 116 e 119).

Por tais razões, improcede o pleito absolutório relativo ao crime previsto no art. 16 da Lei n. 6.368/76.

3. Por outro lado, no que pertine à classificação jurídica da conduta perpetrada contra as vítimas Ilto Dal Bem e Itatiane Luiza Tamanho, melhor sorte cabe aos apelantes.

As provas dos autos demonstram que, na noite de 13 de outubro de 1998, Pablo Alvares, Luiz Carlos Colodiano e Atilio Pacheco, imbuídos da mesma finalidade, abordaram Ilto Dal Bem e Itatiane Luiza Tamanho, casal que realizava manobras de treinamento de balizamento em seu automóvel VW/Fusca, e mediante ameaças lastreadas na exibição de armas (facas) compeliram-nas a entregar-lhes diversos bens, dentre eles R\$ 100,00 (cem reais) sacados de uma agência do Banco do Brasil, cheques preenchidos e assinados, cartões de crédito, jóias e relógios.

Toda essa conduta criminosa durou cerca de 4 (quatro) horas, período de tempo no qual as vítimas per-

maneceram sob ameaça de mal grave, obrigando-as a acompanhar seus agressores até a agência bancária e fornecer-lhes os bens ilícitamente almejados.

A denúncia, todavia, embora descrevendo o crime de roubo, acabou por classificá-lo incorretamente como extorsão mediante seqüestro, capitulação aceita e aplicada pelo Dr. Juiz de Primeira Instância, quando nítida a distinção entre ambas as figuras típicas, uma vez que no roubo a vítima não tem possibilidade de escolher um comportamento diverso, em face da violência empregada ou da grave ameaça que lhe é impingida, enquanto na extorsão, ao revés, tem-se que a vítima ainda conserva, não obstante a violência ou a grave ameaça, alguma possibilidade de escolha em relação ao comportamento que lhe é exigido (vide RT 604/384).

Examinando hipótese semelhante, este Tribunal já teve oportunidade de decidir:

“O Tribunal de Segunda Instância pode dar nova definição jurídica ao fato constante da denúncia (arts. 383 e 617, CPP); assim procedendo, não hostiliza o princípio do contraditório ou a garantia da amplitude da defesa (precedente: JC 17/352).

“Quando a vítima é dominada pelo agente, sem possibilidade de opção, e entrega-lhe as coisas exigidas mediante a violência ou grave ameaça, o crime a tratar é o de roubo” (Ap. Crim. n. 27.485, de Balneário Camboriú, relator o subscritor, DJE n. 8.623, de 16/11/92, pág. 11).

Ainda:

“Pratica o crime de roubo e não o de extorsão o agente que assalta ca-

sal de namorados na calada da noite e lhes exige a entrega de objetos pessoais, mediante ameaça com barra de ferro. Embora essa ação delitiosa fosse descrita na denúncia como extorsão qualificada, nada impede, a teor do art. 383 do CPC, que a Câmara Criminal julgadora, ao prover recurso da acusação, condene o réu no delito de roubo qualificado, por se tratar, apenas, de uma *emendatio libelli*, ficando mantida a correlação entre a denúncia e o acórdão condenatório" (Ap. Crim. n. 38.495, da Capital, rel. Des. Ernani Ribeiro, DJE n. 8.776, de 2/7/95, pág. 8).

Ora, segundo a prova apurada, os apelantes abordaram as vítimas com armas e, mediante grave ameaça às suas integridades físicas, exigiram que fossem a agência bancária com caixa eletrônico e lá sacassem o numerário, sendo-lhes ordenado, ainda, que entregassem documentos pessoais, cheques, caracterizando o delito de roubo com a causa de especial aumento de pena do emprego de arma, concurso de agentes e restrição à liberdade das vítimas, que não tinham opção diante da arma que lhes estava apontada.

No mesmo sentido Nelson Hungria:

"Não obstante a estreita contigüidade que existe entre o roubo e a extorsão, há entre esta e aquele, relativamente ao momento consumativo, em face do nosso Código, sensível diferença: enquanto o roubo é crime material, exigindo para sua consumação um efetivo dano patrimonial, a extorsão, em qualquer de suas modalidades (arts. 158 e 159), é crime formal ou 'de consumação antecipada', inte-

grando-se com a só ação, tolerância ou omissão imposta coativamente à vítima".

E mais adiante completa:

"Quer na extorsão *in genere*, quer na extorsão mediante seqüestro, é irrelevante, para o *summatum opus*, que sobrevenha efetivamente a lesão patrimonial ou que o agente não consiga a vantagem pretendida: na primeira modalidade, basta, como já se disse, qualquer dos efeitos imediatos à coação previstos no texto legal (o *facere*, o *pati* ou o *omittere* por parte do coagido)..." (in "Comentários ao Código Penal", vol. VII, Rio de Janeiro, Revista Forense, 1955, págs. 71/72/73).

"Inadmissível é cindir um mesmo episódio e distinguir nele crimes diversos. Assim, responde tão-somente por roubo, e não por este delito em concurso com o de extorsão, o meliante que, durante um assalto, constrange a vítima a emitir cheque em seu favor', circunstância que inviabiliza a pretendida desclassificação para tentativa de extorsão" (Ap. Crim. n. 23.254, de Blumenau, rel. Des. Tycho Brahe, 15/6/89, RT649/307).

A matéria, diga-se, não era pacífica, ante as várias posições adotadas na doutrina e jurisprudência.

Em primeira análise, evidentemente, quando consumado o roubo e a vítima é mantida desnecessariamente em poder do agente, já atingido, há muito, o objetivo delituoso, resta configurado o seqüestro como figura delituosa autônoma.

Neste sentido:

"Tendo os réus, após consumir roubo de veículo da vítima, trancado-a no porta-malas de outro carro, supri-

mindolhe a liberdade de locomoção, configura-se o crime de seqüestro, em concurso material com o roubo, resultando inaplicável a absorção daquele por este" (Rev. Crim. n. 2.811, de Curitiba, j. em 29/5/96).

No entanto, quando o seqüestro é condição indispensável à conclusão do roubo, como na hipótese, não há falar em crime autônomo, porquanto "não se configura o crime de seqüestro se inexistente intenção de privar a vítima de sua liberdade de locomoção, permanecendo esta em poder do agente como meio para concretizar delito de roubo ou para retardar sua comunicação à autoridade" (TJSP — AC — rel. Carlos Bueno — RT 666/261).

Não fosse isso, tem-se que o crime foi cometido após o advento da Lei n. 9.426/96, que acrescentou o inciso V ao § 2º do art. 157 do Código Penal, "se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade", valendo a transcrição das palavras de Alberto Silva Franco e outros, em seu Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, vol.1, t. II, 6ª edição, RT, São Paulo, 1997, pág. 2.538:

"A nova causa de aumento do inc. V do § 2º do art. 157 do CP deu ênfase, conforme a Exposição de Motivos ao Projeto de Lei enviado ao Congresso Nacional (Mensagem n. 784, in Boletim do Instituto de Ciências Criminais n. 33, pág. 6) e de que resultou a Lei n. 9.426/96, à circunstância de que, nos roubos praticados, em centros urbanos, além da violência ou grave ameaça, a vítima é mantida subjugada em poder do agente, por algum tempo, até horas, restringindo a sua liberdade, como acontece, por

exemplo, com roubos a pessoas que se dirigem a caixas automáticas de bancos e são obrigadas a fazer várias retiradas em estabelecimentos diversos sob coação do agente".

E, conclui, após fazer a distinção entre a causa de especial aumento inserta pela Lei n. 9.426/96 e o crime autônomo de seqüestro: "a nova hipótese de roubo agravado objetiva, em verdade, excluir a possibilidade de ocorrência da figura típica do seqüestro — admitida em alguns julgados — se o agente restringiu, por maior tempo, no processo de concretização do roubo, a liberdade da vítima" (ob. cit., pág. 2.538), o que é, claramente, o caso dos autos.

No mesmo sentido é o escólio de Julio Fabbrini Mirabete:

"Por fim, também será qualificado o roubo quando o 'agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade' (inc. V, acrescentado pela Lei n. 9.426, de 24/12/96). A privação de liberdade do ofendido pode ser meio ou elemento do roubo, perdendo o seqüestro sua autonomia. Entretanto, considerando a maior gravidade do fato, decidiu o legislador que o fato merece mais severa penação por essa circunstância. Ainda que de breve duração, a privação de liberdade de qualquer ofendido qualifica o crime de roubo" (Manual de Direito Penal, 12ª ed., São Paulo, Atlas, 1997, vol. 2, pág. 241).

4. Neste passo, faz-se importante destacar que a correção de libelo, nos moldes do art. 383 do CPP, é medida benéfica aos apelantes, pois, desclassificado o delito de extorsão mediante seqüestro (art. 159 do CP)



para roubo qualificado, reduz a pena aplicada aos agentes.

Sobre a possibilidade de desclassificação do delito em Segundo Grau, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é tranqüila, conforme anotado pela doutrina:

“A Súmula 453 não inibe que, no juízo de apelação, independentemente de recurso da acusação, se dê nova definição jurídica ao fato, desde que não se aplique pena mais grave, atendidos os arts. 383 e 617 do CPP” (RT 601/418, apud Julio Fabbrini Mirabete, Código de Processo Penal Interpretado, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 1997, págs. 489/490).

E, desta Corte:

“Processo crime — Denúncia — Exposição de fatos que constituem crimes — Classificação — Aplicação do art. 383 do CPP. O acusado se defende da imputação de fato descrita na denúncia, independentemente da classificação dada pela acusação; o juiz pode, em estando comprovados fatos descritos explicitamente e que constituem elementares de tipo não classificado, dar definição diversa da contida na exordial (emendatio libelli), ainda que tenha de aplicar pena por mais um crime” (Ap. Crim. n. 34.100, de Itaiópolis, deste relator, j. em 19/12/95).

5. Desse modo, havendo nova qualificação jurídica da conduta perpetrada pelos apelantes, exclusivamente no que pertine ao crime patrimonial, as penas privativas de liberdade aplicadas em Primeira Instância devem ser adequadas para cada um deles.

No concernente a Pablo Alves, mantida a análise das circunstân-

cias judiciais elaborada pelo Dr. Juiz a quo (levemente desfavorável ao acusado, eis que fixada a pena-base ligeiramente acima do mínimo legal), fixa-se a pena-base em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses, cumulada com a sanção pecuniária consistente em 12 (doze) dias-multa, acrescidos de 1 (um) ano em face da reincidência (art. 61, inc. I, do CP) comprovada pela certidão de fls. 74. Presentes as causas de especial aumento de pena previstas no art. 157, § 2º, inc. I, II e V, aumenta-se a pena em 1/2 (um meio), consideradas as três causas, resultando, ao final, em 8 (oito) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, inclusive por tratar-se de réu reincidente, e 18 (dezoito) dias-multa, cada um no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

No que se refere a Luiz Carlos Colodiano, igual análise das circunstâncias do art. 59 foi elaborada pelo Dr. Juiz a quo, fixando-se, por isso, a pena-base em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses, cumulada com a sanção pecuniária consistente em 12 (doze) dias-multa, acrescidos de 1 (um) ano em face da reincidência (art. 61, inc. I, do CP) comprovada pela certidão de fls. 73 verso. Também presentes as causas de especial aumento de pena previstas no art. 157, § 2º, inc. I, II e V, aumenta-se a pena em 1/2 (um meio), consideradas as três causas, resultando, ao final, em 8 (oito) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, inclusive por tratar-se de réu reincidente, e 18 (dezoito) dias-multa, cada um no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.



Por fim, em relação a Afílio Pacheco, as circunstâncias do art. 59 são-lhe levemente desfavoráveis, conforme análise elaborada pelo Dr. Juiz a quo, fixando-se, portanto, a pena-base em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses, cumulada com a sanção pecuniária consistente em 12 (doze) dias-multa, acrescidos de 1 (um) ano em face da reincidência (art. 61, inc. I, do CP) comprovada pela certidão de fls. 70. Igualmente presentes as causas de especial aumento de pena previstas no art. 157, § 2º, inc. I, II e V, aumenta-se a pena em 1/2 (um meio), resultando, ao final, em 8 (oito) anos e 3 (três) meses de reclusão (que deverão ser cumulados com a pena fixada em Primeira Instância pelo crime previsto no art. 16 da Lei n. 6.368/76), em regime inicial fechado, inclusive por tratar-se de réu reincidente, e 18 (dezoito) dias-multa, cada um no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Quanto à pena pecuniária decorrente da condenação de Afílio Pacheco por infração ao art. 16 da Lei n. 6.368/76, mantida em 30 (trinta) dias-multa, observa-se que teve seu valor unitário fixado em 1/30 (um trinta avos) do valor do salário mínimo vi-

gente à época do fato, observando-se as disposições do CP; acontece que à espécie deve ser aplicado o que prevê o art. 38 da Lei n. 6.368/76 e não as determinações da lei substantiva penal; por isso, e de ofício, determina-se que na comarca de origem, quando da elaboração do cálculo da pena pecuniária, seja usado o coeficiente mínimo previsto para os crimes de tóxicos, observada a época do fato, conforme precedentes desta Casa.

6. Diante do exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento parcial para desclassificar o delito de extorsão mediante seqüestro para roubo circunstanciado, adequando-se a pena correspondente.

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. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 10 de agosto de 1999.

*Alberto Costa,*

*Presidente;*

*Nilton Macedo Machado,*

*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.013823-2, DE CHAPECÓ**

**Relator: Des. Nilton Macedo Machado**

*Recurso crime — Apelação — Interposição contra decisão do Tribunal do Júri — Conhecimento restrito.*

*A apelação contra decisões do Tribunal do Júri tem natureza restrita, não devolvendo à Superior Instância o conhecimento integral da causa, cujo Tribunal fica circunscrito aos motivos invocados*

*na interposição ou, pelo menos, na apresentação tempestiva das razões.*

*Processo crime — Instrução — Direito de defesa — Defesa dativa — Causídico atuante desde a defesa prévia até a contrariedade ao libelo — Alegações finais concisas, mas sustentando teses viáveis reiteradas no plenário — Inocorrência de prejuízo à defesa — Nulidade inexistente.*

*Não pode ser considerada deficiente a atuação de advogado dativo que oferta defesa prévia, arrola testemunhas, participa da instrução e apresenta alegações finais analisando os fatos e fundamentos jurídicos relacionados ao caso, suscitando tese desclassificatória defendida posteriormente em plenário.*

*Júri — Homicídio qualificado — Recurso que impossibilitou a defesa da vítima — Desclassificação para homicídio culposo afastada — Veredicto com suporte em uma das versões apresentadas — Condenação mantida.*

*Somente há decisão manifestamente contrária à prova dos autos quando se apresenta de todo absurda, chocante e aberrante de qualquer elemento de convicção colhido no decorrer do inquérito, da instrução ou do plenário; tal decisão, destituída de qualquer fundamento ou base no processo, não se confunde com aquela que opta por uma das versões apresentadas.*

*Encontrando o veredicto dos jurados suporte em uma das versões existentes nos autos, verossímil e com lastro em declarações de testemunhas inquiridas, impossível reconhecê-lo como manifestamente contrário à prova dos autos.*

*Pena criminal — Pena-base — Homicídio qualificado — Motivo torpe e recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima — Pretensão ao reconhecimento como circunstâncias justificadoras de elevação da pena-base — Impossibilidade — Circunstâncias judiciais — Réu primário — Fixação no mínimo legal com dispensa da análise dos demais elementos do art. 59 do CP — Inadmissibilidade — Circunstâncias negativas presentes contra o réu: culpabilidade acentuada, má conduta, má personalidade, consequências do crime.*

*O § 2º do art. 121 do Código Penal enumera motivos, meios, modos e fins que podem ser considerados tanto como circunstâncias*

*judiciais do art. 59 do CP (desde que não agravem ou qualifiquem) e como agravantes da pena (desde que não constituam ou qualifiquem); assim, quando qualquer daqueles motivos, meios, modos ou fins não integrar a imputação de homicídio, seja porque não definida na sentença de pronúncia, seja por afastada pelo Júri, surge vedação lógico-jurídica de aceitá-los, tanto como circunstância judicial negativa ou agravante.*

*O fato de o agente ser primário e mesmo de bons antecedentes não dispensa o juiz do exame das demais circunstâncias contidas no caput do art. 59 do CP, para fixação da pena-base; têm ambas as partes (não somente o réu, mas também o Ministério Público) o direito de saber por que foi aplicada esta ou aquela pena.*

*A presença de circunstâncias judiciais negativas, como culpabilidade acentuada (reprovabilidade da conduta criminoso), má conduta social, má personalidade revelada inclusive pela perversidade e intimidação posterior aos parentes da vítima, assim como as severas conseqüências do crime diante do número de órfãos deixados desamparados, justifica fixação da pena-base acima do mínimo legal.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.013823-2, da comarca de Chapecó (1ª Vara), em que são apelantes e apelados a Justiça Pública, por seu Promotor, e Eleandro do Carmo Pereira de Melo:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer dos recursos, negar provimento ao do acusado e dar provimento ao do Ministério Público, para reajustar a pena para 15 (quinze) anos de reclusão, mantidas as demais cominações da sentença.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Chapecó, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Eleandro do

Carmo Pereira de Melo, como incurso nas sanções dos incs. I e IV do § 2º do art. 121 do Código Penal, porque "o acusado Eleandro do Carmo Pereira de Melo (sic), conhecido por sua pouca afeição ao trabalho e, envolvimento com delitos (furto, tráfico de drogas e consumo), há certo tempo, começou a interessar-se pela menor Rosângela Brisola, 14 anos de idade, com o intuito de 'namorá-la'.

"Porém, a mãe de Rosângela, Sra. Liberalina Alves, sempre manifestou inconformismo e contrariedade com tal relação, pois desaprovava a vida desajustada de Eleandro.

"Tal fato (oposição ao namoro), criou no acusado, um sentimento de vingança e, como tal resolveu desforrar-se.

"No dia 24 de abril de 1998, por volta das 23 horas, o denunciado, dirigiu-se até o barraco de Liberalina, no bairro Santo Antônio, nesta cidade, já encontrando todos os moradores dormindo. O denunciado, já com o plano adrede concebido, como não obteve resposta aos chamados que fazia, invadiu aquela humilde moradia (um barraco sem iluminação), estourando a 'tramela' da porta e, aproveitando-se do sobressalto da vítima, incontinenti, fazendo uso de uma 'pistola de fabricação caseira', com munição de cal. 38, efetuou um disparo contra Liberalina, atingindo-a no supercílio direito, próximo da linha média da região frontal, ocasionando-lhe a morte por traumatismo craniano, como demonstra o laudo cadavérico de fls. 4.

"O crime foi praticado por motivo torpe e abjeto, vingando-se o denunciado, apenas porque a vítima, não concordava com o pretenso namoro dele e sua filha Rosângela.

"Por outro lado, a vítima, antes de ser alvejada, já estava dormindo em sua casa, sendo agredida sem condições de esboçar qualquer gesto defensivo, até porque, não tinha razões, próximas ou remotas para esperar um ataque semelhante" (fls. 2/4).

Terminada a instrução, o MM. Juiz de Direito pronunciou o réu nos termos da denúncia.

Libelado e submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, restou condenado à pena de cumprimento de 13 (treze) anos de reclusão, em regime fechado, por infração ao art. 121, § 2º, incisos I (motivo torpe) e IV (surpresa), do Código Penal, posto que

rejeitada sua tese de homicídio culposo.

Inconformados com o decisum, apelaram o Ministério Público e o réu condenado; o primeiro com base no art. 593, inc. III, letras b e c, do Código de Processo Penal, sustentando nas razões que a pena-base foi injustamente aplicada no mínimo legal e uma das qualificadoras do crime não foi considerada para aumentá-la; o réu, sem mencionar na petição de interposição sob qual das alíneas do inc. III do art. 593 do CPP versava o inconformismo, sustentou ocorrência de nulidade por deficiência de defesa e decisão contrária à provas dos autos.

Com as contra-razões, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Anselmo Agostinho da Silva, opinou pelo conhecimento dos recursos, dando-se provimento ao interposto pelo Ministério Público, não provendo o da defesa.

É o relatório.

1. Primeiramente, há que se resolver sobre a admissibilidade dos recursos.

Quanto ao do Ministério Público, conquanto na petição de interposição o recorrente tenha mencionado como fundamento as alíneas b (= for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados) e c (= houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena) do inc. III do art. 593 do CPP, nas razões demonstrou expressamente que o inconformismo restringe-se tão-somente à pena imposta ao réu, que alega injusta, o que determina o seu conhecimento como se interposto com fundamento na alínea c do inc. III do art. 593 do CPP.

O réu, da mesma forma, na petição de interposição não mencionou em qual ou quais das alíneas do inc. III do art. 593 do CPP baseou-se para recorrer; no entanto, nas razões de apelação alegou ocorrência de nulidade por deficiência de defesa, o que, apesar de não constar das alíneas referidas, decorre do princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), fere as disposições do art. 261 do mesmo estatuto e causa nulidade absoluta (art. 564, III, c, do CPP). Além disso, desfila argumentos no sentido de que a decisão dos jurados contrariou a prova dos autos, o que tem lastro na letra d do inciso III do art. 593 do Código de Processo Penal.

No procedimento recursal instaurado para impugnação das decisões do Tribunal do Júri, o colendo Supremo Tribunal Federal tem entendido que o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum* sofre sensível restrição, pois, consoante a doutrina, “a apelação, no júri, tem natureza restrita, não devolvendo à Superior Instância o conhecimento integral da causa. O conhecimento do Tribunal fica circunscrito aos motivos invocados na interposição” (Damásio de Jesus, Código de Processo Penal, 7ª ed., SP, Saraiva, 1989, pág. 372).

Nesse sentido, deste Relator:

“A apelação contra decisões do Tribunal do Júri tem natureza restrita, não devolvendo à Superior Instância o conhecimento integral da causa, cujo Tribunal fica circunscrito aos motivos invocados na interposição ou, pelo menos, na apresentação tempestiva das razões” (Ap. Crim. n. 98.017103-2, de Içara, deste Relator, j. em 30/3/99).

2. Inicialmente, a alegação recursal de nulidade do processo por falta efetiva de defesa não tem como prosperar.

Observa-se dos autos que a defesa realizada pelo anterior patrono Dr. Eurides Francisco de Ré (defensor dativo indicado preferencialmente pela mãe do réu — fls. 41) não foi omíssa, pois ofertou alegações preliminares, arrolando testemunhas (fls. 46); participou da primeira audiência de inquirição das testemunhas de acusação (fls. 57/58); apresentou alegações finais, nas quais sustentou que “a intenção do acusado não era matar e que o tiro fora acidental”, requerendo a desclassificação para homicídio culposo e o afastamento das qualificadoras do motivo torpe e da “surpresa” (fls. 78/79); após a pronúncia, ofereceu contrariedade ao libelo, requerendo a oitiva de 3 (três) testemunhas em plenário.

Dias antes da data designada para ter lugar o julgamento pelo Tribunal do Júri, o réu constituiu outro defensor, vindo este em plenário a encampar a defesa feita anteriormente, sustentando a tese do homicídio culposo; agora, em sede de apelação, o mesmo defensor, estranhamente, aponta deficiência de defesa porque, “em razões finais de fls. 78/79, o digno defensor dativo do réu concorda com a tese da acusação e vai frontalmente contra a versão apresentada pelo acusado em suas 3 (três) manifestações nos autos (fls. 12/13, 39/40 e 112). Sendo que tal fato, foi largamente e brilhantemente usado pela acusação em plenário do Júri, contribuindo decisivamente na condenação do réu” (sic — fls. 132).

Ora, a simples leitura das alegações finais ofertadas pelo anterior defensor revela que ele em momento algum não concordou com a tese da acusação; mesmo que na ata de julgamento constasse informação de que o Ministério Público utilizou-se disso em plenário (mas não consta), nenhuma nulidade acarretaria pois, por óbvio, a técnica não o impedia de argumentar com todos os elementos dos autos para convencer os jurados.

Por outro lado, apesar da conclusão da defesa prévia, nas alegações finais, apresentadas pelo defensor dativo (até a contrariedade ao libelo) constata-se representação regular; naquela arrolou testemunhas e nas alegações finais levantou teses defensivas viáveis (desclassificação para homicídio culposo e afastamento das qualificadoras), denotando, sem dúvida, defesa efetiva e eficiente em favor do apelante.

Embora as alegações finais não tenham constituído um tratado recheado de citações doutrinárias e jurisprudenciais, mas isso, consoante se verifica, nenhum prejuízo acarretou ao réu, que teve sua condenação calçada em base factual do processo, ainda mais tratando-se de casos que tais, afetos a julgamento pelo Tribunal do Júri, em que o convencimento dos jurados é determinado pela apreensão subjetiva dos fatos.

Por todos esses motivos, constata-se que não há falar em defesa deficiente, aliás, 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, o que incorreu.

Ada Pellegrinni Grinover, Antônio Scarence Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, comentando o tema, 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 autodefesa” (As Nulidades no Processo Penal, SP, RT, 1997, 6ª ed., pág. 75).

O Código de Processo Penal estipula o momento oportuno ou a ocasião limite para a arguição das nulidades, sob pena de serem consideradas sanadas.

Com efeito, o réu foi pronunciado às fls. 86/90; intimado da pronúncia às fls. 91; ofereceu-se libelo acusatório; e, apresentada sua contrariedade (fls. 97), designou-se, a seguir, data para julgamento (fls. 98); sendo intimado, 12 (doze) dias antes de sua realização constituiu novo defensor que simplesmente requereu a juntada de procuração sem nada alegar (fls. 104).

Além disso, ciente a defesa de que o julgamento pelo Tribunal do

Júri iria ser realizado, cumpria-lhe, a teor do estatuído no inc. V do art. 571 do Código de Processo Penal, se fosse nulidade, argüi-la logo depois de anunciado o julgamento e também não o fez.

Não há, assim, qualquer nulidade; se houvesse, seria relativa e não foi agitada no momento oportuno, estando coberta pela preclusão e falta de prova de prejuízo.

3. Segundo assentou o Supremo Tribunal Federal, “as manifestações decisórias emanadas do Conselho de Sentença não se revestem de intangibilidade jurídico-processual. A competência do Tribunal do Júri, embora definida no texto da lei fundamental da República, não confere a esse órgão especial da Justiça comum o exercício de um poder incontestável e ilimitado. As decisões que dela emanam expõem-se, em consequência, ao controle recursal do próprio Poder Judiciário, a cujos Tribunais compete pronunciar-se sobre a regularidade dos veredictos. A apelabilidade das decisões emanadas do Júri, nas hipóteses de conflito evidente com a prova dos autos, não ofende postulado constitucional que assegura a soberania dos veredictos desse Tribunal Popular. Precedentes” (HC n. 70.129-RJ, rel. Min. Paulo Brossard, in DJU de 17/6/94, pág. 15.721).

É iterativo na jurisprudência que somente há decisão manifestamente contrária à prova dos autos quando esta apresenta-se de todo absurda, chocante e aberrante de qualquer elemento de convicção colhido no decorrer do inquérito, da instrução ou do plenário.

Assim:

“Somente pode ser considerada manifestamente contrária à prova dos autos a decisão do Tribunal do Júri de todo absurda, chocante e aberrante de qualquer elemento de convicção colhido no decorrer do inquérito, da instrução ou dos debates em plenário — enfim, a que se apresenta destituída de qualquer fundamento, de qualquer base, de qualquer apoio no processo (...)” (RT 659/251).

4. O exame dos autos demonstra que é improcedente a pretensão de novo julgamento, pois que, em matéria da competência do Tribunal do Júri, “não compete à Segunda Instância o exame aprofundado das várias versões apresentadas, na busca da melhor e mais adequada solução, mas tão-somente uma posição fiscalizadora, mesclada pela parcimônia e descrição no sentido de se saber se a solução encontra razoável fundamento probatório (JC 36/434).

Embora o réu insurja-se contra a decisão condenatória afirmando que o Tribunal Popular decidiu de forma manifestamente contrária às provas dos autos por não aceitar sua tese de homicídio culposo, verifica-se que o Conselho de Sentença afastou a pretensão amparado em uma das versões existentes nos autos.

Assim, o apelante, nas duas oportunidades em que foi inquirido, confirmando perante o Conselho de Sentença, contou que foi à casa da vítima por volta das 23 horas para mostrar uma arma ao filho desta, seu amigo, e, como a porta estava aberta, entrou, sendo por ela atendida, e “acredita que não tenha percebido que o interrogando estava armado e deu um tapa de brincadeira de baixo



para cima fazendo com que a arma disparasse" (fls. 39).

Já segundo Antônio Carlos Brisola (filho da vítima), no dia 24/4/98, por volta das 23 horas, o denunciado chegou na casa onde morava, localizada no bairro Santo Antônio, na cidade de Chapecó, quando todos já estavam deitados, chamando por ele, tendo a vítima, Liberalina Alves, sua mãe, dito "a Alemão que fosse embora e voltasse no dia seguinte; que, Alemão insistiu e tornou a chamar pelo declarante por várias vezes, não recebendo resposta, aí chamou sua mãe dizendo 'ô tia, abre a porta pra nós conversar' e a vítima tornou a dizer que fosse embora e voltasse no dia seguinte; que, momentos depois Alemão arrombou a porta, que abre para fora, puxando-a com força e quebrando a tramela e entrou na casa, dirigindo-se de imediato para o quarto da mãe; que, o declarante não chegou a ver o Alemão se dirigindo, mas pode perceber que o mesmo não parou ao entrar na casa, tomando um rumo certo e instantes depois ouviu um disparo de arma de fogo e o Alemão se evadiu correndo" (fls. 19).

Os detalhes foram descritos pela adolescente Rosângela Brisola, possível pivô do desentendimento havido entre o apelante e sua mãe, já que esta não aprovava seu relacionamento com aquele em razão da vida desajustada que levava: "que, por volta de 23 horas, já estavam recolhidos, embora ainda não dormisse, ouviu quando o indiciado chamou por Antônio, mas ninguém atendeu o indiciado, nem mesmo falaram com ele, ou seja, permaneceram recolhidos e calados; que, o indiciado após chamar umas seis vezes por Antônio e não ser

atendido, puxou a porta que abre para fora com força, rebentando a tramela, abrindo-a e entrou na casa, na qual não possuem energia elétrica e naquela ocasião não havia nenhuma luz artificial na casa, porém, a depoente e seus familiares não tinham nenhuma dúvida de que se tratava da pessoa do indiciado, por conhecê-lo; que, estando o indiciado no interior da casa, viu a depoente que sua mãe, a vítima, levantou da cama e sem nada dizer empurrou a porta do quarto para deste sair, quando sem nenhum motivo ou razão justificável foi alvejada por um disparo de arma de fogo e simplesmente caiu no interior da casa" (fls. 16).

De outro lado, tem-se que os srs. peritos fizeram constar no Laudo de Exame Cadavérico de fls. 8 que a vítima "foi a óbito às 23h50min de hoje, em sua residência, vítima de ferimento produzido por instrumento perfurocontundente, projétil de arma de fogo (bala)", e "ao exame do crânio encontramos um orifício de entrada de instrumento perfurocontundente, produzido por projétil de arma de fogo, junto ao corpo do supercílio direito, próximo a linha média da região frontal, com orla de contusão e enxugo, não transfixante, causando uma fratura circular de occipital, pelo impacto do projétil deformado. A trajetória do projétil foi da frente para trás, não transfixante, causando traumatismo crânioencefálico, contusão cerebral grave e desorganização da massa encefálica".

Na verdade, a análise da votação dos quesitos revela que os jurados afastaram a tese do homicídio culposo pela imprudência (7x0) e negligência (7x0) por entenderem que

o réu atingiu a vítima Liberalina Alves com evidente animus necandi, entendimento que encontra respaldo nos autos.

Verifica-se assim que o veredicto popular deve ser mantido pois, conquanto a defesa alegue que o desentendimento anterior havido com a vítima poderia diminuir-lhe a responsabilidade, o certo é que esse fato se revela insignificante porque, no caso, sustentou a ocorrência de homicídio culposo, sem a intenção de matar.

Nesse sentido:

“Não se pode falar em decisão contrária à prova dos autos se os jurados apreciaram os elementos probantes e firmaram seu convencimento, adotando a versão que lhes pareceu mais convincente” (TJPR — RT 590/405; idem TJSP — RT 626/290).

Ou ainda:

“A decisão do Júri que, com supedâneo nos elementos constantes dos autos, opta por uma das versões apresentadas não pode ser anulada, sob a alegação de ser contrária à prova dos autos, pois tal procedimento só se justifica quando a decisão dos jurados é arbitrária, totalmente dissociada do conjunto probatório” (RT 675/354-5).

5. Resta, por fim, a análise do recurso do Ministério Público, pugnano pela elevação da pena imposta ao acusado, “por entender que houve injustiça na aplicação do castigo” (fls. 134).

Na aplicação da pena, enfatizou o ilustre Magistrado que “o acusado é primário e portador de bons antecedentes, fato que dispensa o exame das circunstâncias judiciais. Fixo a pena base em 12 (doze) anos de reclusão.

Tendo em vista a presença da dupla qualificadora, incidindo sobre a primeira, aumento a pena em 1 (um) ano (RT-600/338 e, RJTJSP-89/400). Compenso a agravante com a atenuante reconhecida, tornando a pena definitiva em 13 (treze) anos de reclusão” (sic — fls. 119).

Relembre-se, aqui, como tem decidido o colendo Supremo Tribunal Federal, na aplicação da pena e observado o critério trifásico previsto no art. 68 do Código Penal, ao tratar da primeira fase e fixar a pena-base consoante as circunstâncias judiciais do art. 59 do mesmo Código Penal, não se reclama do juiz, a princípio, ponderação discriminada de cada uma delas, quando ficam explicitadas aquelas que determinaram exasperação da pena acima do mínimo legal, pois “a base empírica do Juízo de valor que induziu a exasperação da pena pode resultar do contexto da motivação global da sentença condenatória” (Habeas Corpus n. 69.960, de São Paulo, rel. Min. Sepúlveda Pertence, in DJU de 6/8/93, pág. 14.904; vide também Habeas Corpus n. 70.420, do Rio de Janeiro, rel. Min. Paulo Brossard, in DJU de 25/2/94, pág. 2.592).

Mas no caso a “primariedade” do apelante foi considerada como fator preponderante à manutenção da pena-base no mínimo legal, devendo-se registrar, ao contrário do que afirmou o ilustre Magistrado, que tal circunstância “não lhe confere direito público subjetivo à fixação da pena-base em seu mínimo legal. Os Juízes e Tribunais podem exacerbá-la desde que motivem, adequadamente, o ato decisório, fundamentando-o em elementos existentes no processo que concretizem circunstâncias judiciais

abstratamente referidas no art. 59 do Código Penal..." (STF — trecho da ementa do Habeas Corpus n. 68.926, de Minas Gerais, rel. Min. Celso de Mello, in Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 142/582).

Bem por isso, anotando que o discricionarismo na fixação da pena-base não se confunde com arbítrio do juiz, segundo sua apreciação subjetiva e simples, neste Tribunal tem-se fixado que é possível a fixação da pena-base acima do mínimo legal ao agente primário, sem maus antecedentes nem circunstâncias graves, desde que expressamente motivada na sentença, com o que se observa a orientação do Supremo (vide Apelação Criminal n. 33.213, de São José, rel. Des. Álvaro Wandelli, in DJE de 15/9/95, n. 9.319, pág. 8).

Assim, o fato de o agente ser primário e mesmo possuir bons antecedentes não dispensa o juiz do exame das demais circunstâncias contidas no caput do art. 59 do CP para fixação da pena-base; têm ambas as partes (não somente o réu, mas também o Ministério Público) o direito de saber por que foi aplicada esta ou aquela pena.

No caso, não obstante a primariedade, a pena-base deve ser alterada, pois o réu não faz jus ao mínimo legal, eis que parte dos argumentos sustentados pelo ilustre Promotor de Justiça apresentam-se corretos, diante dos elementos contidos nos autos, ressalvadas as circunstâncias especialíssimas a seguir analisadas.

O réu, ora apelado, foi denunciado como incurso nas sanções dos incs. I (motivo torpe) e IV (recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa

da vítima) do § 2º do art. 121 do Código Penal, incidindo as qualificadoras porque "o crime foi praticado por motivo torpe e abjeto, vingando-se o denunciado, apenas porque a vítima, não concordava com o pretense namoro dele e sua filha Rosângela" e porque "a vítima, antes de ser alvejada, já estava dormindo em sua casa, sendo agredida sem condições de esboçar qualquer gesto defensivo, até porque, não tinha razões, próximas ou remotas para esperar um ataque semelhante" (fls. 3).

Nesses termos foi pronunciado, condenado e o recurso pretende, ainda, a majoração da pena "levando-se em conta, as condições em que praticou o homicídio, em clara vingança contra uma mulher, cujo único 'feito', seria contrapor-se ao pretense namoro que ele procurava manter com a filha Elisângela" (sic) e, ainda, porque "a vítima, quando alvejada, recém acabara de levantar-se da cama, onde estava dormindo, revelando-se a sagacidade do homicida, que procurou a morte dela, justamente numa situação que lhe inviabilizara qualquer pretensão defensiva" (fls. 125).

Ora, o § 2º do art. 121 do Código Penal enumera motivos, meios, modos e fins que podem ser considerados tanto como circunstâncias judiciais do art. 59 do CP (desde que não agravem ou qualifiquem), ou legais (arts. 61 a 67 do CP), especialmente como agravantes (desde que não constituam ou qualifiquem); assim, quando qualquer daqueles motivos, meios, modos ou fins não integrar a imputação de homicídio simples ou qualificado, seja porque não definida na sentença de pronúncia como tal, seja por afastada pelo Júri, surge ve-

dação lógico-jurídica de aceitá-los tanto para circunstância judicial ou legal, muito menos como agravante, sob pena de ocorrer bis in idem.

A este respeito preleciona Damásio E. de Jesus:

“As elementares correspondem aos elementos específicos do crime. As qualificadoras são circunstâncias legais especiais do crime previstas na Parte Especial do Código. Quando uma das circunstâncias agravantes funciona como elementar ou como circunstância qualificadora, não se aplica a agravação do art. 61. De outra forma, haveria bis in idem. Se a circunstância genérica (ou qualificativa) do art. 61 funciona como circunstância qualificadora do tipo penal, se houvesse a incidência da agravação da pena, o sujeito teria a pena aumentada duas vezes em face do mesmo fato ou motivo” (Direito Penal, Parte Geral, 12ª ed., 1988, pág. 484).

Ora, no caso, tendo o réu sido pronunciado com as qualificadoras do inciso I (motivo torpe) e IV (recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima), o Magistrado não podia mesmo considerá-las na primeira fase como circunstâncias judiciais para elevar a pena-base além do mínimo legal, esta que foi agravada em 1 (um) ano em consequência do reconhecimento de umas das qualificadoras como circunstância agravante e “compensada com a atenuante reconhecida” (fls. 119), resultado de terem sido os jurados indagados em dois quesitos genéricos distintos, sobre a presença das referidas circunstâncias legais nos quesitos número 7º (“Existem circunstâncias agravantes contra o acusado?”) e 8º (“Existem circuns-

tâncias atenuantes em favor do acusado?”), sem qualquer quesito suplementar de especificação tanto para a agravante (esta sequer contida no libelo ou em requerimento no Plenário) quanto para a atenuante (“Qual?”).

Neste tópico há que se distinguir ainda: o motivo torpe e o recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa da vítima foram admitidos como circunstâncias qualificadoras (art. 121, § 2º, I e IV, do CP) desde a pronúncia e assim foram acolhidos pelo Júri; uma delas pode ser utilizada como circunstância legal (art. 61), desde que lá expressamente prevista, enquanto a outra causa funciona ao tipo penal básico, como vem afirmando a jurisprudência deste Tribunal de Justiça (JC 49/371 e 69/471); o Conselho de Sentença não podia ser questionado sobre qualquer outra circunstância legal agravante, porque não articulada no libelo.

Mas, como bem afirmou o recorrente e o sintetizou o Dr. Procurador de Justiça, “no caso vertente, ficou evidenciada a culpabilidade intensa do recorrido, mormente porque premeditou o crime, indo até a residência da vítima e alvejando-a com um disparo de arma de fogo, além da reprovabilidade acentuada da sua conduta e o dolo elevado. Por outro lado, há notícia de que a conduta social do apelado é péssima, sendo elemento integrado à criminalidade e que não possui ocupação lícita. A personalidade do agente mostra-se deturpada, eis que dotado de certo grau de periculosidade. Os motivos do delito foram devidamente sopesados com o reconhecimento da qualificadora do motivo torpe. As circunstâncias do delito foram normais à espécie, porém,

as conseqüências foram graves, notadamente porque o requerido ceifou a vida de uma mãe de família, deixando os filhos desamparados. Saliente-se, ainda, as declarações prestadas pelos familiares da ofendida, no sentido de que o apelado estaria ameaçando-os de morte.

"Desta feita, entendemos que existem circunstâncias judiciais desfavoráveis ao recorrido, motivo pelo qual a pena-base deve ser aplicada acima do mínimo legal" (fls. 148).

Concluindo: a presença de circunstâncias judiciais negativas, como culpabilidade acentuada (reprovabilidade da conduta criminoso), má conduta social, má personalidade revelada inclusive pela perversidade e intimidação posterior aos parentes da vítima, assim como as severas conseqüências do crime diante do número de órfãos deixados desamparados, justifica fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Por isso, o recurso ministerial é provido, fixando-se a pena-base pelo homicídio qualificado pelo motivo torpe (1ª qualificadora) em 15 (quinze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, agravada pela utilização de recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa da ofendida (2ª qualificadora transformada em agravante — CP, art. 61, II, c) em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, para logo ser atenuada em 2 (dois) anos de reclusão

pela atenuante preponderante da menoridade (CP, arts. 65, I, e 67), resultando a pena definitiva de 15 (quinze) anos de reclusão, em regime integralmente fechado por se tratar de crime considerado hediondo (como consta na sentença).

Quanto à circunstância atenuante, verifica-se que a ausência de especificação ("Quais?") não foi prejudicial ao réu e, quanto a isso, conformou-se o Ministério Público, porquanto é circunstância incontroversa nos autos que o réu era menor de 21 (vinte e um) anos à época dos fatos (art. 65, I, do CP).

6. Diante do exposto, conhece-se dos recursos, nega-se provimento ao do acusado e dá-se provimento ao do Ministério Público, para reajustar a pena para 15 (quinze) anos de reclusão, mantidas as demais cominações da sentença.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 21 de setembro de 1999.

*Alberto Costa,*

*Presidente com voto;*

*Nilton Macedo Machado,*

*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.018799-3, DE CHAPECÓ**

**Relator: Des. Cesar Abreu**

*Júri. Homicídio duplamente qualificado.*

*Nulidade posterior à pronúncia por inobservância ao disposto no artigo 188 do CPP. Inocorrência.*

*Alegação de falta de intimação para a sessão de sorteio dos jurados. Fato não previsto em lei. Sorteio realizado em público, a portas abertas, com a participação de um menor de dezoito anos. Observância dos artigos 427 e 428 do CPP.*

*Sentença contrária à lei e à decisão dos jurados. Invocação impertinente porque sem sustentação jurídica.*

*Nulidade resultante do interrogatório, porque incompleto e deficiente. Ata de julgamento que não consta qualquer ressalva ou reclamação a respeito. Arguição intempestiva (arts. 571, VIII, e 572 do CPP).*

*Nulidade por ausência de quesitação sobre a participação de menor importância (art. 29, § 1º, do CP). Condição de co-autor, como mandante. Reclamo não invocado por ocasião da contrariedade ao libelo nem em plenário. Alegação improcedente sendo a negativa de autoria a única tese defensiva. Matéria preclusa.*

*Julgamento manifestamente contrário à prova dos autos, sob a justificativa da não participação no fato criminoso. Testigos e demais provas que comprovam a promessa de recompensa efetivada pelo condenado. Decisão do júri com supedâneo nos elementos de prova constantes dos autos.*

*Erro ou injustiça na aplicação da pena. Pena aplicada acima do mínimo legal. Consideradas nas fases próprias as circunstâncias judiciais desfavoráveis e o conjunto de qualificadoras.*

*Recurso improvido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.018799-3, da comarca de Chapecó, em que é apelante Claudiomir Carlos da Silva, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas ex lege.

## **I — Relatório**

Na comarca de Chapecó o réu Claudiomir Carlos da Silva foi denunciado como mandante do homicídio perpetrado contra Ivomar Paim, imputando-lhe o duto representante do Ministério Público a prática do crime definido no art. 121, § 2º, I e IV, do CP.

Pronunciado juntamente com o co-réu Vlademir Borges de Andrade, foram submetidos ao Tribunal Popular, restando o primeiro condenado à pena de 15 (quinze) anos de reclusão, em regime fechado, e o último absolvido.

Inconformado, ofereceu apelo invocando as disposições do art. 593, III, letras a, b, c e d, do CPP.

As razões recursais foram apresentadas por dois advogados, em peças separadas, mas complementares.

No tocante à nulidade posterior à pronúncia (letra a) de que o interrogatório do réu não observou a indispensável disposição do art. 188 do CPP, eis que limitado à ratificação do prestado na fase anterior àquela. Assevera, também, não ter havido a intimação para a sessão do sorteio dos 21 jurados, com ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa. E mais, falta de quesitação a respeito da participação de menor importância (art. 29, § 1º, do CP).

Já, no pertinente à letra b, ou seja, de que a sentença do juiz presidente contrariou à lei expressa ou à decisão dos jurados, não obstante a inclusão no termo do apelo, vê-se que nada foi deduzido nas razões recursais.

Quanto à letra c — erro ou injustiça na aplicação da pena —, argumenta ter sido esta exacerbada, sem entretimentos, apontar o exagero.

Por último, e quanto à letra d, calcado no conceito de julgamento manifestamente contrário à prova dos autos, sustenta que a versão mais verossímil é a da não participação do apelante no fato criminoso, porquanto nada há nos autos que possa imputar

a ele o envolvimento, de qualquer forma, na prática do crime perpetrado contra a pessoa de Ivomar Paim, muito menos de que tivesse “encomendado” a morte daquele.

Oferecidas as contra-razões os autos ascenderam a esta Instância recursal, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo improvimento do apelo.

## II — Voto

Improcede o inconformismo manifestado, impondo-se a integral manutenção da decisão do Sodalício Popular, visto ter sido conferido à espécie adequado tratamento normativo, à luz das provas existentes nos autos:

No que tange às nulidades argüidas como insanáveis, impõe-se anotar que o Código de Processo Penal estabelece os momentos em que estas devem ser alegadas, sob pena de preclusão. A propósito, preceitua o art. 571, inciso V:

“Art. 571 — As nulidades deverão ser argüidas:

“... ”

“V — as ocorridas posteriormente à pronúncia, logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes (art. 447)”.

Assim, considerando-se que o ato de sorteio dos 21 jurados se processa após a sentença de pronúncia, preclusa está a possibilidade de argüição de irregularidade porventura ocorrida nesse ato processual.

A questão não é nem de preclusão e sim de inexistência de nulidade e sequer de irregularidade, uma vez



que os arts. 427 e 428 do CPP não exigem a intimação da defesa para realização de tal ato, determinando apenas que o sorteio se faça em público, a portas abertas e com a participação de um menor de 18 anos, de tudo se lavrando ata em livro próprio.

Tendo o CPP silenciado a despeito da participação da defesa no sorteio dos 21 jurados, é de se concluir que a falta ou tardia intimação desta não é motivo de nulidade e muito menos de irregularidade processual.

Ao dissertarem sobre a matéria, Adriano Marrey, Alberto Silva Franco e Rui Stoco, citando ensinamento de Frederico Marques, arrematam:

“Se um juiz, a portas abertas, não sabe portar-se com isenção bastante para não usar de malícia no tirar as cédulas da urna, claro está que incompatilizado se acha para o exercício da magistratura” (in Teoria e Prática do Júri, Editora Revista dos Tribunais, 4ª ed., pág. 80).

Dessa forma, imerece acolhimento a nulidade argüida. Primeiro, porque o ato de sorteio dos 21 jurados não exige a participação da defesa; segundo, mesmo que se entendesse indispensável a intimação da defesa para o ato, preclusa está a matéria, eis que não argüida no momento próprio.

Quanto ao interrogatório no Júri, sustenta Julio Fabbrini Mirabete que: “Como ao acusado permite-se inclusive o silêncio, já se tem admitido, em julgamento do Júri, que o réu reporte-se aos termos do seu anterior interrogatório em plenário e que lhe foi lido” (CPP Interpretado, 5ª ed., Atlas, SP, 1997, pág. 268).

No entanto, essa é uma prática que deve ser evitada, o quanto possível, por se constituir em relevante peça instrutória para a formação do livre convencimento dos jurados.

A nulidade resultante do interrogatório, incompleto ou deficiente, é sanável por força do art. 572 do CPP, quando não argüida em tempo oportuno, isto é, na própria Sessão do Tribunal do Júri, logo depois de ocorrida, como preceitua o n. VIII do art. 571, do mesmo diploma processual (RTJ 38/630 e 65/336).

Na ata de julgamento não consta qualquer reclamação ou ressalva, operando-se a preclusão, portanto, sanada a nulidade sugerida.

Relativamente à falta de quesitação da hipótese do § 1º do art. 29 do CP, é importante anotar que o réu está sendo processado na condição de mandante, portanto, na condição de co-autor, concorrendo diretamente para a comissão do crime, havendo comunicabilidade das circunstâncias elementares do crime, não havendo falar-se em participação de menor importância. Ademais, seja na contrariedade do libelo (fls. 238/240) ou mesmo em Plenário, não houve invocação dessa tese, ou mesmo reclamação quanto à ausência da quesitação específica. A tese defensiva, aliás, era exclusivamente a negativa da autoria.

Nesse sentido:

“Improcede a alegação de nulidade por ausência de quesito relativo a participação de menor importância, se a única tese defensiva foi a de negativa de autoria. Matéria também preclusa (art. 571, CPP)” (Revisão Criminal n. 97.004471-2, de Lages, rel. Des. Genésio Nolli).

Não há, por igual, incidência da letra b, III, art. 593, do CPP, posto que o Juiz Presidente proferiu a sentença de acordo com os ditames legais. Inexiste, no particular, sustentação jurídica para a invocação, de toda impertinente.

Invertendo o conhecimento da matéria (letras c e d), é de se considerar que incorre a aventada “decisão manifestamente contrária à prova dos autos”.

O Ministério Público, desde a denúncia, vem sustentando firmemente que, na hipótese, o apelante se apresenta como mandante do crime. Essa conclusão é corolário do minudente exame da prova que o coloca, inclusive, como tendo colaborado na execução fatal.

Colhe-se da jurisprudência:

“Somente na fase de execução do delito é que o mandante não responde pelos atos do mandatário. Réu que, no entanto, ademais de ajustar, mediante paga, o assassinato da vítima, participou da sua execução até o instante final. Forma qualificada que se impõe” (Recurso Criminal n. 8.840, de Biguaçu, rel. Des. Álvaro Wandelli).

A prova, por outro lado, está assim constituída:

O primeiro indício da colaboração do apelante no homicídio, vem do próprio Vladimir, acusado absolvido, quando ele, nas suas declarações de fls. 36, assegura: “...soube da morte por ‘diabinho’, que lhe relatou, foram ‘Leonir’, ‘Veco’ e ‘Cláudio de tal...’. Esse ‘Cláudio de tal’, outro não é senão o próprio acusado Claudiomir.

“O segundo indício incriminador, vem do depoimento de José Antônio Gazola (fls. 99), onde ele afirma: ‘...foi procurado por ‘Diabinho’, ‘Lebrinho’ e ‘Veco’, os quais lhe narraram que os três e mais Claudiomir, tinham eliminado a vítima...”.

O terceiro indício advém do depoimento de um dos executores, menor inimputável na época (Leonir José dos Santos (fls. 107v.), que esclarece: “...a vítima ficou parada e o depoente deu-lhe dois golpes; saiu correndo e, nesse momento, chegou Claudiomir, a passos rápidos...”.

Esse mesmo depoimento de Leonir teve alguma modificação daquele que ele prestou na fase policial (fls. 93v.), pois naquela ocasião afirmou: “...viu Cláudio e ‘Diabinho’ darem mais facadas na vítima...”.

O quarto indício extrai-se das declarações de mais um dos executores, também inimputável (João Domingos Soares (fls. 24v.), vulgo “Diabinho”, em que o próprio refere: “...percebeu quanto ‘Lebre’, ‘Veco’ e ‘Cláudio’, perseguiram a vítima, que tentou correr; os três conseguiram pegá-lo, todos armados de faca e acabaram de matar; a vítima não esboçou qualquer reação ou provocação e foi morta covardemente...”.

O quinto indício encontra-se nas declarações da testemunha presencial do episódio, Guiomar Silveira (fls. 14 e 45), onde afirma: “...estava com a vítima e com ela saiu da festa; no caminho, foram abordados por três elementos e Claudiomir, estava escondido e disse: ‘...não vai que os homens estão ferrados...’; Claudiomir presenciou tudo que se passou...”.

O sexto indício está cristalizado no fato de que Claudiomir, depois do homicídio, não mais apareceu no emprego que mantinha e sequer foi acertar suas contas, fato demonstrado pelo depoimento de Ivanir Paim (fls. 15), irmão da vítima, que com ele trabalhava no mesmo local.

Em face da doutrina, da jurisprudência e do sistema adotado pelo CPP, pode o Magistrado proferir decisão condenatória com base única e exclusivamente em prova indiciária, pois se trata de prova tão válida como qualquer outra (Da Prova no Processo Penal, Adalberto Aranha, Ed. Saraiva, 1983, Procuradoria-Geral de Justiça, pág. 136).

A isso tudo alie-se o fato de que o apelante, no dia da festa que antecedeu ao episódio violento, estava no local em companhia de "Diabinho" e outros malfeitores. Seguiu a vítima e chegou a recomendar para uma terceira pessoa, Guiomar Silveira, que não andasse para frente, porque os "homens estavam ferrados".

É inegável que Claudiomir sabia da intenção homicida dos adolescentes, e o simples fato de ter recomendado a Guiomar para que não seguisse para frente revela que estava unido ao mesmo propósito dos que primeiro golpearam o falecido (fls. 307/309).

A condição de mandante está exatamente na promessa de recompensa, que surge da conjugação dos seguintes testigos:

"No tocante à promessa de recompensa por ele feita, veja-se que afirma o apelante que, no mesmo dia dos fatos, pela manhã, 'Diabinho' e

outros, foram até sua casa, pedindo dinheiro.

"Afirmou o recorrente que eles assim agiram, para cobrar-se da venda de um televisor.

"Porém, esse 'álibi' de Claudiomir foi desmontado por sua própria companheira Margarete da Silva (fls. 40), a qual afirmou que seu esposo não tinha comprado tal aparelho de estranhos e sequer o possuíam dito eletrodoméstico em casa.

"Claro que, a presença de 'Diabinho' e seus asseclas, na casa de Claudiomir, horas depois do horrendo crime, exigindo dinheiro, é uma inequívoca demonstração de que lá foram ressarcir-se da macabra encomenda que tinham ajustado e auxiliado a concretizar.

"Claudiomir, tinha todos os motivos para querer a morte de Ivomar, pois segundo afirma (fls. 37), tempos atrás, a vítima tinha quebrado a perna de uma filha sua.

"A torpeza é notória. Prometeu o apelante recompensar aqueles que o ajudaram a desferrar-se do desafeto.

"De outra parte, quando conclui-se que a vítima restou atingida por sete facadas e, o laudo pericial de fls. 11, assegura que: '...os ferimentos deram-se durante o percurso da vítima até sua posição final e seus agressores estavam em posições variadas...', não há como negar sabedoria do Júri Popular, quando também aceitou a qualificadora do recurso que dificultou ou impediu a defesa do ofendido.

"Na própria festa que antecedeu ao trágico e funesto encontro, Claudiomir, chegou a cumprimentar a

vítima, dando-lhe falsas mostras de amizade, para, em seguida, na escuridão, além de apoiar aos matadores, a eles uniu-se para conferir ou 'terminar de matar' Ivolmar" (fls. 309/310).

Não há, por evidente, negar as qualificadoras, que se transmitem ao mandante, por força do art. 30 do CP.

Sobre a questão leciona Nelson Hungria:

"A incomunicabilidade das circunstâncias pessoais cessa quando estas entram na própria noção do crime. No homicídio qualificado, por exemplo, as qualificativas de caráter pessoal, *ex capite executoris*, se estendem aos partícipes" (obra citada, vol. I, t. II, pág. 437).

Igualmente ensina Damásio de Jesus que "os dois sujeitos respondem pela forma qualificada: o que realizou a conduta e o que pagou ou prometeu a recompensa" (Código Penal Anotado, pág. 295).

É da jurisprudência:

"O motivo torpe se caracteriza pela singela ocorrência de paga e, não obstante seja circunstância de caráter pessoal, comunica-se ao mandante, por ser elementar do crime (art. 26 do CP)" (RT 538/348).

A matéria foi soberanamente decidida pelo Tribunal Popular, não havendo o que anular.

"A decisão do Júri que, com supedâneo nos elementos constantes dos autos, opta por uma das versões apresentadas não pode ser anulada, sob a alegação de ser contrária à

prova dos autos, pois tal procedimento só se justifica quando a decisão dos jurados é arbitrária, totalmente dissociada do conjunto probatório" (RT 675/354-5).

Finalmente, não há erro ou injustiça na aplicação da pena (letra c). O Magistrado, com alicerce nas circunstâncias judiciais, os antecedentes, a conduta social, a personalidade e o comportamento da vítima, que em nada contribuiu, fixou a pena-base em 14 (quatorze) anos de reclusão. Ato contínuo, tendo em vista a presença de dupla qualificadora, acresceu aquela de 1 (um) ano, tornando-a definitiva, em 15 (quinze) anos de reclusão, à míngua de outras causas modificadoras.

Não há, portanto, falar em exacerbação de pena.

### III — Decisão

Diante do exposto, nega-se provimento ao apelo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Mussi e Nilton Macedo Machado. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 21 de dezembro de 1999.

*Alberto Costa,*  
*Presidente;*  
*Cesar Abreu,*  
*Relator.*

## RECURSOS DE AGRAVO

### RECURSO DE AGRAVO N. 00.000830-3, DA CAPITAL

Relator: Des. Genésio Nolli

*Recurso de agravo — Preliminar de nulidade da decisão re-  
pelida — Latrocínio — Crime hediondo — Progressão de regime  
prisional — Impossibilidade — Pena que deve ser resgatada inte-  
egralmente no regime fechado.*

*“Não teria, portanto, sentido atribuir-se à expressão ‘inicial-  
mente’ utilizada pelo Magistrado, a intenção de não aplicar disposi-  
ção expressa de lei federal e afrontar a jurisprudência, quando isso  
não resulte de manifestação indubitosa a respeito” (STJ — HC n.  
3.497-0, rel. Min. Assis Toledo).*

*Recurso desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos  
estes autos de Recurso de Agravo n.  
00.000830-3, da comarca da Capital  
(Vara de Execuções Penais), em que é  
recorrente Marcos Cardoso Cândido,  
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 Marcos Cardoso Cândido, condenado à pena de 20 (vinte) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, por infração ao disposto no art. 157, § 3º, parte final, do Código Penal.

Insurge-se o agravante contra a decisão do MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da comarca da Capital que indeferiu a progressão de regime ao apenado.

Entende o agravante ter direito à progressão de regime, pois o Magistrado ao sentenciar dispôs que o regime inicial para o cumprimento da reprimenda, por força da Lei n. 8.072/90, era o regime fechado.

Contra-arrazoado o recurso e mantida a decisão, ascenderam os autos e a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se, preliminarmente, pela anulação da decisão, ou, no mérito, pelo seu desprovimento.

É o relatório.

Não prospera a preliminar de nulidade da decisão.

Ao contrário do aduzido pelo douto Promotor de Justiça convocado, a decisão judicial não padece de nulidade por falta de fundamentação, demonstrando o Magistrado que seu convencimento formou-se com base no fato de o delito ter sido praticado sob a égide da Lei n. 8.072/90 que veda expressamente a progressão de regime.

Assim, o Magistrado ao fundamentar a sua decisão em posição diametralmente oposta ao pleiteado pelo requerente rechaçou a tese defensiva.

Já se decidiu:

“Sentença criminal — Tese de defesa — Análise sucinta e objetiva — Nulidade inexistente.

“Somente quando não motivada a sentença é nula; a circunstância de conter fundamentação sucinta ou deficiente não a invalida. Precedentes” (Ap. Crim. n. 97.002340-5, da Capital, rel. Des. Nilton Macedo Machado, julgada em 27/5/97).

Ou ainda:

“Somente quando não motivada a sentença é nula. assim, a circunstância de conter fundamentação sucinta ou deficiente não a invalida” (STF — RTJ 73/220).

No mérito, o recurso não procede.

Acertou o Magistrado ao não conceder a progressão de regime. O crime de latrocínio é hediondo (art. 1º, inciso II, da Lei n. 8.072/90), não cabendo ao recorrente o benefício da progressão.

O Magistrado reconheceu na sentença o caráter hediondo do crime praticado pelo recorrente, negando-lhe, portanto, o direito à progressão de regime, mesmo com a presença dos demais requisitos legais.

A expressão inicial, da forma como foi consignada na sentença, não assegura ao recorrente direito à progressão de regime, pois fez o Magistrado expressa menção à Lei dos Crimes Hediondos ao fixar o regime, in verbis:

“Como regime inicial para o cumprimento da reprimenda, e por força da Lei n. 8.072/90, fixo o regime fechado” (fls. 37).

Assim, não há como reconhecer que o Magistrado com a expressão “inicial” tivesse afastado a aplicação da norma expressa na Lei n. 8.072/90 que não permite a progressão prisional.

Afinal, o Juiz sentenciante fez expressa menção à Lei n. 8.072/90 e se tivesse a intenção de decidir contrário a ela teria, expressamente, declinado os motivos que o levou a negar a sua validade, o que não ocorreu no caso em exame.

Portanto, o vocábulo “inicial” utilizado não expressa a intenção do Juiz no sentido de afastar a incidência do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, que nega a progressão de regime para a hipótese dos autos.

Nesse sentido é a jurisprudência:

“Recurso de agravo — Crime hediondo — Sentença que estabelece em seu dispositivo que ‘o início do cumprimento’ da pena será fechado, após fazer expressa menção ao art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90. Expressão que diz respeito à integralidade do cumprimento da reprimenda, em face da referência à vedação legal de progressão de regime. Improvimento” (Recurso de Agravo n. 99.018124-3, de Chapecó, rel. Des. Maurílio Moreira Leite).

Ou então:

“A expressão ‘inicial’, empregada pelo eminente Magistrado na sentença, deveria ser vista como mero vício de linguagem, sem a força de atentar contra expressa disposição de lei federal e contrariar segura e tranqüila jurisprudência deste Tribunal e das mais altas cortes do País (...)” (TJSP — RA — rel. Devienne Ferraz — JTJ 179/305).

Ou ainda:

“Processual penal — Lei de Crimes Hediondos — Regime de cumprimento de pena.

“Os condenados pela prática de crime hediondo deverão cumprir integralmente a pena em regime fechado (precedentes do STF e desta Corte).

“Não teria, portanto, sentido atribuir-se à expressão ‘inicialmente’,

utilizada pelo Magistrado, a intenção de não aplicar disposição expressa de lei federal e afrontar a jurisprudência, quando isso não resulte de manifestação indubitosa a respeito.

“Ademais, é da competência do juiz da execução decidir sobre progressão ou regressão de regimes (art. 66, III, b, da Lei n. 7.210/84)” (STJ — HC n. 3.497-0, rel. Min. Assis Toledo).

Colhe-se do corpo do acórdão: “a Lei de Execução Penal preceitua, em seu art. 66, inciso, III, b, competir ao Juiz da execução decidir sobre progressão ou regressão nos regimes. Não era, pois, sequer da competência do Juiz sentenciante decidir, por antecipação, acerca do direito do paciente a futuras progressões, não sendo presumível que tivesse desejado realmente fazê-los”.

Nessa esteira:

“Crime hediondo — Regime prisional — Progressão — Não cabimento — Sentença, ademais, que nada decide sobre progressões ao estabelecer ser o regime ‘inicial’ fechado. A sentença, ao fixar o regime fechado como inicial a ser cumprido, quer apenas dizer que os percalços da progressão ficarão, se cabível, ao encargo do juiz adequado, que é o da execução” (TJSP — RA — rel. Ary Belfort — JTJ 183/329).

Assim, não houve, in casu, ofensa à coisa julgada ou reforma in pejus.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Borges e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douda



Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Rui Carlos Kolb Schiefler.

Florianópolis, 8 de março de 2000.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente;*  
*Genésio Nolli,*  
*Relator.*

## RECURSO DE AGRAVO N. 99.014922-6, DE PONTE SERRADA

**Relator: Des. Jorge Mussi**

*Execução penal — Concessão de livramento condicional — Inconformismo interposto pelo assistente da acusação — Ilegitimidade ad causam — Sentença condenatória que já transitou em julgado — Matéria afeta aos interesses tão-somente do Estado e do apenado — Exaurimento da habilitação — Recurso de agravo não conhecido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n. 99.014922-6, da comarca de Ponte Serrada, em que é recorrente o Assistente da Acusação, e recorridos Alfélio Titão, e a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, não conhecer do recurso de agravo.

Custas legais.

1 — Trata-se de recurso de agravo aforado por João Alves Correia e Cláudio Alves Correia, regularmente admitidos como Assistentes da Acusação nos autos do Processo Crime n. 051.93.000013-8, da comarca de Ponte Serrada, em que Alfélio Titão restou condenado ao cumprimento da pena de 12 (doze) anos de reclusão, por infração ao art. 121 do Código Penal.

Insurgem-se os recorrentes contra a decisão que concedeu a Alfélio Titão o benefício do livramento condicional, argumentando que o recorrido não preenche os requisitos objetivos apontados no art. 83 do Código Penal, pois não reparou o dano que causou, não cumpriu 1/3 (um terço) da pena que lhe foi imposta e não pagou as custas processuais.

Assim, pretendem a reforma do decisum impugnado, a fim de que seja cassado o livramento condicional concedido ao recorrido.

Requereram, ainda, que seja o recurso de agravo recebido "com efeito suspensivo" (fls. 8).

O pleito foi recebido tão-somente no seu efeito devolutivo, sendo determinada a sua remessa à Comarca de origem, para que fosse regularmente processado (Despacho de fls. 44 e 45).

Cumprido o estabelecido, o recurso foi contra-arrazoado e o Juízo a quo manteve a decisão atacada, tendo os autos retornados a este Grau de Jurisdição, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou, preliminarmente, pelo seu não conhecimento e, no mérito, pelo seu improvimento.

É o relatório.

2 — Razão assiste ao Órgão Ministerial quando entende que o presente recurso não pode ser conhecido.

Com efeito, o art. 197 da Lei de Execuções Penais é bastante claro ao preceituar que “das decisões proferidas pelo juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo”.

Todavia, a mesma legislação prevê que os incidentes de execução penal iniciar-se-ão, de ofício, impulsionados pelo Ministério Público, pelo interessado (seu representante, cônjuge, parente ou descendente), mediante proposta do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa (art. 195).

Especificamente sobre o recurso de agravo, Ada Pellegrini Grinover et alii, assevera:

“Não há dúvida de que estão legitimados o Ministério Público e o interessado, aqui entendido como o sentenciado que, por estar cumprindo determinada pena ou medida de segurança, tem interesse direto na decisão proferida durante a execução” (in “Recurso no Processo Penal”, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, pág. 199).

In casu, flagrante que os recorrentes — Assistente da Acusação —

não são parte legítima para interpor o recurso de agravo, matéria que abranje o âmbito da execução penal, a qual somente o Estado e o apenado são interessados, exaurindo a sua habilitação na esfera criminal a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória.

No tocante ao tema, Julio Fabbrini Mirabete expõe:

“Não é parte legítima para propor o procedimento judicial o assistente da acusação, cuja função se exaure com o trânsito em julgado da sentença condenatória” (in “Execução Penal”, 6ª ed., São Paulo, Atlas, 1996, pág. 427).

Em outra obra o mesmo autor, comentando o exposto no art. 269 do Código de Processo Penal, o qual cuida da admissão do Assistente da Acusação, leciona:

“Transitada em julgado a sentença condenatória, concretiza-se o jus puniendi, que é exclusivo do Estado, afastando a lei a possibilidade de oficiar nos autos de execução o assistente, ainda que admitido no curso da ação penal” (in “Código de Processo Penal Interpretado”, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 1997, pág. 354).

Além dos dispositivos suso mencionados, a Lei de Execução Penal é explícita e taxativa quanto à legitimidade para suscitar o incidente de excesso ou desvio de execução, quais sejam, o Ministério Público, o Conselho Penitenciário, o sentenciado ou qualquer dos demais órgãos da execução penal (art. 186 e seus incisos).

E a jurisprudência assim se apresenta:

“Execução de sentença — Desvio na aplicação da pena — Alegação pelo assistente da acusação em reclamação — Ilegitimidade ad causam — Função exaurida com o trânsito em julgado da decisão condenatória (...).

“Dispõe o art. 186 da Lei n. 7.210/84, que o incidente de excesso ou desvio na aplicação da pena só pode ser suscitado pelo Ministério Público, pelo Conselho Penitenciário, pelo sentenciado ou qualquer dos demais órgãos da execução penal, sendo, portanto, parte ilegítima para sua suscitação o assistente da acusação, cuja função se exaure com o trânsito em julgado da sentença condenatória (...)” (RT 618/388).

Esta assertiva advém do fato de os referidos incidentes tratarem de matéria afeta à execução penal, aplicação puramente técnica e de interesse público, enquanto que a atividade colaborativa do Assistente da Acusação com a justiça esgota-se com a condenação.

O doutrinador Fernando Capez, a respeito do Assistente da Acusação, traz a seguinte ensinança:

“Assim, condenatória a decisão, estará resguardado o seu interesse pecuniário; terá o processo penal, para ele, atingido a sua finalidade (...)” (in “Curso de Processo Penal”, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, pág. 166).

Portanto, o presente recurso de agravo não pode ser conhecido, em face da ilegitimidade ad causam dos recorrentes para a sua propositura.

3 — Ex positis, não se conhece do recurso interposto pelo Assistente da Acusação.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Nilton Macedo Machado. Lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 7 de dezembro de 1999.

*Alberto Costa,*  
*Presidente;*  
*Jorge Mussi,*  
*Relator.*

## RECURSO DE AGRAVO N. 99.011125-3, DE POMERODE

**Relator: Des. Maurílio Moreira Leite**

*Recurso de agravo. Tráfico ilícito de entorpecentes. Inaplicabilidade dos benefícios estatuídos pela Lei n. 9.714/98. Inteligência dos artigos 12 do Código Penal, e 5º, XLIII, da Constituição Federal. Improvimento.*

*Os benefícios previstos pela Lei n. 9.714/98, que alterou dispositivos da Parte Geral do Código Penal, não se aplicam ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, em face do estatuído no seu artigo 12, e também por se tratar de delito de extrema gravidade, insuscetível*

*vel de fiança, graça ou anistia.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n. 99.011125-3, da comarca de Pomerode, em que é recorrente Amauri dos Reis, sendo recorrida a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por maioria de votos, negar provimento ao recurso.

Custas legais.

Amauri dos Reis, na comarca de Pomerode, foi condenado à pena de três anos de reclusão, mais cinquenta dias-multa, com enquadramento no artigo 12 da Lei n. 6.368/76. Em recurso interposto pela defesa, esta egrégia Câmara manteve a decisão quando afirmou: "Os crimes desta natureza, que representam imensurável perigo social, devem ser rigorosamente combatidos, eis que atentam não só contra a integridade física dos membros da sociedade, mas, e principalmente, atingem mortalmente o futuro da organização social, a qual se apóia nas gerações vindouras. A atualidade tem demonstrado um crescimento exagerado na prática de delitos envolvendo tóxicos, fato sinalizado de desequilíbrio socioeconômico, merecedor da atenção urgente e direcionada das autoridades públicas" (fls. 140).

No Juízo da Execução, requereu a substituição da pena restritiva de liberdade por restritiva de direitos, com fulcro nas disposições da Lei n. 9.714/98, que reformulando matéria contida no artigo 43 e seguintes do Código Penal ampliou a incidência de sua aplicação.

A pretensão restou indeferida (fls. 165/168). Inconformado, interpôs o presente recurso de agravo visando à reforma da decisão denegatória, pois, consoante decisões que aponta, é viável a aplicação dos benefícios trazidos pela Lei n. 9.714/98 ao delito supramencionado.

Contra-razões às fls. 176/178, no sentido da rejeição do recurso, e despacho de sustentação às fls. 188.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, representada pelo Dr. Vilmar José Loef, opinou pelo improvimento da manifestação inconformista.

É o relatório.

Não há negar acerca da aplicabilidade das disposições da Lei n. 9.714/98, que ampliou a incidência do benefício da substituição da pena restritiva de liberdade por restritiva de direitos, há respeitável posicionamento. Porém, em que pesem os ponderáveis argumentos a respeito, inaplicável o benefício referido ao crime delineado no artigo 12 da Lei n. 6.368/76, haja vista o disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, a qual, sendo lei especial, com disposição expressa a respeito da matéria invocada, o disposto na Parte Geral do Código Penal (modificada pela incidência da Lei n. 9.714/98) não lhe atinge, em face do estatuído no seu artigo 12, in verbis: "As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso". Sem perder de vista o disposto no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, que considera a espécie como crime de extrema gravidade, tanto que lhe nega o instituto da

fiança. Leia-se: “A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-lo, se omitirem”. E, na Exposição de Motivos que encaminhou o projeto, transformado na Lei n. 9.714/98, constou: “A prisão deve ser reservada para os agentes de crimes graves e cuja periculosidade recomende o isolamento do seio social. Para os crimes de menor gravidade, a melhor solução consiste em impor restrições aos direitos do condenado, mas sem retirá-lo do convívio social”. Recentemente, a respeito do tema, decidiu o egrégio Superior Tribunal de Justiça: “À luz do princípio da especialidade (art. 12, CP), as alterações introduzidas no Código Penal pela Lei das Penas Alternativas (Lei n. 9.714/98) não alcançam o crime de tráfico de entorpecentes, e de resto todos os considerados hediondos, eis que a Lei n. 8.072/90 — de cunho especial — impõe expressamente o cumprimento da pena em regime integralmente fechado (§ 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90)” (DJU 16/8/99).

Em face do exposto, nega-se provimento ao agravo, vencido o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado, que dava provimento ao recurso para admitir a aplicação da Lei n. 9.714/98, com posterior exame dos pressupostos subjetivos.

Participou do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 28 de setembro de 1999.

*Alberto Costa,*  
*Presidente com voto;*  
*Maurílio Moreira Leite,*  
*Relator.*

Voto vencido do Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado:

Ementa aditiva

Pena criminal — Tráfico de entorpecentes — Reclusão em regime integralmente fechado (Lei n. 8.072/90) — Possibilidade de substituição por penas restritivas de direito (Lei n. 9.714/98) — Requisitos — Precedentes jurisprudenciais.

A Lei n. 8.072/90, que trata dos crimes hediondos e a eles equiparados, proíbe progressão do regime, concessão de anistia, graça e indulto, assim como de liberdade provisória, mas não contém comando proibitivo à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nem ao sursis.

Observado o princípio da reserva legal (CF, art. 5º, XXXIX, e CP, art. 1º), na falta de proibição expressa na norma incriminadora especial e diante da nova sistemática penal advinda com a Lei n. 9.714/98, admite-se, em tese, a substituição da pena privativa de liberdade aplicada não superior a 4 (quatro) anos aplicada por crime denominado de tráfico de entorpecentes, por penas restritivas de direitos, chamadas “alternativas”, tendo em vista que, de regra, não são praticados com violência ou grave ameaça à pessoa.

O tratamento mais leve, entretanto, condiciona-se à presença das circunstâncias objetivas e subjetivas,

estas referentes à pessoa do agente e à gravidade do crime, previstas nos incisos II e III do art. 44 do CP, pois a nova lei “confia na prudência dos operadores jurídicos”, porque cada caso é um caso e “não se irá valorar do mesmo modo a conduta de um jovem que cede gratuitamente a droga numa reunião de amigos a outro companheiro, com a conduta de quem explora o tráfico com ânimo de lucro ou para aliciar menores” (Luiz Flávio Gomes).

Restei vencido no entendimento sufragado pela douta maioria a respeito da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos com a nova Lei n. 9.714/98, em crimes hediondos, entendendo por bem de renovar a fundamentação expendida nesta Câmara a partir da Ap. Crim. n. 99.002222-6, da Capital, j. em 20/4/99 e, mais recentemente, na Ap. Crim. n. 99.012089-9, também da comarca da Capital, julgada nesta data, em face da eventual interposição de embargos infringentes.

O texto constitucional, norma fundamental e sustento de validade de todo o ordenamento pátrio, deve ser analisado sistematicamente, cotejando-se seus artigos e seus significados para, então, extrair-se as consequências jurídicas dele advindas, garantindo-se, sempre, os valores supremos que orientam o estado democrático de direito: exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça (preâmbulo da CF).

A violação de “um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não só a um

específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendendo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda estrutura nela esforçada” (Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 5ª ed., pág. 451).

Nesse vértice, o Magistrado como membro de um Poder e, como tal, representante do próprio Estado, deve observar e garantir, primordialmente, os valores e princípios norteadores da Carta Magna, dela destacando-se a garantia de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude de lei (art. 5º, II), e que não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (art. 5º, XXXIX).

A pena, inserida nos dispositivos constitucionais citados, é usada em sentido amplo, significando não só aquela sanção imposta pela prática de conduta tipificada como crime, mas também reprimenda aplicada ao indivíduo que descumpre qualquer outro preceito legal, seja civil, administrativo etc.

Quanto às penas decorrentes da prática de crimes, não custa lembrar que a Carta enumera no art. 5º, XLVI, o rol daquelas que a lei individualizará, dentre outras: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

O Código Penal, por sua vez, como lei geral, em simetria com o comando constitucional, dividiu-as em privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa (art. 32), regulando a forma de imposição e substituição, ditando também as regras básicas pelas quais deverão ser executadas (a especificação da execução está na Lei de Execução Penal), destacando-se que são reprimendas distintas, possuindo, cada qual, características próprias e diferenciadas entre si.

A nova redação do art. 44 do Código Penal, advinda com a Lei n. 9.714/98 (em complemento à reforma penal procedida com a Lei n. 7.209/84 — vide Exposição de Motivos da nova Parte Geral do Código Penal, item 29), fixa requisitos objetivos e subjetivos para substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos (alcançadas doutrinariamente de “penas alternativas”), tendo-se como condições objetivas, que sempre deverão ser cumpridas: a) pena inferior ou igual a 4 (quatro) anos, se o crime for doloso; b) crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa; c) réu não reincidente em crime doloso.

Cumpra observar no tocante à reincidência, que havendo condenação anterior e não se tratando de réu reincidente específico, ainda assim poderá obter a substituição desde que presente um elemento subjetivo adicional: a medida seja socialmente recomendável (§ 3º, art. 44).

De outra banda, o requisito subjetivo que sempre deverá ser observado para determinação da substituição é a suficiência desta operação, verificada a partir da análise dos se-

guintes elementos: a) culpabilidade; b) antecedentes; c) conduta social e a personalidade do condenado; d) motivos e as circunstâncias do crime.

Expressamente prevista no Código Penal (derivada do comando constitucional), a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se subordina ao cumprimento ou preenchimento de quaisquer outros requisitos que não sejam aqueles já enumerados, sendo certo que as normas fixadas neste diploma legal, como lei geral, são aplicáveis aos fatos incriminados em leis especiais, se estas não regularem a matéria dispondo de forma diversa (art. 12 do CP).

Este dispositivo (art. 12, CP) não suscita qualquer dúvida, tendo a doutrina assentado com firmeza:

“A essas leis, a menos que disponham de forma diferente, aplicam-se as regras gerais do Código Penal, não apenas as contidas em sua Parte Geral, como também as que se encontram na Parte Especial, como a que conceitua funcionário público, por exemplo (art. 327)” (Edmundo José de Bastos Júnior, Código Penal em Exemplos Práticos, Florianópolis, Ed. Terceiro Milênio, 1998, pág. 30).

Damásio E. de Jesus já comentou, incisivamente, na mesma linha:

“Regras gerais do Código são as normas não incriminadoras, permissivas ou complementares, previstas na Parte Geral ou Especial. Em regra, estão contidas na Parte Geral, mas também podem estar descritas na Especial (ex.: conceito de funcionário público — art. 327). Por outro lado, a legislação especial, conjunto de leis extravagantes, também pode con-



ter regras gerais diversas das do Código. Neste caso, prevalecem aquelas. Em caso contrário, quando a lei especial não ditar regras gerais a respeito dos fatos que descreve, serão aplicadas as do Código" (Direito Penal, 13ª ed., SP, Saraiva, 1988, vol. 1, págs. 127/128).

Pois bem, a Lei n. 8.072/90, que é especial, definiu os crimes hediondos e seus equiparados, dentre eles o tráfico ilícito de entorpecentes, aumentou as sanções penais e proibiu expressamente a concessão de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória, acrescentando que o cumprimento da pena privativa de liberdade imposta deverá dar-se em regime integralmente fechado (art. 2º, I, II, e § 1º), nada dispondo quanto à impossibilidade ou incompatibilidade tanto de suspensão condicional da execução da pena (sursis), muito menos de substituição por penas restritivas de direitos.

Desse modo, diante da omissão da lei especial (que não pode ser entendida como "lacuna no processo de auto-integração da lei", como lecionou Washington de Barros Monteiro in Curso de Direito Civil, Parte Geral, 17ª ed., SP, Saraiva, 1978, pág. 38) as regras gerais do Código Penal referentes à aplicação e dosimetria da pena, inclusive as atinentes à substituição das penas privativas por restritivas de direitos, são aplicáveis aos crimes de que trata a Lei n. 8.072/90 (claro excluídos aqueles cujas penas aplicadas excedam de 4 anos e aos praticados mediante violência ou grave ameaça à pessoa), com as ressalvas explícitas contidas no art. 2º, I, II, e § 1º.

A previsão na lei especial de regime integralmente fechado para cumprimento da pena de reclusão em nada impede a possibilidade de sua substituição por penas restritivas de direitos, porquanto tratam-se de coisas distintas e independentes entre si, de exame sucessivo no art. 59 do CP, devendo a viabilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ser verificada obrigatória e subseqüentemente, de ofício (inciso IV), somente após quantificada aquela e fixado seu regime (inciso III).

Sobre este tema leciona, com precisão, Luiz Flávio Gomes:

"As penas substitutivas e particularmente as restritivas não admitem sursis, que somente é cabível em relação à execução da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 77 do CP (vide TACrimSP, rel. Silva Pinto, in RT 631, pág. 312 e ss.). Penas restritivas e sursis, aliás, são conceitos excludentes, porque este somente pode ter incidência quando 'não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código' (CP, art. 77, III). Como se vê, a preferência deve ser dada à substituição da prisão por outra pena alternativa. Não sendo 'indicada' ou 'cabível' essa substituição, então deve-se averiguar a pertinência do sursis" (Penas e Medidas Alternativas à Prisão, SP, RT, 1999, pág. 106).

A propósito, decidiu-se, recentemente, nesta Câmara, em acórdão da lavra deste Relator:

"Pena criminal. Substituição por penas restritivas de direitos ou concessão do sursis. Seqüência legal a ser observada.

"Quando da aplicação da pena privativa de liberdade, obedecida a

seqüência prevista no art. 59 do CP, ou seja, após quantificá-la observando as três fases exigidas pelo art. 68 do CP, o juiz deve fixar o regime inicial de seu cumprimento (inciso III c/c art. 111 da LEP) para depois examinar, obrigatoriamente, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, a substituição 'por outra espécie de pena, se cabível (inciso IV)'; o exame sobre a possibilidade de concessão do sursis somente ocorre após verificar não ser indicada ou não cabível a substituição anterior (CP, art. 77, inciso III)" (Ap. Crim. n. 99.002676-0, de Itajaí, j. em 13 de abril de 1999).

Bem por isso, de forma garantista e favorável ao agente, anteriormente à Lei n. 9.714/98, diante da ausência de proibição expressa na Lei n. 8.072/90, já se concedia a suspensão condicional da execução da pena (sursis) aos condenados por crime hediondo mesmo que praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, como nos casos de estupro na modalidade tentada (quando a pena ficava no patamar de dois anos de reclusão), valendo citar precedente mais recente do colendo Superior Tribunal de Justiça:

"Penal e processual penal. Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Estupro tentado. Aumento do art. 9º da Lei n. 8.072/90. Sursis.

"I — O acréscimo de pena previsto no art. 9º da Lei n. 8.072/90 somente se aplica na eventualidade de lesão corporal grave ou morte. Precedentes.

"II — Desde que preenchidos os requisitos legais, a serem verificados via de cognição mais ampla, o

sursis pode ser concedido em caso de ilícito penal qualificado de hediondo. Precedentes" (HC n. 7.919/SP (98/0063715-0), rel. Min. Félix Fischer, DJU 22/2/99, pág. 114).

Neste Tribunal de Justiça também já se decidia nesse sentido, como se vê das Apelações Criminais ns. 33.175, de São Carlos, rel. Des. Álvaro Wandelli, j. em 28/8/95, in DJ n. 9.355, de 10/11/95, pág. 12, e 97.003588-8, de Mafra, rel. Des. Amaral e Silva, j. em 10/6/97, com a seguinte chamada na ementa:

"Estupro. Tentativa. Vítima menor de 14 anos. Presunção de violência. Prova. Declarações da ofendida e de sua mãe. Admissibilidade. Condenação mantida. Precedentes jurisprudenciais. Recurso parcialmente provido para a concessão do sursis".

Especificamente em crimes contra a saúde pública, na espécie tráfico ilícito de entorpecentes, para que não se diga da inexistência de precedente, não fossem os argumentos já expendidos, registra-se valioso julgado concessivo de sursis em rara hipótese de reconhecimento de tentativa (com o que a pena ficou em quantum que admitia a suspensão trazendo a obrigação de ser examinada sua concessão ou não), da lavra do eminente Des. José Roberge, com a seguinte ementa:

"Crime contra a saúde pública. Artigo 12, parte final (adquirir sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar) da lei de tóxicos. Autoria e materialidade comprovadas.

"Tentativa. O réu exauriu os atos de execução, e não meros atos preparatórios, não chegando ao seu

final, por circunstâncias alheias a sua vontade, haja vista que o destinatário que seria mera peça no esquema, assustado com a quantidade do remédio e a qualidade, comunicou à polícia.

“Recurso pretendendo a absolvição, ou, alternativamente, a desclassificação do delito para estelionato na sua forma tentada. Impossibilidade. Incabível a desclassificação pretendida, pois a verdadeira intenção do agente não era obter vantagem em prejuízo de outrem, mas, sim, o fornecimento, sem nota fiscal, dos medicamentos controlados pelo Ministério da Saúde, evitando a fiscalização.

“Concessão do sursis. Admissibilidade. A lei que define o crime hediondo não inibe a concessão do benefício. Não se pode dar interpretação extensiva, a refletir analogia in malam partem, de forma a afligir a situação do condenado. O que o dispositivo em análise veda é a anistia, a graça, o indulto e a progressão de regime, mas não o sursis. Se tal fosse, estaria explícito na redação do texto legal, não se podendo dar a ele uma interpretação virtual” (Ap. Crim. n. 33.846, de São José, j. em 16 de abril de 1996).

Do corpo do acórdão traz-se a fundamentação garantidora do benefício por falta de proibição expressa na norma incriminadora, cuja argumentação é aplicável como luva à hipótese em exame:

“No que pertine à concessão do benefício do sursis, esclarece-se que o recorrente foi condenado por infração ao artigo 12, porém na sua forma tentada. Conforme salienta o doutor Maurílio Moreira Leite, em seu parecer ‘embora exista corrente asseve-

rando a impossibilidade da tentativa nos crimes definidos no artigo 12, o contrário já vem sendo afirmado, conforme Vicente Greco Filho: ‘Consumação e tentativa. Como vimos, consuma-se o delito com a prática de uma das ações previstas no tipo. Alguns atos de execução, eventualmente caracterizadores da tentativa são, por si mesmos, condutas igualmente puníveis, daí ser difícil a existência da forma tentada. O conatus, porém, em princípio, não está nem lógica nem juridicamente excluído, dependendo da análise do caso concreto’ (Tóxicos — Prevenção — Repressão, Editora Saraiva, 1993, pág. 91)’. E o caso concreto diz bem da possibilidade aventada, porquanto o réu exauriu os atos de execução que lhe diziam respeito, somente não chegando ao seu final por circunstâncias alheias a sua vontade, haja vista que o ‘destinatário’ que seria mera peça no esquema, assustado com a quantidade de remédio e sua qualidade, comunicou o fato à polícia.

“Por último, data venia ao entendimento do ilustre Procurador de Justiça, o sursis é de ser concedido. Satisfeitos os pressupostos subjetivos e objetivos do artigo 77 e seus itens do Código Penal, não é o disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, óbice a sua concessão: ‘A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado’. Sem qualquer filiação, a alegada inconstitucionalidade do dispositivo, devidamente improcedente, tantas vezes proclamada pelas Cortes Superiores, a razão está simplesmente na não vedação da concessão do sursis no dispositivo em questão.

“É que ‘não existe qualquer norma penal que defina a possibilidade

da concessão ou não do benefício em decorrência da classificação do crime cometido'. Assim, a lei que define o crime hediondo não inibe a concessão do sursis. Não se pode dar, in casu, interpretação extensiva, 'a refletir analogia in malam partem, de forma a afligir a situação do condenado. Tal se mostra intolerável perante um sistema que prestigiou sensivelmente a presunção de inocência e a plenitude da defesa, razão pela qual, a teor do disposto no artigo 697 do Código de Processo Penal, deve o juiz se pronunciar a respeito da concessão do sursis' (Renato Nalini — RT 676/298). O que o dispositivo em análise veda é a anistia, a graça, o indulto e a progressão de regime, mas não o sursis. Se tal fosse, estaria explícito na redação do texto legal, não se podendo dar a ele uma interpretação virtual. O regime, até que ultime a sentença, com seu total cumprimento, é o fechado, o que significa dizer que se as condições que forem impostas não restarem devidamente cumpridas, resultando rescindido o sursis, o réu será recolhido ao regime fechado".

Nesse ponto, considerando a argumentação contrária centrada no fato de a lei especial prever expressamente que a pena privativa de liberdade deve ser cumprida integralmente em regime fechado, sendo este absolutamente incompatível com a substituição, invoca-se a doutrina de Damásio E. de Jesus quando afirma diante da lei nova:

"As penas alternativas não são absolutamente incompatíveis com os delitos previstos na Lei dos Crimes Hediondos. São admissíveis em alguns casos. Cremos que não se apresenta como obstáculo o disposto no

art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, que disciplinou os delitos hediondos e deu outras providências, segundo o qual a pena deve ser executada integralmente em regime fechado. De ver-se que as penas alternativas constituem medidas sancionatórias de natureza alternativa, nada tendo que ver com os regimes de execução. Estes são próprios do sistema progressivo. De maneira que o juiz tem dois caminhos: se impõe pena privativa de liberdade por crime hediondo, incide a Lei n. 8.072/90; se a substitui por pena alternativa, não fala-se em regimes (fechado, semi-aberto e aberto). Nesse detalhe, a Lei de Crimes Hediondos disciplina a 'execução da pena privativa de liberdade, não se relacionando com os pressupostos de aplicação das penas alternativas. Encontramos parâmetro no sursis, que também admite, em tese, sua incidência nos delitos hediondos, como vem entendendo a jurisprudência, embora não unânime. Como já dissemos, a execução da pena imposta em face do crime hediondo, presentes seus pressupostos objetivos e subjetivos, não é incompatível com o sursis. Ex.: tentativa de atentado violento ao pudor com violência imprópria, imposta a pena mínima de dois anos de reclusão. Não impede o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, segundo o qual a pena deve ser executada integralmente em regime fechado. Ocorre que o sursis constitui uma medida penal sancionatória de natureza alternativa, não se relacionando com os regimes de execução. Nesse sentido: Antônio Scarance Fernandes, Considerações sobre a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, Crimes Hediondos, RT, 660/266; Cláudia Viana Garcia, A Lei n. 8.072/90 e o sursis:

possível a concessão?; Boletim do IBCCrim, São Paulo, maio 1997, 54/8; TJSP, HC n. 112.809, RT 676/298; TJSP, Ap. Crim. n. 112.837, JTJ 134/417 (tentativa de estupro); TJSP, Ap. Crim. n. 166.011, 3ª Câmara, j. 27/6/1994, JTJ 161/311; TJSP, Ap. Crim. n. 153.487, rel. Des. Canguçu de Almeida, RT 719/391; STJ, REsp. n. 91.851, 5ª T., RT 739/572. Contra: STJ, REsp. n. 60.733, 5ª T., DJU, 12/6/95, pág.17.637; STJ, REsp. n. 91.852, 6ª T., DJU, 5/5/97, pág. 17.197. A argumentação referente ao *sursis* é aplicável ao tema das penas alternativas. Contra, no sentido de que cuidando-se de crimes hediondos é inadmissível a aplicação do sistema vicariante: Cezar Roberto Bitencourt e Luiz Régis Prado, Código Penal Anotado, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais (no prelo) (Penas Alternativas, SP, Saraiva, 1999, págs. 95/96).

Luiz Flávio Gomes também entende que “o regime fechado determinado pela lei dos crimes hediondos somente é válido para a fase de execução da pena de prisão. Se o juiz entende que a prisão imposta deve ser substituída por outra sanção alternativa, não se chega à execução da pena de prisão (isto é, não se chega a sua fase executiva). Logo, não é o caso de se aplicar a regra do ‘regime fechado’. Só se pode falar em ‘regime’ na fase de execução da pena de prisão” (ob. cit., pág. 113).

Ademais, o fato de a pena privativa de liberdade ser cumprida integralmente em regime fechado será um reforço adicional e estímulo para que o condenado cumpra e observe o regramento da pena restritiva substitutiva com que foi agraciado, pois esta será convertida naquela se houver o

seu descumprimento (art. 44, § 4º, do CP).

Embora possa existir disparidade entre a situação do condenado a uma pena privativa de liberdade cumprida integralmente em regime fechado e a condição daquele que obtém substituição por “pena alternativa”, tal distinção é natural e facilmente justificável, posto que, na prática, diversas são as situações individuais dos agentes e as formas das ações criminosas, tendo, cada uma delas, graus de reprovabilidade social diferenciadas e a sanção deve ser aplicada com observância do princípio constitucionalizado da individualização da pena.

Assim, o agente que por uma única vez buscou, em situação que caracteriza crime de tráfico de entorpecentes, uma forma talvez desesperada de sustentar seu vício merece reprimenda completamente diferente daquele que se revela grande traficante e fornece quilos ou até toneladas de substâncias estupefacientes a pessoas dependentes, pratica violência, alicia crianças para o mundo das drogas e envolve outras pessoas (“mulas”, “olheiros” e etc.) para a prática de diversos ilícitos, com intuito lucrativo e para manter sua impunidade.

Por outra, como lembra Luiz Flávio Gomes, “cada caso é um caso. Nunca um Magistrado irá valorar do mesmo modo a conduta de um jovem que cede gratuitamente a droga numa reunião de amigos a outro companheiro, com a conduta de quem explora o tráfico com ânimo de lucro ou para aliciar menores. A nova lei confia na prudência dos operadores jurídicos, que existem precisamente para construir a jurisprudência” (ob. cit., pág. 112).

Torna-se evidente, portanto, que enquanto ao primeiro deve ser aplicada pena que permita sua plena ressocialização e até tratamento, ao segundo, narcotraficante repulsivo movido pelo lucro fácil, a sanção deve ser firme e contundente, com cunho repressivo e preventivo, exemplarmente dissuadindo a entrada de outras pessoas no mundo do crime.

Daí revelar-se como oportuna a aplicabilidade das novas sanções aos crimes em comento (sem se pensar que a nova lei "foi longe demais"), com rígida observância do requisito subjetivo incluído pelo legislador no inciso III do art. 44 do CP, cabendo ao sentenciante análise da suficiência da substituição da prisão pelo cumprimento de pena "alternativa", com o que poderão ser evitadas injustiças que derivaram da lei na forma anterior, como por exemplo quando o pequeno e infeliz usuário, flagrado em situação de tráfico, era apenado com a mesma sanção que seria devida ao grande traficante; a lei, ao texto ainda vigente, não tem meio-termo: a posse, por exemplo, se não provar seja para uso próprio (art. 16), será tida como conduta tipificada no art. 12 da Lei n. 6.368/76, com todas as suas circunstâncias e derivações negativas.

Neste tópico, mais uma vez importante trazer a opinião atualíssima do mestre Damásio E. de Jesus, em comentários à nova lei geral:

"Tráfico de drogas. Admite, em tese, a imposição de penas alternativas, tendo em vista que a pena mínima cominada nos arts. 12, 13 e 14 da Lei n. 6.368/76 é de três anos de reclusão. Nesse sentido, pronunciamiento do Procurador-Geral de Justiça

do Estado de São Paulo, Dr. Luiz Antônio Guimarães Marrey, criticando a lei nova por se aplicar à hipótese (Folha de São Paulo, O Globo e O Estado de São Paulo, edição de 25 de novembro de 1998). O tratamento mais leve, entretanto, condiciona-se à presença das circunstâncias pessoais e objetivas, estas referentes à gravidade do crime, previstas nos incisos II e III do art. 44 do CP" (Penas Alternativas, SP, RT, 1999, págs. 89/90).

De outra parte, com a devida vênia, não se sustenta o argumento expendido contrário à aplicabilidade das penas restritivas de direitos especificamente para os crimes de tráfico de entorpecentes, pelo fundamento de que, por serem equiparados a hediondos, não podem ser considerados de menor gravidade e que somente estes mereceriam a aplicação de penas "alternativas", diante da mens legis motivadora da Lei n. 9.714/98 (em sua exposição de motivos menciona-se direção até crimes de média gravidade).

Ora, na lei geral em exame não se encontra escrita tal proibição de substituição seja de forma expressa (reserva legal) nem mesmo implícita (e "implícita" contra o réu não se admite), no texto ou mesmo na ementa (esta que não faz parte do comando normativo), sua aplicabilidade é restrita aos crimes de menor gravidade (está, sim, na exposição de motivos); ao contrário, na lei foram definidos os critérios legais para aferição da possibilidade de operar-se a substituição de forma geral, desde que preenchidos os requisitos do art. 44 do CP.

Nem se diga, para criar dúvida, que em crimes de tráfico ilícito de en-



torpecentes o verbete n. 171 da Súmula do colendo Superior Tribunal de Justiça tenha força de impedir a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, pois tal enunciado nega, sim, substituição da prisão por multa quando a lei especial comina estas penas cumulativamente; decisão resultante do lógico argumento de que é impossível ao Magistrado suprir uma pena trocando-a por outra, quando o legislador expressamente determinou a aplicação de ambas, o que é circunstância completamente diversa daquela em que são aplicadas penas pecuniária e privativa de liberdade, substituindo-se somente esta por uma restritiva de direitos.

Assim, se a nova de caráter geral não vedou expressamente a aplicação de penas alternativas aos crimes hediondos e equiparados, o intérprete não poderá fazê-lo por conta própria, pois o princípio da legalidade insculpido no texto constitucional garante ao cidadão que o Estado não lhe aplicará sanção que não esteja amparada em lei anterior que a comine, valendo invocar a máxima *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, ou seja, se a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir, especialmente quando esta distinção resultar em prejuízo ao réu.

O princípio da legalidade, também conhecido como da reserva legal ou da anterioridade da lei penal, advindo do enunciado formulado por Anselmo Feuerbach — *nullum crimen, nulla poena sine praevia legem* —, consagrado no art. 1º do Código Penal e constitucionalizado no art. 5º, incisos XXXIX e XL, da Constituição Federal de 1988, garante descrição específica, individualizadora e prévia

de condutas e sanções na lei federal (só a União pode legislar direito penal), não bastando simples referência ao bem juridicamente tutelado, nem descrição genérica.

O tipo expresso exerce função de garantia, e esta “só se justifica, do ponto de vista material, desde que especifique a conduta-infração penal. A generalidade é insuficiente. Não alcança a finalidade, para concretamente registrar a garantia ínsita à prévia descrição do comportamento ilícito penal”, como bem escreveram os doutos Min. Luiz Vicente Cernicchiaro e Prof. Paulo José da Costa Júnior (Direito Penal na Constituição, 2ª ed., SP, RT, 1991, pág. 16); a seguir sentenciam os grandes penalistas contemporâneos:

“A descrição genérica enseja, ao intérprete, liberdade ainda maior. Conseqüentemente, perigosa. Flagrantemente oposta ao mandamento constitucional. O crime não é qualquer ação, mas ação determinada. E determinada na lei” (ob. cit., pág. 17).

A questão tem, assim, resposta certa, clara e cristalina.

A substituição da pena privativa de liberdade, uma vez preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 e incisos do Código Penal, é direito público subjetivo do réu, ainda mais por se tratar, inegavelmente, de medida sancionatória mais benéfica, sendo sabido, ademais, que as normas que excluem ou privam direitos e garantias individuais devem ser interpretadas restritivamente e consoante reserva legal.

Há outro fundamento constitucional amparador do princípio da legalidade com previsão de tipo penal fe-



chado e expresso, que consiste na garantia da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inciso III), vale dizer, o direito à liberdade individual só pode suportar ameaça diante da necessidade de tutela de outro bem jurídico concreto, não se devendo permitir haja intervenção estatal na liberdade da pessoa com uma simples “presunção legal” de que a Lei n. 9.714/98, diante da omissão de texto expresso vedando sua incidência aos crimes hediondos ou a eles equiparados, não permitiria tal abrangência porque sua exposição de motivos exclui crime de maior gravidade, sob pena de inversão da ordem jurídica e transformar em tábula rasa o espírito e o texto da Carta Maior, que tem na dignidade da pessoa humana um de seus pilares.

O princípio da legalidade possui tamanha relevância que os organismos internacionais, sempre visando à garantia dos direitos universais do homem, claramente o abraçam e o adotam, como bem salientado por Damásio E. de Jesus que, traduzindo e comentando a Resolução n. 45/110 da Assembléia Geral das Nações Unidas, relativa às regras mínimas das nações unidas para elaboração de medidas não privativas de liberdade (Regras de Tóquio), assinalou:

“As Regras de Tóquio insistem na obediência ao princípio da legalidade das medidas alternativas, evitando o arbítrio (...) visam a proteger os direitos humanos fundamentais e evitar o abuso de discricão ou arbítrio, mediante o estabelecimento de normas de conduta das pessoas responsáveis pela execução de medidas não privativas de liberdade” (Regras de Tóquio; Comentários às Regras Míni-

mas das Nações Unidas sobre as Medidas Não Privativas de Liberdade, 2ª ed., Brasília, Ministério da Justiça, 1998, págs. 28/29).

E, mais adiante, expondo as regras pertinentes às garantias legais expressamente estabelecidas pela Resolução n. 45/110, anota no subitem 3.1 do item 3 — Garantias legais (A introdução, definição e a aplicação de medidas não privativas devem estar previstas em lei), que “as medidas não privativas de liberdade obedecem ao princípio da legalidade, devendo estar previstas em lei” (ob. cit., pág. 38).

Consoante o doutrinador, “a Regra 3.1 destaca a importância do sistema legal no que se refere a todos os aspectos das medidas não privativas de liberdade. O estabelecimento destas medidas na legislação e sua definição devem basear-se exclusivamente na lei” (ob. cit., pág. 39).

No entanto, é na Regra n. 4.1 que a aplicabilidade da Lei n. 9.714/98 a todo e qualquer tipo de crime, sem distinção quanto à sua gravidade se reforça, adequadamente chamada de “Cláusula de proteção”:

“Nenhuma das disposições das presentes regras deve ser interpretada de modo a excluir a aplicação das Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing), o conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou reclusão e outros quaisquer instrumentos ou normas relativos aos direitos humanos reconhecidos pela comunidade internacional relacionados

com o tratamento de delinquentes e a proteção de seus direitos humanos fundamentais”.

E sobre a qual comenta Damásio E. de Jesus:

“A Regra 4.1 estabelece que o conteúdo, a finalidade e a aplicação das Regras de Tóquio não devem ser considerados de forma alguma como oposição ou substituição de qualquer instrumento relevante ou em elaboração nas Nações Unidas ou outros instrumentos internacionais. As Regras de Tóquio não devem ser obstáculo para a utilização ou aplicação dos princípios que figuram nos mencionados instrumentos e devem ser aplicadas dentro do contexto nacional particular de cada Estado membro” (ob. cit., pág. 44).

Ou seja, tais normas supranacionais, ainda que venham a ingressar no ordenamento pátrio por força do § 2º do art. 5º da CFRB, deverão sempre obedecer aos princípios já insculpidos no corpo da Carta Fundamental brasileira, não podendo restringir os direitos e garantias individuais nela expressamente previstos, mas apenas ampliá-los ou melhor assegurá-los.

Sobre o tema, analisando a aplicabilidade da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Ada Pellegrini Grinover expôs o critério a ser utilizado para definir eventuais conflitos relacionados a direitos e garantias individuais entre a norma constitucional expressa e os acordos ou tratados internacionais:

“Assim, todas as garantias processuais penais da Convenção Americana integram, hoje, o sistema constitucional brasileiro, tendo o mesmo

nível hierárquico das normas inscritas na Lei Maior.

“Isto quer dizer que as garantias constitucionais e as da Convenção Americana interagem e se completam; e, na hipótese de uma ser mais ampla que outra, prevalecerá a que melhor assegure os direitos fundamentais” (As nulidades no processo penal, 6ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo, RT, 1997, pág. 76) (grifado).

Assim temos: é flagrantemente inconstitucional o argumento de que o novo sistema de penas substitutivas advindo com a Lei n. 9.714/98 não se aplica aos crimes de maior gravidade, hediondos e a estes equiparados, como tráfico ilícito de entorpecentes, simplesmente porque sua exposição de motivos não os inclui ou porque haveria incompatibilidade com o regime integralmente fechado.

Mas, ainda que fosse dúbia a interpretação do texto legal (e não é), a solução não poderia ser diferente daquela ministrada pelo festejado Damásio E. de Jesus quando, analisando à exaustão o tema da interpretação da norma penal, demonstra:

“Que fazer quando, apesar do trabalho hermenêutico, mediante cuidadosa interpretação literal e lógica, persiste a dúvida quanto à vontade da norma? Abrem-se três caminhos ao intérprete: 1º) admitir que dúvida deva ser resolvida contra o agente (in dubio pro societate); 2º) admitir que seja resolvida contra o agente ou contra a sociedade, segundo o livre convencimento do intérprete; 3º) resolver a questão da forma mais favorável ao agente. Em outros termos, se a vontade da lei não se torna nítida, se não chegar o juiz a saber se a lei quis isso

ou aquilo, ou se nem ao menos consegue determinar o que ela pretendeu, deverá seguir a interpretação mais favorável ao réu (desde que usados todos os meios interpretativos). A terceira solução é adotada por nós” (Direira Penal, 14ª ed., SP, Saraiva, 1990, vol. 1, pág. 37).

Por fim há que se justificar mais duas situações:

— Anteriormente à Lei n. 9.714/98 não se cogitava da substituição e apreciava-se apenas o sursis para os crimes hediondos e equiparados porque, na melhor hipótese, chegava-se às situações antes enfocadas, quando as penas totalizavam no mínimo até 2 (dois) anos (isto em face da causa especial de diminuição da tentativa), sabido que o limite para substituição era de até 1 (um) ano nos casos de crimes dolosos; agora, no entanto, o teto permissivo à substituição foi elevado para 4 (quatro) anos, tornando obrigatório o exame para sua admissibilidade quando a reprimenda for aplicada neste parâmetro.

— Nada se alterará aos casos de prisão em flagrante com a proibição de liberdade provisória (art. 2º, II, da Lei n. 8.072/90), ao argumento de que seria injusta a manutenção do preso quando, na perspectiva de condenação, poderia ser agraciado com a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas. É que os institutos têm pressupostos distintos e, enquanto não há sentença, a pena possível em tráfico de entorpecentes será de até 15 (quinze) anos de reclusão, fora do limite permissivo da nova benesse. Não fosse isto, também sempre há possibilidade de mutatio libelli e a prisão processual guarda si-

metria com o texto constitucional, desde que fundamentada (CF, art. 5º, LXI).

Esta colenda Câmara Criminal, em decisão pioneira no julgamento da matéria, já decidiu:

“Lei penal especial — Regras gerais — Inteligência e aplicação do art. 12 do Código Penal.

“As regras gerais do Código Penal aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, salvo se esta dispuser de modo diferente; em caso contrário, quando a lei especial não ditar regras gerais a respeito dos fatos que descreve, serão aplicadas as do Código.

“Pena criminal — Tráfico de entorpecentes — Reclusão em regime integralmente fechado (Lei n. 8.072/90) — Possibilidade de substituição por penas restritivas de direitos (Lei n. 9.714/98) — Requisitos.

“A Lei n. 8.072/90, que trata dos crimes hediondos e a eles equiparados, proíbe progressão do regime, concessão de anistia, graça e indulto, assim como de liberdade provisória, mas não contém comando proibitivo à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nem ao sursis.

“Observado o princípio da reserva legal (CF, art. 5º, XXXIX, e CP, art. 1º), na falta de proibição expressa na norma incriminadora especial e diante da nova sistemática penal advinda com a Lei n. 9.714/98, admite-se, em tese, a substituição da pena privativa de liberdade aplicada não superior a 4 (quatro) anos aplicada por crime denominado de tráfico de entorpecentes, por penas restritivas de direitos, chamadas ‘alternativas’, tendo

em vista que, de regra, não são praticados com violência ou grave ameaça à pessoa.

“O tratamento mais leve, entretanto, condiciona-se à presença das circunstâncias objetivas e subjetivas, estas referentes à pessoa do agente e à gravidade do crime, previstas nos incisos II e III do art. 44 do CP, pois a nova lei ‘confia na prudência dos operadores jurídicos’, porque cada caso é um caso e ‘não se irá valorar do mesmo modo a conduta de um jovem que cede gratuitamente a droga numa reunião de amigos a outro companheiro, com a conduta de quem explora o tráfico com ânimo de lucro ou para aliciar menores’ (Luiz Flávio Gomes)” (Ap. Crim. n. 99.002222-6, da Capital, deste Relator, j. em 20/4/99).

Segue a mesma linha o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, deixando assentado no corpo do acórdão da Apelação Criminal n. 000.148.427-8/00, rel. Des. Zulman Galdino, j. em 29/6/99, inclusive citando precedente jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, da lavra do Min. Luiz Vicente Cernicchiaro:

“O inconformismo referente à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos não procede. A simples alegação de ser crime hediondo não obsta a substituição da pena. Se o legislador não fez qualquer restrição nesse sentido, não cabe ao intérprete fazê-la. Preenchidos os requisitos legais objetivos e subjetivos, previstos no art. 44 do CP, com as alterações da Lei n. 9.714/98, nenhum impedimento existe para que a pena privativa de liberdade, no caso do crime de tráfico, seja substituída por restritiva de direitos. Embora não

haja jurisprudência firmada a respeito, há um precedente do STJ:

‘HC. Penal. Pena substitutiva. Lei n. 9.714/98. Crime hediondo. A Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998, recomendada pela Criminologia, em face da caótica situação do sistema penitenciário nacional, em boa hora, como recomendam as resoluções da ONU, de que as Regras de Tóquio são ilustração bastante, ampliou significativamente a extensão das penas restritivas de direitos, conferindo nova redação a artigos do Código Penal brasileiro. O art. 44 relaciona as condições: I — aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II — o réu não for reincidente em crime doloso; III — a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. Reclamam-se, pois, condições objetivas e subjetivas; conferem, aliás, como acentuam os modernos roteiros de Direito Penal, amplo poder discricionário ao Juiz. O Magistrado, assim, assume significativa função, exigindo-se-lhe realizar a justiça material. O crime hediondo não é óbice à substituição. A lei, exhaustivamente, relaciona as hipóteses impeditivas (art. 44)’ (HC n. 8.753—RJ — rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro — DJ de 11/6/99).

“A lei apenas exclui da possibilidade de substituição a pena relativa a crimes praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, dentre os quais não se insere o tráfico ilícito de entorpecentes. É claro que o verdadeiro

traficante, que vive desse pernicioso negócio e busca lucros financeiros sem qualquer pudor, é perigoso e causa repugnância a todos. Cabe ao juiz, analisando as condições do art. 59 do CP, evitar a impunidade, aplicando a pena adequada e não concedendo o benefício da pena restritiva de direitos àquele que representa risco à sociedade. O pequeno traficante, como o do caso presente, que muitas das vezes é usado como instrumento nas mãos dos grandes e poderosos, não obstante a gravidade do delito, não deve ser tratado de igual forma, em razão de trazer menor risco à comunidade.

“Também não constitui óbice à referida substituição o fato de o regime de cumprimento da pena ser integralmente fechado (Lei n. 8.072/90, art. 2º, § 1º). Uma coisa é substituição de pena, outra, diversa, é sua execução, ou seja, a forma como vai ser cumprida. Conforme entendimento da Súmula 7 da jurisprudência predominante desta 1ª Câmara Criminal: ‘A Lei n. 8.072/90 não veda a concessão do sursis’. Ora, se é permitida a suspensão condicional da pena em crime hediondo, também não há negar sua substituição por pena restritiva de di-

reitos, uma vez preenchidos os requisitos legais.

“Aliás, ocorrendo o descumprimento injustificado da restrição imposta, a pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade, conforme dispõe o § 4º do art. 44 do CP, à semelhança do sursis”.

Por todos estes motivos, a conclusão lógica e irrefutável: em crimes hediondos ou a ele equiparados, como tráfico ilícito de entorpecentes enquanto não houver texto legal restritivo expresso, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, pois não há qualquer outra vedação legal à sua concessão, sendo direito público subjetivo do réu tal substituição quando lhe for mais benéfica, desde que preenchidos todos os requisitos estipulados pelo art. 44 do CP, com a nova redação dada pela Lei n. 9.714/98.

Assim, no caso, o recurso deveria ser provido para que os pressupostos subjetivos fossem examinados.

Florianópolis, 28 de setembro de 1999.

*Nilton Macedo Machado.*

## RECURSO DE AGRAVO N. 99.012564-5, DA CAPITAL

**Relator: Des. Nilton Macedo Machado**

*Execução penal — Sentença condenatória com trânsito em julgado para acusação — Recurso especial interposto pelo condenado — Ausência de efeito suspensivo — Possibilidade de execução provisória — Ofensa ao princípio da não-culpabilidade — Inocorrência.*

*“O princípio constitucional da não-culpabilidade dos réus, fundado no art. 5º, LVII, da Carta Política, não se qualifica como obstáculo jurídico ao imediato cumprimento da pena imposta ao condenado, ainda que pendente de apreciação, pela via do recurso especial (STJ) ou do recurso extraordinário (STF), o acórdão de tribunal inferior que impôs ao sentenciado a sanção penal contra a qual se insurge, eis que essas modalidades de impugnação recursal, porque despojadas de eficácia suspensiva, não impedem a imediata execução da pena privativa de liberdade imposta aos sentenciados em geral” (STF).*

*O art. 105 da LEP ao tratar da expedição da carta de guia de recolhimento para a execução penal, refere-se a “transitada em julgado a sentença”; isso significa que para a execução da pena não se exige “coisa julgada”, mas sim “caso julgado”.*

*Confirmada na instância ordinária a sentença penal condenatória, com trânsito em julgado para acusação, mesmo sendo cabível a interposição de recurso especial ou recurso extraordinário, que não têm efeito suspensivo, nada impede expedam-se carta de guia e o competente mandado de prisão contra o condenado, para início do cumprimento da pena no estabelecimento adequado.*

*Execução penal — Condenações diversas — Necessidade de soma de penas — Alteração do regime — Efeitos para progressão — Inteligência dos arts. 111 e 112 da LEP.*

*“Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição” (LEP, art. 111).*

*Somadas as penas privativas de liberdade aplicadas, qualquer que sejam os regimes impostos, se o quantum ultrapassar 8 (oito) anos, deve ser fixado o regime fechado para o início do cumprimento da pena, progredindo para o regime de semi-aberto se o reeducando já tiver cumprido mais de 1/6 (um sexto) da pena e os requisitos subjetivos restarem satisfeitos.*

*Execução penal — Regime fechado — Progressão direta para regime aberto — Requisito subjetivo não demonstrado — Exame criminológico não realizado (LEP, arts. 8º e 112, parágrafo único) —*

*Deferimento para regime semi-aberto — Ausência de recurso ministerial — Decisão mantida.*

*Somente pela análise global da vida carcerária do reeducando, inclusive com o exame criminológico daquele submetido ao regime fechado, sopesando-se os pontos negativos e positivos que possam denotar sua reabilitação, poder-se-á constatar com segurança sua aptidão para progressão e retorno ao convívio social.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n. 99.012564-5, da comarca da Capital (Vara de Execuções Penais), em que é recorrente Miguel Rodrigues Orofino, e recorrida a Justiça Pública, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

Trata-se de recurso de agravo interposto por Miguel Rodrigues Orofino contra decisão do Dr. Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da comarca da Capital, que indeferiu seu pedido de progressão para o regime aberto, após soma das penas que foram aplicadas em processos distintos, concedendo-lhe, no entanto, progressão para o regime semi-aberto.

Sustentou o recorrente, de início, que tem direito ao livramento condicional (sic) porque demonstrou ser “tecnicamente primário, tem ótimo comportamento prisional, possui proposta de emprego, é pai de três jovens, residência fixa (documentos já anexados), e acima de tudo porque já cumpriu com sobra o tempo de reprimenda autorizados da progressão” (sic — fls. 51).

Aduziu que das condenações que lhe foram impostas (e segundo suas contas chegaram a 6 anos e 10 meses de reclusão) somente uma delas transitou em julgado, sendo presumido inocente quanto às demais, resultando inadmissível falar-se em “unificação de pena, pois inexistente trânsito em julgado das sentenças condenatórias ensejadoras da mencionada unificação”; concluiu requerendo “reconsideração da decisão concedendo ao agravante o livramento condicional”, ou, “subsidiariamente, deferir o regime aberto, comunicando a autoridade competente e, assim sendo, determinar que se recolha no mesmo estabelecimento onde se encontra”.

Com as contra-razões e mantida a decisão atacada, os autos ascenderam a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, transcrevendo a peça ministerial de Primeiro Grau, opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório.

1. O recurso é próprio e tempestivo, sendo conhecido, mas não merece provimento, pelas razões de fato e direito a seguir alinhadas.

Deve ser registrado, entretanto, que não há como se apreciar o pleito na parte em que pretende “livramento condicional”, pois tal pretensão não foi apresentada em Primeiro Grau, care-



cendo, aliás, de outros requisitos previstos na Lei de Execução Penal.

O conhecimento do recurso é limitado, assim, à pretensão de cumprimento do “restante da sanção em regime aberto”.

2. O ilustre Dr. Juiz de Direito, na decisão de sustentação, com base nos elementos constantes destes autos, bem informou que o agravante está condenado em 4 (quatro) processos distintos, ao cumprimento de pena privativa de liberdade em um total de 10 (dez) anos e 4 (quatro) meses de reclusão:

— Processo Crime n. 85/93: 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em regime aberto (art. 229, do CP — 3ª Vara Criminal da Capital — fls. 56), cuja sentença já transitou em julgado;

— Processo Crime n. 282/94: inicialmente a 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão (art. 312, §1º, c/c o art. 327, § 2º, c/c o art. 29, todos do CP — 3ª Vara Criminal da comarca da Capital), reduzida para 3 (três) anos de reclusão em regime aberto (Ap. Crim. n. 99.000263-2, rel. Des. José Roberge, j. em 29/6/99 — fls. 57);

— Processo Crime n. 86/93: 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão em regime aberto (art. 317, §1º, do CP — 3ª Vara Criminal da Capital — fls. 56);

— Processo Crime n. 97.012540-2: 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão em regime aberto (art. 312, caput, do CP), originário neste egrégio Tribunal de Justiça (fls. 30/31).

Não há dúvida que em cada condenação o regime fixado para início de cumprimento de cada uma das reprimendas foi o aberto; mas em se tratando de mais de um crime com condenação em mais de um processo, há que se observar o disposto no art. 111 da LEP, que diz:

“Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

“Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime”.

Julio Fabbrini Mirabete leciona que “...se a soma ultrapassar quatro anos, não poderá ser imposto o regime aberto, seja qual for a espécie da pena privativa de liberdade e, se superar oito anos, sendo uma delas ao menos de reclusão, deve ser determinado o regime fechado. Pode ocorrer, também, que após o início da execução sejam proferidas novas condenações contra o preso. Impostas novas penas, são elas somadas a fim de ser determinado o regime de cumprimento daí por diante. Cabe então ao juiz encarregado da execução determinar o regime de cumprimento das penas somadas, obedecendo às regras estabelecidas para a hipótese do regime inicial de cumprimento. Estando o condenado cumprindo a pena, deve ser descontado, na soma para a determinação do regime, o tempo cumprido (art. 111, parágrafo único). Soma-se

assim o restante da pena que estava sendo cumprida com a nova sanção aplicada e o resultado é o parâmetro para a fixação do regime a que deve ser submetido o condenado. É possível, assim, que, mesmo com o desconto do tempo já cumprido, seja determinada a regressão, ou seja, a fixação de regime mais severo (art. 118, II) (Execução Penal, 5ª ed., SP, Atlas, pág. 279).

Por isso, em face de a soma das penas ultrapassar 8 (oito) anos, o regime para iniciar a execução do total deve ser o fechado.

E, para progressão requerida, tem-se como importante lembrar o disposto no art. 112 da mesma Lei de Execuções Penais, que exige a coexistência de dois requisitos: um de ordem objetiva, que se dá com o cumprimento de pelo menos 1/6 da pena no regime mais rigoroso; e o subjetivo, que alude ao mérito do condenado, observando-se sua conduta e capacidade de assimilação do caráter correto da pena.

3. Neste tópico, há que se afirmar a possibilidade de execução provisória (no caso não se trata mais de preso provisório pois uma de suas condenações, tendo transitado em julgado para ambas as partes, faz coisa julgada) do total das penas aplicado, porque, segundo a certidão expedida pela Vara de Execuções Penais da Capital, uma das condenações impostas ao recorrente já transitou em julgado para ambas as partes e as demais já foram confirmadas (com reforma e adequação da pena e regime prisional) por esta egrégia Câmara Criminal, em 16/6/98 e 16/6/99, estando a primeira pendente de julgamento do

recurso especial admitido (encaminhado ao STJ) e a segunda aguardando publicação do acórdão. Por fim, também do processo crime originário neste Tribunal, contra a condenação, pela defesa foi interposto e admitido recurso especial, pendente de julgamento.

Não obstante a matéria seja doutrinária e jurisprudencialmente controvertida, a ponto de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes mencionarem que a "incerteza quanto aos conceitos de recursos ordinários e extraordinários no sistema brasileiro tem convencido alguns processualistas da pouca utilidade dessa classificação entre nós" (Recursos no Processo Penal, 2ª ed., SP, RT, 1998, pág. 34), certo é que tanto o recurso extraordinário, quanto o especial, de competência originária do STF e do STJ, respectivamente, não têm efeito suspensivo, até mesmo por disposição de lei ordinária posterior à Constituição de 1988 (Lei n. 8.038/90, art. 27, § 2º), com o que pode ser expedido mandado de prisão contra o condenado.

Ademais, se o art. 105 da LEP, acompanhando o dispositivo correspondente do Código de Processo Penal (art. 674), estabelece que "transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução", imprescindível torna-se a diferenciação entre os termos "sentença transitada em julgado" e "caso julgado" e "coisa julgada", porque as primeiras não impedem o início da execução da pena, enquanto

a última constitui o próprio título contra o qual já não caiba mais recurso.

Damásio de Jesus, fazendo referência a Espínola Filho, esclarece:

“Sentença com trânsito em julgado — Ocorre quando: a) não é admissível recurso ordinário (cujo efeito é suspensivo) contra ela; b) decorreu o prazo legal sem interposição do recurso ordinário (cujo efeito é suspensivo) contra ela; c) decididos os recursos ordinários (cujo efeito é suspensivo) interpostos contra ela (Espínola Filho, Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, Rio de Janeiro, Borsoi, 1959, VII/296, n. 1.404 e 1.405)”, explicando mais adiante que “o que diferencia o caso julgado, ou seja, a sentença com trânsito em julgado, da coisa julgada, é ser mister, para ter-se esta, que, contra a decisão, não caiba mais recurso de espécie alguma, ordinário ou extraordinário; ao passo que há caso julgado, passa em julgado a sentença, quando pode ser executada, se bem seja ainda suscetível de impugnação por meio de recurso de caráter extraordinário, sem efeito suspensivo, por já se terem esgotado, ou não mais se poderem usar, os recursos ordinários admitidos’ (Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, Rio de Janeiro, Borsoi, 1959, VII/296, n. 1.404 e 1.405)” (Código de Processo Penal Anotado, 15ª ed., SP, Saraiva, 1998, pág. 599).

A jurisprudência está nesse sentido:

“(…)

“Processual penal. Execução da pena. Progressão de regime. Sentença condenatória submetida a recurso especial.

“Expedição de carta guia. Incidência do artigo 105 da Lei das Execuções Penais.

“Não possuindo o recurso especial oferecido pelo réu efeito suspensivo, cabível a expedição de carta de guia e o deferimento da progressão de regime de cumprimento da pena privativa de liberdade. Diferença entre a sentença transitada em julgado e coisa julgada, segundo o magistério de Espínola Filho” (Revista do Tribunal Regional Federal, 4ª Região, vol. 1, n. 2, pág. 255, rel. Juiz Sílvio Dobrowski).

Ainda:

“Pena — Agente condenado ao cumprimento no regime aberto — Benefício negado sob o fundamento de que a decisão não transitara em julgado — Recurso somente do acusado — Constrangimento ilegal reconhecido — Habeas corpus concedido.

“Negar ao réu o benefício de cumprir a pena em regime aberto, sob o fundamento de que a sentença não transitara em julgado (e, pois, não expedida a guia de recolhimento), exatamente em razão de apelo interposto só pelo acusado, é ter do processo uma visão burocrática, porque o direito de apelar não pode excluir o direito de cumprir a pena em regime adequado, já ditado pela sentença” (JTACrimSP 92/88).

O colendo Superior Tribunal de Justiça tem precedente adequado, no qual o condenado ainda aguardava julgamento de seus recursos aos tribunais superiores e requereu, diante do tempo em que estava preso, fosse submetido ao exame criminológico:

“Processual Penal. Habeas corpus. Condenação transitada em julga-

do para o Ministério Público, pendente de recursos excepcionais. Inteligência do art. 105 da LEP. Guia de recolhimento para efeito de submissão a exame criminológico. Direito do paciente, mesmo sendo 'Preso provisório'. Writ concedido.

"I — O paciente foi condenado (e com ele mais 13 'bicheiros'), em regime fechado, como incurso no parágrafo único do art. 288 do CP. Somente ele apelou. Interpôs, depois, recursos especial e extraordinário, que estão sendo processados. Ao argumento de que já havia cumprido mais de um sexto da pena e essa não tinha como ser majorada, requereu ao impetrado fosse expedida carta de guia para submeter-se ao exame criminológico. Seu requerimento foi, dentre outros motivos, indeferido ao fundamento de que ainda é 'preso provisório'. Logo, não tem direito à guia de recolhimento.

"II — A LEP, que se aplica também ao 'preso provisório', por força do parágrafo único de seu art. 2º, fala no art. 105 em expedição de guia de recolhimento quando houver transitado em julgado a sentença condenatória. Tal dispositivo tem de ser interpretado em harmonia com todo o sistema jurídico. Refere-se, evidentemente, à 'sentença transitada em julgado', ou seja, ao 'caso julgado' e não à 'coisa julgada'. Basta a existência do 'caso julgado', como aconteceu in casu. É a lição de Eduardo Espínola Filho. Ninguém pode ficar prejudicado por utilizar-se de recursos permitidos legalmente. É direito assegurado na própria Constituição Federal.

"III — Writ concedido para que seja expedida a carta de guia" (RSTJ 67/163).

Do corpo do acórdão faz-se expressa menção à diferença perseguida ("trânsito em julgado", "caso julgado" e "coisa julgada") para o fim de possibilitar a execução provisória:

"Em que pesem algumas opiniões contrárias, entendo que, desde que haja sentença transitada em julgado, isto é, desde que a pena imposta pelo juiz não tenha mais como ser majorada, como no caso concreto, o condenado tem direito à guia de recolhimento para que possa, independentemente da detração penal, começar a cumprir a pena tal como lhe foi imposta.

'O art. 105 da LEP fala em 'transitada em julgado a sentença'. Isso significa que para a execução da pena não se exige 'coisa julgada', mas sim 'caso julgado'. Ninguém melhor do que o clássico Eduardo Espínola Filho soube mostrar a diferença entre os dois institutos:

'Nenhuma razão tem Câmara Leal (Comentários ao Código de Processo Penal, vol. 4º, 1943, pág. 241), ao declarar: transita em julgado a sentença: a) se foram esgotados todos os recursos que a lei faculta contra a mesma; b) se nenhum recurso é admissível contra ela; c) se decorrer o prazo legal para interposição do recurso, sem que o mesmo fosse interposto.

'Com essa compreensão, sentença nenhuma haveria, condenatória, que passasse em julgado, pois o Código de Processo Penal, catalogando como recurso a revisão criminal (cap. VII do tít. 2º do 3º liv.), estatui, no

art. 622, a possibilidade de ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após.

‘Invés, o que diferencia o caso julgado, ou seja, a sentença com trânsito em julgado, da coisa julgada, é ser mister, para ter-se esta, que, contra a decisão, não caiba mais recurso de espécie alguma, ordinário ou extraordinário; ao passo que há caso julgado, passa em julgado a sentença, quando pode ser executada, se bem que ainda susceptível de impugnação por meio de recurso de caráter extraordinário, sem efeito suspensivo, por já se terem esgotado, ou não mais se poderem usar, os recursos ordinários admitidos’ (Cód. de Proc. Penal Brasileiro Anotado, ed. histórica, Ed. Rio, 3º vol., referência n. 1.404).

‘Tenho para mim que não vem a pêlo o fato de a pena não se revestir, ainda, de inalterabilidade por pendere recursos excepcionais (especial e extraordinário). Isso pouco interessa. O certo é que o paciente não pode ficar condicionado a ver esgotados todos os recursos para depois, então, receber a guia. Como magnificamente ressaltou o Ministro Francisco de Assis Toledo no despacho proferido no HC n. 2.549-0RJ (fls. 315), entendimento contrário levaria ao absurdo de punir-se mais severamente o condenado pelo só fato de exercer o direito de recorrer’.

‘A propósito, Magalhães Noronha ensina:

‘A competência executória inicia-se com o trânsito em julgado da decisão condenatória, exercitada por um juízo especializado de acordo com a Lei de Organização Judiciária local

ou, supletivamente, pelo juiz da sentença (cf. art. 65 da LEP).

‘Portanto, a partir do trânsito em julgado, ou apenas pendente o recurso extraordinário, inicia-se a fase executória de competência de um juízo especializado, como regra, representado pelo recebimento da carta de guia ou de recolhimento (cf. arts. 105 e 171 da LEP) quando se tratar de pena privativa de liberdade ou medida de segurança e o mandado executório nas penas restritivas de direitos e multa’ (Curso de D. Proc. Penal, ed. atualizada pelo Des. Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, Saraiva, 1992, pág. 427).

‘No mesmo sentido é o magistério de Paulo Lúcio Nogueira:

‘No entanto, conforme o caso, a execução provisória pode também iniciar-se com a expedição da guia de recolhimento, quando o réu tiver recorrido e o Tribunal não puder reformar a sentença sob pena de incidir na reformatio in pejus.

‘Assim, se o juiz fixa na sentença que o regime inicial de cumprimento de pena deve ser o semi-aberto e somente o réu venha a recorrer, estando ele recolhido em cadeia, casa de detenção ou presídio, pode perfeitamente ser expedida carta de guia ou guia de recolhimento para sua transferência ao regime semi-aberto para execução provisória, pois o Tribunal não poderá piorar sua situação, não devendo ele permanecer em regime fechado, quando o sentenciante fixou o regime inicial em semi-aberto’ (Comentários à Lei de Execução Penal, Saraiva, 1990, pág. 128).

‘O Ministro José Néri da Silveira assim ementou o acórdão do HC n.

68.572-2/DF, julgado em 14/5/91 e publicado no DJU de 22/11/91, pág. 16.846:

‘Habeas corpus. Preso provisoriamente. Lei n. 7.210/1984, art. 2º. Decisão que transitou em julgado para o Ministério Público, pendendo de julgamento o recurso interposto pelo réu, ora paciente. Pretensão a progredir do regime fechado para o semi-aberto. Habeas corpus deferido, em parte, para que o paciente possa gozar do benefício da progressão para o regime semi-aberto, afastada, porém, a possibilidade da prisão-albergue domiciliar, na hipótese de não existir estabelecimento apto à execução da pena em prisão especial no regime semi-aberto. Precedente do STF, no HC 68.118-2/SP’.

Posteriormente há um julgado refluindo para a impossibilidade de progressão prisional àquele que ainda é preso provisório (RSTJ, 79), mas o entendimento anterior e mais benéfico bem exposto nos HC ns. 3.647/RJ, rel. Min. Pedro Acioli, DJ de 27/6/94, e 4.530/RS, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJ de 16/6/96, foi reiterado no HC n. 5.101/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 19/12/96, com a seguinte ementa:

“Processual Penal. Execução provisória da sentença. Regime prisional. Progressão. Reformatio in pejus.

“1. É cabível a utilização do writ para coibir constrangimento ilegal advindo da execução provisória da sentença, ocorrida, na espécie, eis que transitada em julgado para a acusação.

“2. Em sede de execução provisória, compete ao juízo da condena-

ção a apreciação da pretensão de progressão do regime prisional.

“3. Tendo a sentença limitado o regime fechado ao período inicial do cumprimento da pena, não pode este ser alterado em sede de apelação interposta pelo réu, sob pena de inobservância ao princípio ne reformatio in pejus.

“4. Ordem concedida, para que o juízo de condenação conheça do pedido e determine as diligências necessárias à procedência ou não da postulação” (RSTJ, vol. 93/404).

Na mesma senda a egrégia Primeira Turma do colendo Supremo Tribunal Federal, assim ementou:

“Habeas corpus — Recurso especial interposto pelo acusado — Inexistência de efeito suspensivo — Possibilidade de prisão imediata do condenado — Magistrado de Primeira Instância que condiciona a expedição do mandado de prisão ao prévio trânsito em julgado da condenação penal — Deliberação que não vincula os tribunais superiores — Pedido indeferido.

“Prisão do sentenciado e interposição dos recursos excepcionais.

“— A mera interposição dos recursos de natureza excepcional — recurso especial (STJ) e recurso extraordinário (STF) — não tem, só por si, o condão de impedir a imediata privação da liberdade individual do condenado, eis que as modalidades recursais em referência não se revestem de eficácia suspensiva. Precedentes.

“Juiz que condiciona a expedição de mandado de prisão ao trânsito em julgado da condenação penal.

— A deliberação do Magistrado de Primeira Instância, que condiciona a expedição do mandado de prisão ao prévio trânsito em julgado da condenação penal, embora garanta ao réu o direito de apelar em liberdade contra a sentença, não vincula os Tribunais incumbidos de julgar os recursos ordinários ou extraordinários eventualmente deduzidos pelo sentenciado. O Tribunal ad quem, em consequência, pode ordenar, em sede recursal, a prisão do condenado, quando improvido o recurso por este interposto. O acórdão do Tribunal ad quem — porque substitui a sentença recorrida no que tiver sido objeto de impugnação recursal — faz cessar, uma vez negado provimento ao recurso da defesa, a eficácia da decisão de Primeiro Grau no ponto em que esta assegurou ao sentenciado o direito de recorrer em liberdade. Precedente.

“Princípio da não-culpabilidade do réu.

— O postulado constitucional da não-culpabilidade do réu impede que se lance o nome do acusado no rol dos culpados, enquanto não houver transitado em julgado a condenação penal contra ele proferida. Esse princípio, contudo, não constitui obstáculo jurídico a que se efetive, desde logo, a prisão do condenado, desde que desprovido de efeito suspensivo o recurso por ele interposto contra o acórdão condenatório. Precedente.

“Convenção americana sobre direitos humanos e prisão antecipada do condenado.

— O Pacto de São José da Costa Rica, que instituiu a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não impede — em tema de proteção

ao status libertatis do réu (artigo 7º, n. 2) — que se ordene a privação antecipada da liberdade do indiciado, do acusado ou do condenado, desde que esse ato de constrição pessoal se ajuste às hipóteses previstas no ordenamento doméstico de cada Estado signatário desse documento internacional. O sistema jurídico brasileiro, além das diversas modalidades de prisão cautelar, também admite aquela decorrente de sentença condenatória meramente recorrível. Precedente: HC n. 72.366-SP, rel. Min. Néri da Silveira, Pleno.

“A Convenção Americana sobre Direitos Humanos não assegura ao condenado, de modo irrestrito, o direito de sempre recorrer em liberdade” (RTJ 168/526).

Extrai-se do corpo do acórdão:

“Entendo que não procedem as razões deduzidas pelo ilustre impetrante, eis que o princípio constitucional da não-culpabilidade dos réus, fundado no art. 5º, LVII, da Carta Política, não se qualifica como obstáculo jurídico ao imediato cumprimento da pena imposta ao condenado, ainda que pendente de apreciação, pela via do recurso especial (STJ) ou do recurso extraordinário (STF), o acórdão de tribunal inferior que impôs ao sentenciado a sanção penal contra a qual se insurge.

“Mostra-se irrelevante a circunstância de ser possível a interposição de recurso especial ou de recurso extraordinário, questionando, em sede recursal, o acórdão proferido pelo Tribunal apontado como coator, eis que essas modalidades de impugnação recursal, porque despojadas de eficácia suspensiva, não impedem a



imediate execução da pena privativa de liberdade imposta aos sentenciados em geral”.

Assim, a jurisprudência dos tribunais superiores, não obstante se deva olvidar da situação do preso provisório lato sensu (aquele que ainda aguarda sentença) daquele que ainda não viu transitar em julgado a sentença condenatória de forma total — está firmada pela admissibilidade da expedição da carta de guia, mesmo na pendência de julgamento de recurso especial ou extraordinário.

Daí admitir-se a execução provisória (antes da haver coisa julgada definitiva) em benefício do condenado, pois, a não ser assim, teria de aguardar preso provisoriamente (via de regra em cadeia fechada) a definição de suas condenações nas instâncias superiores quando já transitadas em julgado para a acusação (=sem mais possibilidade de agravação).

Concluindo: confirmada na instância superior, no juízo de apelação, sentença penal condenatória, mesmo sendo cabível a interposição de recurso especial ou recurso extraordinário, sem efeito suspensivo, nada impede que contra o condenado expeça-se o competente mandado de prisão, sendo necessário lembrar que pena privativa de liberdade cumpre-se na prisão.

4. Assim, sendo possível a execução provisória (em relação a três das quatro condenações impostas ao agravante, pois uma delas já é coisa julgada), após realizada a soma das penas (LEP, art. 111), para a progressão almejada para o regime aberto (LEP, art. 112), constata-se desde logo que o agravante não preenchia mesmo o requisito objetivo (tiver cum-

prido ao menos um sexto da pena no regime anterior), não se permitindo salto do regime fechado para o aberto.

Quanto ao segundo requisito, de natureza subjetiva (e seu mérito indicar), não obstante tenha sido reconhecido pelo Magistrado para a concessão do regime semi-aberto, este nem sequer foi averiguado no caso dos autos, com o que ao se deferir a progressão de forma parcial, ou seja, apenas para o semi-aberto (quando se pedia e busca aberto), faz-se tábula rasa do texto legal, sem recurso do Ministério Público.

Apesar da amplitude do conceito do que seja mérito do condenado, na execução penal o juiz é praticamente alçado à condição de investigador, cabendo-lhe compor um quadro das informações dos setores técnicos específicos (psicólogos, assistentes sociais, psiquiatras) e administrativos, aliado a sua experiência e sensibilidade para elaborar uma síntese que resulte em um prognóstico favorável ou não.

Dentre os elementos de que pode dispor o Magistrado, a Lei de Execução Penal prevê a realização de Exame Criminológico, não obrigatório “para todos os condenados, contentando-se com o exame de personalidade comum para a classificação dos criminosos e a individualização da execução da pena. Entendeu-se que a gravidade do fato delituoso ou as condições especiais do agente aconselham a obrigatoriedade do exame criminológico apenas aos presos destinados ao regime fechado. Pode ser efetuado, porém, por iniciativa da Comissão Técnica de Classificação, quando necessário e possível, quando

se trata de condenado ao cumprimento da pena em regime semi-aberto, para fins de classificação e individualização da pena, bem como na hipótese de pedido de livramento condicional de apenado por crime doloso cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, para se apurar se existem as condições pessoais que façam presumir que não voltará ele a delinquir” (Julio Fabbrini Mirabete, ob. cit., pág. 67).

Na verdade, a teor do parágrafo único do art. 112 da LEP (a decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário), o exame criminológico revelar-se-ia indispensável na progressão do regime fechado para o regime semi-aberto, consoante as disposições dos arts. 34 do CP e 8º da LEP, este último exigindo-o para o processo de classificação e adequada individualização da pena.

Para Paulo Lúcio Nogueira, “o exame criminológico conduz à classificação do condenado para a designação do estabelecimento adequado e escolha dos métodos de tratamento, pois o conhecimento da personalidade do preso e a proposição do seu tratamento têm em vista justamente a sua ressocialização.

“O exame criminológico será obrigatório, quando o condenado for submetido ao regime fechado, e será facultativo, quando se tratar de regime semi-aberto, conforme se conclui do parágrafo único do art. 8º da LEP” (Comentários à Lei de Execução Penal, SP, Saraiva, 1990, pág.10).

Nesse sentido a jurisprudência desta Casa:

“Consoante dispõem os arts. 112, parágrafo único, da Lei de Execuções Penais, e 34 do Código Penal, a realização de exame criminológico é indispensável para que haja a progressão do regime fechado para o semi-aberto” (HC n. 12.684, de Biguaçu, rel. Des. Genésio Nollí, j. em 22/2/96).

Desse entendimento comunga o colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Réu condenado — Progressão de regime — Exame criminológico — Habeas corpus — Recurso — 1. A exigência de exame criminológico para fins de progressão de regime fechado para semi-aberto, mesmo nos casos de réus sentenciados antes da vigência da Lei n. 7.210/84, não constitui constrangimento ilegal” (RHC n. 3.951-5-RS, 5ª Turma, rel. Min. Edson Vidigal, in DJU de 20/3/95).

No caso concreto, embora satisfeito o requisito temporal de 1/6 (um sexto) de cumprimento da pena, verifica-se que nenhum dos exames obrigatórios à análise da progressão pleiteada foi efetuado (não obstante a inusitada decisão — porquanto não observou esses requisitos subjetivos — concedendo ao recorrente a progressão para o regime semi-aberto) pois, como se sabe, o benefício “só pode ocorrer quando o condenado apresentar, considerados os seus antecedentes e o resultado do exame criminológico, indícios suficientes de que irá portar-se com autodisciplina e senso de responsabilidade” (JC 58/416).

Ora, se não há nos autos averiguação dos efeitos da resposta à terapia penal, bem como da assimilação do caráter educativo da sanção, a pro-

gressão para qualquer regime menos rigoroso constitui verdadeiro contra-senso, pois a "aferição do mérito se refere à conduta global do preso e dela faz parte um acréscimo de confiança depositada no mesmo e a possibilidade de atribuição de maiores responsabilidades para o regime de mais liberdade. O condenado deve ser avaliado, aliás, em função do regime para o qual pretende progredir; terá que ser examinado tendo em vista as regalias de que irá gozar no regime progressivo seguinte. Não deve ser concedida a progressão quando se verificar que o apenado não apresenta condições para se ajustar ao novo regime" (Julio Fabbrini Mirabete, ob. cit., pág. 286).

Nesse sentido, deste Relator:

"Somente através da análise global da vida carcerária do reeducando, sopesando os pontos negativos e positivos, que denotam sua reabilitação, poder-se-á constatar com segurança sua aptidão para retornar ao convívio social" (Rec. de Agravo n. 98.016576-8, de Chapecó, j. em 9/2/99).

Ainda:

"Execução penal — Regime fechado — Progressão para semi-aberto — Bom comportamento atual, mas sem mérito — Benefício negado — Recurso desprovido.

"O bom comportamento carcerário, atual, não basta para preenchimento do requisito subjetivo à progressão de regime (LEP, art. 112),

pois aquele não se confunde com aptidão ou adaptação do condenado, nem, muito menos, serve como índice fiel de sua readaptação social; é necessário se demonstre que a personalidade do agravante esteja adequada à mudança ao regime menos rigoroso" (Rec. de Agravo n. 347, da Capital, j. em 15/8/95).

Logo, o exame criminológico ao qual o recorrente não foi submetido era mesmo imprescindível para a análise da pretensão, porquanto se trata de agente condenado ao cumprimento de penas que, somadas, ultrapassam oito anos, determinando o regime fechado, a teor dos arts. 8º, 111 e 112, parágrafo único, da Lei de Execução Penal.

Mas, neste aspecto, não houve recurso ministerial.

5. Diante do exposto, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. César Abreu. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 14 de setembro de 1999.

*Solon d'Eça Neves,*  
*Presidente com voto;*  
*Nilton Macedo Machado,*  
*Relator.*

**JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL  
E ADMINISTRATIVA**



## MANDADOS DE SEGURANÇA

### MANDADO DE SEGURANÇA N. 98.010060-7, DA CAPITAL

**Relator: Des. Amaral e Silva**

*Administrativo — Concurso público — Mandado de segurança — Nomeação — Inexistência de direito líquido e certo — Ordem denegada.*

*No mandado de segurança o impetrante tem o ônus de demonstrar o alegado direito através de fatos certos, indubitáveis.*

*Nos concursos para servidores da Justiça, as regras são fixadas pelo respectivo Edital, principalmente no tocante ao número de vagas.*

*Não se confundem candidatos aprovados com candidatos habilitados.*

*Habilitados são os aptos à nomeação de acordo com as regras do Edital. Aprovados são os que lograram médias, mas não foram classificados de acordo com o número de vagas oferecidas. Estes não podem preterir servidores mais antigos no legítimo direito à remoção.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 98.010060-7, da comarca da Capital, em que é impetrante Fabiana Sal-*

*vador Gaspar Mendonça, sendo impetrados o Exmo. Sr. Des. Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e outro:*

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal Pleno, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, denegar a segurança.

Custas na forma da lei.

## I — Relatório

Trata-se de mandado de segurança impetrado por candidata aprovada em concurso público contra atos do Presidente e do Secretário do Tribunal que abriram concurso de remoção para o respectivo cargo.

Sustenta a impetrante, em resumo, que, sendo aprovada em sexto lugar e encontrando-se ao ensejo da impetração em terceiro lugar e, agora, em primeiro, tem direito líquido e certo à nomeação assegurado pelo artigo 33 da Resolução n. 9/89, que condiciona as remoções à inexistência de candidato habilitado em concurso público.

As dignas autoridades prestaram informações dizendo, também em síntese, preliminarmente, que o processo deve ser extinto sem exame do mérito por não haver a impetrante requerido a citação do escrivão removido, litisconsorte necessário; no mérito, que não ostenta direito líquido e certo, pois a remoção foi procedida no interesse público.

Denegada a liminar e citado o litisconsorte, este respondeu arguindo, preliminarmente, falta de interesse jurídico, pois a impetrante já foi nomeada para outra comarca; no mérito, que a candidata aprovada não tem direito à nomeação, ato discricionário do Poder Público.

A douta Procuradoria é pela denegação da segurança.

## II — Voto

1 — Afasto a preliminar.

O litisconsorte, chamado ao processo, contestou.

Não havendo comprovado o fato superveniente, ou seja, a nomeação da impetrante para o mesmo cargo em outra comarca, a matéria não pode ser conhecida.

2 — Aprovada em concurso público, pretende a impetrante seja assegurada a respectiva nomeação.

É cediço que as regras que vinculam a administração são as do concurso, principalmente no tocante ao número de vagas. Também que no mandado de segurança os fatos têm de ser certos, indubitáveis, demonstrados de plano.

Para se opor à nomeação de outro candidato ou à remoção de funcionário, a impetrante teria de comprovar que a ordem de classificação foi preterida ou que a remoção foi feita em prejuízo de vaga do Edital.

Não anexando o Edital, não demonstrou a impetrante, como lhe competia, que a vaga postulada era do Edital. Essa simples circunstância descaracteriza a necessária liquidez e certeza do direito, ensejando a denegação da ordem.

A Corte, no Mandado de Segurança n. 99.004582-0, da Capital, de que fui relator, decidiu:

“Administrativo — Servidor público — Concurso — Nomeação — Remoção de servidor — Precedência da remoção — Writ denegado — Art. 33 da Resolução 8/89.



“Não há direito líquido e certo do aprovado em concurso ao aproveitamento.

“Preenchidas as vagas do Edital têm preferência à remoção os servidores já nomeados”.

Do voto:

“Preenchidas as vagas do Edital, os demais aprovados conservam mera expectativa do direito à nomeação.

“Não se confundem candidatos habilitados com candidatos aprovados.

“Habilitados são aqueles aptos à nomeação de acordo com as regras do Edital, vale dizer, do concurso. Embora aprovados os demais que lograram média, mas não foram classificados de acordo com o número de vagas do Edital, não têm direito à nomeação, não podendo preferir servidores mais antigos.

“Interpretar a Lei de outro modo, data venia, poderia conduzir à iniquidade, privilegiando estranhos ao quadro em detrimento de funcionários mais antigos.

“Seria, por exemplo, na Capital, onde recentemente foram aprovados centenas de candidatos, vedar completamente a possibilidade de remoção, privilegiando novos servidores em detrimento dos mais antigos, que têm direito de postular a vaga.

“Não foi esse, claro, o objetivo do legislador.

“Na comarca onde o cargo vagou, se houver candidatos aprovados podem ser nomeados mas, preenchido o número de vagas do Edital, resta para os demais aprovados mera expectativa de direito. Só têm direito de

precedência sobre os funcionários, os aprovados e habilitados à nomeação consoante o Edital. Os demais só poderão postular o aproveitamento não havendo remoção.

“É de antiga doutrina:

‘Os candidatos, mesmo que inscritos, não adquirem direito à realização do concurso na época e condições inicialmente estabelecidas pela Administração; esses elementos podem ser modificados pelo Poder Público, como pode ser cancelado ou invalidado o concurso, antes, durante ou após sua realização. E assim é porque os concorrentes têm apenas uma expectativa de direito que não obriga a Administração a realizar as provas prometidas. Ainda mesmo a aprovação no concurso não gera direito absoluto à nomeação ou à admissão, pois que continua o aprovado com simples expectativa de direito à investidura no cargo ou emprego disputado.

‘Vencido o concurso, o primeiro colocado adquire direito subjetivo à nomeação com preferência sobre qualquer outro, desde que a Administração se disponha a prover o cargo ou o emprego público, mas a conveniência e oportunidade do provimento ficam à inteira discricção do Poder Público. O que não se admite é a nomeação de outro candidato que não o vencedor do concurso, pois, nesse caso, haverá preterição do seu direito, salvo a exceção do art. 37, IV’ (in Meirelles, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 24ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, pág. 389).

“Já decidiu esta Corte, acórdão relatado pelo culto Desembargador Newton Trisotto:

‘Mandado de segurança — Concurso público — Magistério municipal — Aprovação — Nomeação — Direito líquido e certo — Expectativa de direito.

‘O aprovado em concurso não tem direito líquido e certo à nomeação, mas tão-somente à precedência em relação a candidato com colocação inferior, restando em situação de expectativa de direito.

‘Remoção de funcionário à vaga não atinge o direito do impetrante, por estar autorizada em lei’ (MS n. 1.669, Des. Protásio Leal)’ (ACMS n. 98.005519-9, da Capital).

“Do v. acórdão:

‘a) O prazo de validade do concurso a que se submeteu a impetrante, depois de prorrogado, expirou em 4/12/97, data em que foi impetrado o writ. A existência de vaga não gera, por si só, o direito à nomeação, como bem esclarece o julgado citado na exordial:

‘1. Mero surgimento de vaga não gera direito subjetivo à nomeação de candidato habilitado em concurso público, porquanto cabe à Administração aquilatar da oportunidade e conveniência do seu preenchimento.

‘2. Entretanto, doutrina e jurisprudência, em face do art. 37, VI, da CF/88, e do art. 12, parágrafo 2º, da Lei n. 8.112/90, têm entendido que, quando a Administração, de algum modo, manifesta a necessidade, a conveniência e a intenção de provimento do cargo, no prazo de validade do concurso público para o mesmo cargo, emerge automaticamente, para o candidato melhor classificado, o direito à nomeação, deslocando-se a questão, assim, do campo discricioná-

rio para o campo vinculado’ (TRF, 1ª Região, Juiz Celso A. B. de Mello, ACMS n. 0131885/83-MT).

‘Há outras decisões nesse mesmo sentido. No Recurso Especial n. 92.0006270-9, proclamou o Superior Tribunal de Justiça:

‘Mandado de Segurança. Recurso. Concurso Público. Magistério Estadual. Aprovação. Nomeação para determinada vaga. Liquez e certeza do direito não demonstradas. Desprovemento do recurso.

‘Embora aprovado em concurso público, tem o candidato mera expectativa de direito à nomeação.

‘Não demonstrando os impetrantes, desde logo, desobediência à ordem de classificação ou desrespeito ao alegado direito à nomeação para determinadas vagas — como lhes competia em sede de mandado de segurança — a presunção é a da legalidade do ato’ (RSTJ 67/267).

‘Do voto do relator, Ministro Hélio Mosimann, transcrevo o excerto que segue:

‘Sabemos que o princípio norteador da matéria é o de que a aprovação em concurso público não obriga a Administração a nomear o candidato, ao qual aproveita mera expectativa de direito à almejada nomeação.

‘Neste sentido decisão proferida pelo eminente Ministro Vicente Cernicchiaro, quando do julgamento do ROMS n. 494/RS, que assim restou ementado, verbis:

‘Recurso em mandado de segurança. Concurso público. Aprovação. Nomeação.

‘A aprovação em concurso público confere ao candidato expectativa

à nomeação. Não tem direito de exigí-la. Ilegalidade haverá caso a pública administração promova nomeação em desrespeito à ordem de classificação.’

‘Mais adiante acrescenta:

‘Como é cediço e bem lembrado pela autoridade impetrada, nas informações que presta, a conveniência e oportunidade de provimento das vagas no serviço público fica à inteira discricção da Administração. Nesse sentido escreve Hely Lopes Meirelles, in ‘Direito Administrativo Brasileiro’, Ed. Rev. dos Tribunais, 1975, 3ª edição, pág. 396’.

‘No mesmo sentido é o entendimento desta Corte:

‘O aprovado em concurso não tem direito líquido e certo à nomeação, mas tão-somente à precedência em relação a candidato com colocação inferior, restando em situação de expectativa de direito.

‘Remoção de funcionário à vaga não atinge o direito do impetrante, por estar autorizada em lei’ (MS n. 1.669, Des. Protásio Leal, JC 62/63).

‘O Edital n. 1/97, pelo qual foram convocados os professores já nomeados para o ‘concurso de remoção, aumento de carga horária e alteração de área de atuação’, não ‘manifesta a necessidade, a conveniência e a intenção do provimento do cargo’;

‘b) Os professores contratados o foram apenas para substituir os licenciados; não ocorreu preenchimento de vaga por nomeação;

‘c) Os candidatos que no concurso obtiveram melhor classificação do que a impetrante são litisconsortes necessários e, por isso, deveriam ter sido chamados a integrar o mandamus”.

3 — Pelo exposto, denego a ordem.

### III — Decisão

Acompanharam o voto do relator. Denegaram a ordem.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Eder Graf, Anselmo Cerello, Genésio Nollí, Jorge Mussi, Francisco Borges, Carlos Prudêncio, Gaspar Rubik e Sérgio Paladino. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. João Fernando Q. Borrelli.

Florianópolis, 16 de fevereiro de 2000.

*João José Schaefer,*  
*Presidente;*  
*Amaral e Silva,*  
*Relator.*

**MANDADO DE SEGURANÇA N. 99.016310-5, DA CAPITAL****Relator: Des. Amaral e Silva**

*Administrativo e previdenciário — Ipesc — Direito à assistência médica — Interpretação sociológica do respectivo regulamento — Ordem concedida.*

*Em se tratando de benefício previdenciário, a interpretação é sempre sociológica, teleológica, protetiva, extensiva. A mais favorável ao segurado.*

*Nada justifica, antes afronta o princípio constitucional da moralidade, suprimir assistência médica a servidores que anos a fio vêm pagando contribuições na expectativa dos respectivos benefícios previdenciários.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 99.016310-5, da comarca da Capital, em que é impetrante Pedro Casado da Silva, sendo impetrados o Exmo. Sr. Governador do Estado de Santa Catarina e o Presidente do Ipesc — Instituto de Previdência de Santa Catarina:*

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal Pleno, por votação unânime, rejeitar a preliminar e, no mérito, conceder a segurança.

Custas na forma da lei.

**I — Relatório**

Trata-se de mandado de segurança impetrado por contribuinte do Ipesc contra o Governador do Estado e o Presidente da Autarquia.

Alega o impetrante, em resumo, que, contribuinte obrigatório desde 25 de outubro de 1994, sendo convocado para exercer funções transitórias na Secretaria de Seguran-

ça, foi exonerado em novembro de 1995, desde quando vem contribuindo na qualidade de facultativo com direito à assistência médica, inclusive para os dependentes; que nessa condição foi surpreendido pelo Decreto n. 352, de julho de 1999, que aprovou o Regulamento do Ipesc, extinguindo o direito dos contribuintes voluntários à assistência médica; que o ato, injusto e cruel, feriu o direito adquirido, pois encontrando-se doente, o tratamento médico foi interrompido.

As autoridades responderam argüindo, também em síntese, preliminarmente, carência do writ, por se tratar de matéria de fato complexa; no mérito, iliquidez e incerteza do direito, porquanto a assistência médica não constituía obrigação imperativa, mas meramente facultativa, nos termos do artigo 33 do Decreto n. 2.512/77; que os ocupantes de cargos comissionados a partir da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, passaram a contribuintes obrigatórios do INSS e que, não sendo contemplado no novo Regulamento do Ipesc,

não tem o impetrante direito líquido e certo à assistência à saúde.

A douda Procuradoria é pela denegação da ordem. Entende que, não comprovando a continuidade no pagamento das contribuições e sendo a assistência médica facultativa, o impetrante não ostenta direito líquido e certo.

## II — Voto

### 1 — Não procede a preliminar.

A matéria de fato, embora complexa, pode ser comprovada documentalmente, por isso que diz respeito apenas à condição de contribuinte e ao direito à assistência médica.

Reiteradamente decide esta Corte:

“Mandado de segurança — Direito líquido e certo — Prova pré-constituída.

“A complexidade dos fatos documentalmente comprovados e a dificuldade da análise do direito pleiteado não obstam o uso da ação mandamental” (MS n. 5.088, da Capital, rel. Des. Eder Graf).

“Matéria complexa. Fato que não induz, por si só, à carência de ação.

“Ainda que intrincada a questão legal e dificultoso o exame dos textos legais incidentes em respaldo ao direito invocado, não estará arredada a propriedade da via mandamental se possível a positivação do malferimento de um direito inquestionavelmente garantido ao autor da impetração” (MS n. 96.010049-0, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos).

No mesmo sentido, a lição de Hely Lopes Meirelles:

“Quanto à complexidade dos fatos e à dificuldade de interpretação das normas legais que contêm o direito a ser reconhecido ao impetrante, não constituem óbice ao cabimento do mandado de segurança, nem impedem o seu julgamento de mérito. Isto porque, embora emaranhados os fatos, se existente o direito, poderá surgir líquido e certo, a ensejar a proteção reclamada” (in Mandado de Segurança, 20ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998, pág. 36).

2 — No mérito, a razão está com o impetrante que comprovou estar em dia com as contribuições.

Pelo documento de fls. 9 não impugnado, tem-se que recolheu a contribuição de agosto de 1999, sendo associado, no mínimo, desde dezembro de 95. Vejam-se a matrícula e os comprovantes de contribuição.

O writ foi protocolado em setembro.

É evidente que se trata de contribuinte voluntário anterior às alterações no Regulamento do Ipescc ocorridas em 1999.

A assertiva do impetrante de que estava em tratamento médico não foi impugnada.

De qualquer modo, tratando-se de segurado anterior à mudança do Regulamento e que vinha contribuindo também para a assistência médica, o Instituto e o Estado não poderiam quebrar leoninamente o contrato.

Mantendo a contribuição, que antes abrangia a assistência médica, não poderia o Órgão Previdenciário

suprimi-la sem qualquer contraprestação.

No campo da Previdência Social a interpretação da lei, finalística, deve ser sempre a mais favorável ao segurado e dependentes.

Wladimir Novaes Martinez ensina:

“A técnica interpretativa deve conduzir à exegese teleológica, isto é, levar em conta o sentido social da lei. Dentro do Direito Social, observar o sentido social da norma é atividade duplamente significativa. O social deve prevalecer sobre o particular, o interesse público é superior ao individual, mas a lei de cunho social não pode ignorar o fundamento econômico à sua base nem, mormente, o indivíduo, não deve perecer em favor de uma coletividade anônima.

“Ao se elaborar uma lei social, avalia-se seu sentido, eminentemente social, razão pela qual é despidendo falar-se em sentido social de lei social. Quer dizer com isto ser a Previdência Social insitamente protetora, devendo os raciocínios conduzir à proteção social, quando se impuserem, isto é, a interpretação ou a integração não são ferramentas universais de aplicação do Direito; cabem em casos especiais.

“(…)”

“O sentido social da lei previdenciária é a proteção, proteção garantida pela economia dos protegidos e não a tutela genérica oferecida pelo Estado. É pressuposto deste princípio interpretativo a necessidade dos postulantes, as circunstâncias fáticas circundantes e, basicamente, o direito invocável” (in Princípios de Direito

Previdenciário, 3ª ed., São Paulo, LTR, 1995, págs. 332/333).

O artigo 33 da CLPE, ao estabelecer que a assistência médica era facultativa, só pode ser interpretado sociologicamente. Vale dizer, aos contribuintes que a recebiam, deles não podia ser potestativamente suprimida, por isso que, ao se associarem, tinham como certo que a contribuição também abrangia a assistência médica.

O princípio de equilíbrio e segurança das relações jurídicas, de Direito Natural, repele cláusulas potestativas, como a que coloca ao talante da administração a possibilidade de, a seu exclusivo arbítrio, suprimir benefício previdenciário, principalmente assistência médica, sem reduzir as contribuições.

Ao se associar o contribuinte voluntário adere a contrato bilateral em que as respectivas cláusulas, como nos demais ajustes, submetem-se aos princípios gerais do direito que tanto no chamado Direito Previdenciário como no Direito das Obrigações repele cláusulas “voluntárias”, também conhecidas como potestativas, bem por isso vedadas, Código Civil, art. 115.

Se o Direito Privado as proíbe, com muito maior razão devem ser rejeitadas no Direito Social, principalmente quando geradoras de situações de iniquidade, antítese do Direito e da Equidade.

Embora as alterações nas normas previdenciárias tenham de ater-se à Lei, é certo que não podem, leoninamente, suprimir a “cobertura de eventos de doença, invalidez e morte”, pois esses os objetivos básicos da

previdência, garantidos constitucionalmente pela Carta Política, artigo 201.

A crise previdenciária, fruto da má gestão da coisa pública por parte da classe política, vem sendo atribuída injustamente aos servidores e à classe trabalhadora.

Para resolver o problema, suprimem-se benefícios, penalizando os contribuintes, destinatários do sistema, como se previdência tivesse outra destinação que não a de assegurar os direitos relativos à cobertura de eventos como de doença, invalidez, morte, acidentes do trabalho etc.

No momento histórico de crise e casuísmos, cabe ao Judiciário decidir sociologicamente, recompondo a violação de direitos, notadamente os sociais, restabelecendo o princípio da moralidade, segundo os ditames da consciência, do honesto e do virtuoso, interpretando a lei de acordo com os interesses humanos, o bem comum, a paz social, a equidade.

Nada justifica suprimir benefícios previdenciários, principalmente assistência médica de servidores que durante anos e anos vêm pagando suas contribuições, coisa que o Estado normalmente não vinha fazendo.

Assim, também pelo princípio da moralidade (art. 37 da Carta Políti-

ca), do direito adquirido (art. 5º, XXXVI, CF) e da previdência social (art. 6º, CF) não poderiam as autoridades suprimir do impetrante, na qualidade de contribuinte voluntário, a assistência médica.

3 — Pelo exposto, rejeito a preliminar e, no mérito, concedo a ordem.

### III — Decisão

Acompanharam o relator. Rejeitaram a preliminar e, no mérito, concederam a ordem.

Participaram do julgamento, com votos vendedores, os Exmos. Srs. Des. Eder Graf, Anselmo Cerello, Genésio Noll, Jorge Mussi, Francisco Borges, Carlos Prudêncio, Gaspar Rubik e Sérgio Paladino. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Áttila Antônio Rothsahl.

Florianópolis, 16 de fevereiro de 2000.

*João José Schaefer,*  
*Presidente;*  
*Amaral e Silva,*  
*Relator.*

## MANDADO DE SEGURANÇA N. 97.009317-9, DA CAPITAL

**Relator: Des. Carlos Prudêncio**

*Mandado de segurança — Teto de vencimentos — Decreto Governamental n. 866, de 9/5/96 — Lei Complementar n. 100 de 30/11/93 — Base na remuneração de Secretário de Estado — Fixação em percentual de 100% — Impossibilidade de invocação do princípio da irredutibilidade de vencimentos — Princípio da supre-*



*macia do interesse público — Denegação do writ.*

*Existindo conflito entre a norma constitucional que determina seja observada a irredutibilidade de vencimentos e norma constitucional que estipule deva ser observado um limite máximo no pagamento dos vencimentos a qualquer título, entende-se deva prevalecer esta última, em razão de, no caso, ligar-se mais intimamente ao interesse público, que, por todas as razões óbvias, devem estar acima dos interesses individuais.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 97.009317-9, da comarca da Capital, em que são impetrantes Vanda Noldin Miroski e outros, sendo impetrados os Srs. Secretários de Estado da Fazenda e da Administração do Estado de Santa Catarina:*

ACORDAM, em Primeiro Grupo de Câmaras, por votação empatada, denegar a segurança.

Custas legais.

## **I — Relatório**

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Vanda Noldin Miroski e outros contra ato dos Srs. Secretários de Estado da Fazenda e da Administração do Estado de Santa Catarina, objetivando o reconhecimento do direito à percepção de seus estípedios em sua integralidade, de modo a ser considerado o adicional por tempo de serviço como verba de natureza extrateto, em razão de seu caráter pessoal, sendo impossibilitada, assim, qualquer redução ou limitação de valores.

Fazendo menção ao Decreto Governamental n. 866 de 9/5/96, que fixou em R\$ 4.411,80 (quatro mil, quatrocentos e onze reais e oitenta centavos) o valor da remuneração do cargo

de Secretário de Estado, bem assim, à Lei Complementar n. 100, de 30/11/93, que fixou o teto de vencimentos em 100% da remuneração do respectivo cargo (Secretário de Estado), disseram ter sofrido redução de estípedios, não podendo contudo ser atingido o adicional por tempo de serviço, de natureza pessoal, verba já incorporada a seus patrimônios jurídicos, razão pela qual ajuizaram a presente ordem.

Prestando suas informações, as autoridades impetradas sustentaram, em síntese, inexistência de direito líquido e certo, pelo que postularam a denegação da ordem.

A liminar restou deferida.

A douta Procuradoria de Justiça, por meio do parecer do Dr. Joel Rogério Furtado, opinou pela concessão do mandamus.

É o sucinto relatório.

## **II — Voto**

A ordem há de ser denegada.

Vinha este relator entendendo, dentro do mesmo posicionamento da jurisprudência desta Casa, que, para efeitos de cálculo do teto de remuneração dos servidores públicos previsto constitucionalmente, não se computam as vantagens de caráter pessoal,

dentre elas incluído o adicional por tempo de serviço, não sendo possível permitir-se eventual redução ou supressão da vantagem a este, ou a qualquer pretexto.

Entretanto, a partir de nova reflexão sobre o tema em apreço, penso que a regra atinente ao teto deve ser respeitada, ainda que, para tanto, tenha que se permitir a omissão no pagamento de vantagens pessoais, como ocorre com o adicional por tempo de serviço.

A questão de estabelecimento do limite máximo para a remuneração dos servidores públicos tem, na verdade, ensejado muitas discussões, acerca da qual parece ter a atual Constituição Federal entregue a resposta, se não pronta, mas indicativa do rumo certo a ser trilhado.

O legislador constituinte de 1988, ao confeccionar a redação do art. 37, inc. XI, deixou expresso na atual Carta Política, in verbis:

“A lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos poderes, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito”.

Comentando o dispositivo em questão, o constitucionalista Pinto Ferreira assevera que, “os funcionários públicos não poderão perceber venci-

mentos superiores aos dos de mais alto grau de remuneração dos servidores de sua esfera de governo, qualquer que seja a lei favorável a estas ampliações de vencimentos, pois a lei violará a Constituição Federal” (in Comentários à Constituição Brasileira, 2º vol., São Paulo, Saraiva, 1990, pág. 375).

Da lição de José Afonso da Silva, contida em sua clássica obra, Curso de Direito Constitucional Positivo, extrai-se que:

“O art. 37, XI, determina que a lei (federal, estadual, distrital e municipal, conforme as regras de competência) fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos. Esta é uma primeira regra do dispositivo. Quer-se que a lei, em cada entidade da Federação, estabeleça, por exemplo, que a maior remuneração de servidor não seja superior a dez, quinze ou vinte vezes a menor, ou, então, que a escala de remuneração não guarde distância acima de certa percentagem. Mas o texto prossegue, para estatuir que se há de observar, como limite máximo no âmbito dos respectivos poderes, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito. Vale dizer: os servidores do Congresso não poderão perceber remuneração maior do que a que os Deputados e Senadores recebem, em pecúnia, a qualquer título; assim, também os funcionários das

Assembléias Legislativas nos Estados não poderão ter remuneração maior do que a dos Deputados Estaduais; a remuneração dos servidores do Poder Judiciário federal terá por limite máximo a remuneração dos Ministros do STF, enquanto os do Poder Judiciário estadual ficam limitados à remuneração dos desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça. Os servidores do Poder Executivo federal não poderão ter remuneração maior do que a que percebem os Ministros de Estado, a qualquer título, incluindo, pois, as gratificações de representação, assim também os servidores estaduais ficam limitados ao que percebem os Secretários de Estado” (ob. cit., 11ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, pág. 627).

A questão depende de análise conjunta com as novas disposições inseridas no texto constitucional a partir da Emenda Constitucional n. 19 de 5/6/98.

De qualquer forma, tem-se como fato certo a manutenção da regra que impõe obediência a um teto para a remuneração dos servidores públicos no âmbito dos três Poderes, como se depreende da nova redação do art. 37, inc. XI, que assim enuncia:

“A remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não pode-

rão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal”.

Como se vê, a redação anterior do dispositivo em comento — que determinava fosse respeitado como limite máximo os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito — apresentava, a meu sentir, uma regra de caráter mais específico que a visualizada pela redação atual, que não traça qualquer linha de correspondência indicativa de valores percebidos no âmbito dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios.

Limita-se a nova regra, oriunda da citada Emenda Constitucional n. 19, a apontar, no que se refere ao teto, ou valor máximo a ser pago a todo e qualquer detentor de cargo, função ou emprego público, o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, constituindo-se a referência em observância imperiosa a todas as esferas de Governo.

Numa primeira avaliação, é possível entender que, com a apontada modificação trazida para dentro da Constituição de 1988, o teto de vencimentos do funcionalismo em geral ficou restrito ao subsídio mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal, conferindo, via de conseqüência, àqueles que têm seus estípedios limitados por legislação estadual ou

municipal, a possibilidade de vê-los majorados.

Entretanto, essa não foi a intenção do legislador constituinte, tanto que, em seu art. 39, preocupou-se com a instituição de conselhos de política de administração e remuneração de pessoal, procurando evidenciar, no § 5º do mesmo dispositivo, a possibilidade de edição de lei, por parte de qualquer das esferas de Governo, que disponha sobre a fixação do piso e do teto estipendial, respeitado, em qualquer caso, o disposto no art. 37, XI.

Assim enuncia o § 5º, do citado art. 39:

“Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderá estabelecer a relação entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, XI”.

Desse modo, o limite fixado na Constituição, mais especificamente, em seu art. 37, inc. XI, com a redação verificada a partir da reforma constitucional, não autorizou a revogação da legislação estadual que estipula como teto o vencimento de Secretário de Estado. Equivale dizer, e é importante frisar, fica afastada eventual idéia em torno da possibilidade de não ser respeitado o limite imposto pela legislação estadual.

Creio ser imprescindível o respeito ao teto de vencimentos. A meu ver, apresenta-se o tema como uma questão essencialmente de justiça social.

Imagino que integra os anseios de todos, principalmente daqueles que têm perfilhado a carreira da nobre missão de aplicar o direito — não co-

mo conjunto de regras pura e simplesmente, mas, sobretudo, como fator de manutenção da paz social, a partir da efetiva aplicação da justiça —, a contemplação de um Estado onde se possa viver sem demasiadas preocupações de ordem econômica e social, em que se visualize uma justa distribuição das riquezas, em que se atribua aos valores do trabalho não menos importância que aos relacionados aos direitos e garantias individuais; onde se possa vislumbrar um estado de coisas em que não mais impere o egoísmo tal qual vem definido nos dicionários, dando lugar a uma nova ordem social.

Falei em justa distribuição das riquezas. Não estou com isso buscando proclamar qualquer regime de Governo, o que esclareço, a fim de não passar a idéia de exposição tendenciosa. Objetivo apenas trazer a lembrança, como disse, dos nossos próprios anseios, como integrantes do corpo social que somos, e, particularmente, do segmento do qual fazemos parte, como aplicadores do Direito, condição que nos impõe, incontestavelmente, imensa responsabilidade.

É que penso não poder o impetrante ver-se em situação privilegiada em relação aos demais servidores integrantes do funcionalismo público, sendo oportuno registrar o surgimento aí, diga-se, até com muita força, em defesa dos interesses desses outros servidores, da busca da justa distribuição das riquezas, no caso, constituídas de rendas salariais.

Também me referi aos valores do trabalho. E isso para que se reflita sobre sua importância como elemento do direito social e, a partir daí, não se

eleve à condição superior qualquer direito individual.

Do Livro de Estudos Jurídicos, vol. 8, em que figuram Ada Pellegrini Grinover, Amilton Bueno de Carvalho, entre outros, extrai-se do artigo de autoria de Luiz Felipe da Silva Haddad, Juiz de Direito no Estado do Rio de Janeiro e professor de Direito Processual Civil na Universidade Federal daquele mesmo Estado, intitulado "As cláusulas de pedra da Carta Magna: necessidade de reflexão revisiva em prol da justiça social", por merecedora de registro, a seguinte passagem:

"(...) uma questão é assaz importante. Por que os direitos sociais, elencados do art. 6º ao art. 11 da Carta, também não foram 'petrificadas'? Por acaso o direito do indivíduo se sobrepõe ao do homem trabalhador?" (obra citada, Rio de Janeiro, Instituto de Estudos Jurídicos, 1994, pág. 40).

Penso que a resposta não pode ser afirmativa, isto é, são atribuídos valores a um e a outro, sem, contudo, posicionarem-se em níveis diferentes.

Aplicada a reflexão ao caso dos autos, penso não poder vingar a idéia de prestigiar-se o invocado direito à irredutibilidade de vencimentos, que, no caso, é individual, não podendo sobrepôr-se ao interesse social ou público, pertencente aos servidores em geral, que têm direito a uma adequada distribuição dos salários.

Ora, a todos é imposto o dever de respeito ao teto. A todos se impõe também o dever de contribuição para a previdência social. E, a quase totalidade dos servidores têm família à espera de atendimentos que ficam na pendência dos vencimentos pagos pelos cofres públicos mês a mês.

Assim, não seria justo, a meu ver, invocar o princípio da irredutibilidade remuneratória para extrapolar o teto de vencimentos.

É bem verdade que a Constituição garante tal irredutibilidade. Mas, a par disso, orienta para que se respeite o limite máximo de remuneração imposto por lei da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, conforme nova redação do art. 39, § 5º, supratranscrito, possibilitando, assim, conforme já registrado, a regulamentação regional.

Parece aí verificar-se um conflito de normas.

Na visão do renomado mestre José Carlos Barbosa Moreira, o que entendo perfeita, as normas constitucionais, como as normas jurídicas em geral, são articuladas dentro de um sistema, cujo equilíbrio impõe a tolerância a uma espécie de detrimento de direitos. Obviamente que, em certa medida. Isto porque, os interesses e valores que inspiram tais normas não raro entram em conflito, de tal sorte que se torna impraticável dispensar a todos, ao mesmo tempo, proteção irrestrita. Para assegurar a harmonia do conjunto, é imperioso reconhecer que eles se limitam reciprocamente de modo inexorável.

Como exemplo, basta recordar como a liberdade de manifestação do pensamento e a da atividade de comunicação podem encontrar fronteiras na necessidade de resguardar a honra alheia ou o direito do autor de divulgar ou não os produtos de seu engenho e arte.

Desse modo, enquanto o valor do teto não sofrer variação por norma infraconstitucional que venha a ser

lançada no mundo jurídico em observância ao refalado art. 39, § 5º, penso estar em pleno vigor a norma estadual que limita os vencimentos do funcionalismo, pagos a qualquer título, à remuneração percebida por Secretário de Estado, no âmbito do Executivo, Deputado Estadual, no Legislativo, e Desembargador, no Judiciário.

Com efeito, entendo deva-se permitir a incidência da Lei Complementar n. 100/93 sobre os valores percebidos pelos impetrantes, a qual determina seja observada a remuneração de Secretário de Estado como valor máximo a ser pago, em percentual de 100%, ao qual se submetem os servidores impetrantes, já que integrantes dos Quadros do Executivo.

E o valor a ser respeitado, a meu entender, é de R\$ 4.411,80 nos termos do citado Decreto n. 866/96, porquanto é este o valor atual da remuneração conferida ao cargo de Secretário de Estado.

Ante o exposto, impõe-se a denegação da ordem.

É o voto.

### III — Decisão

Ante o exposto, decide este Colegiado, por decisão empatada, denegar a segurança.

Participaram do julgamento, além deste Relator, os Exmos. Srs. Des. Newton Trisotto, Anselmo Cerello e Orli Rodrigues, que votaram pela denegação da ordem. Em sentido contrário, pela concessão parcial, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik, Nelson Schaefer Martins, Trindade dos Santos e Xavier Vieira. Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Des. Xavier Vieira.

Lavrou parecer, pela douta Procuradoria de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Joel Rogério Furtado.

Florianópolis, 7 de dezembro de 1999.

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

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik:

Votei vencido, ousando dissentir do entendimento sufragado pelos demais eminentes membros do colendo Primeiro Grupo de Câmaras, por compreender que era de se conceder em parte a segurança aos impetrantes.

Com efeito, pois estabelecendo o art. 3º da Lei Complementar n. 100/93, com a redação da Lei Complementar n. 150/96, o limite máximo da remuneração a que se refere os arts. 37, XI, da Constituição Federal, e 23, II, da Carta Estadual, e tendo seu § 3º excluído desse limite as importâncias percebidas a título de "salário-família, gratificação natalina, adicional por tempo de serviço, abono de férias, conversão pecuniária de licença-prêmio, diárias e ajuda de custo, esta em razão de mudança de sede", obviamente, e isto parece resultar evidente de tal texto legal, nem poderia ser interpretado diferentemente o seu alcance, que tanto o adicional por tempo de serviço como qualquer outra dessas vantagens não pode sofrer aquela limitação nem por ocasião do seu cálculo, nem posteriormente a este, vale dizer, deve ter por base de

apuração o total dos vencimentos mesmo que estes superem o teto, não sofrendo, seu valor nominal que for encontrado, redução proporcional, como ocorreu no caso concreto.

Eis as razões de meu dissenso.

Florianópolis, 10 de março de 2000.

*Gaspar Rubik.*

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

### AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 99.003185-3, DA CAPITAL

**Relator designado: Des. Xavier Vieira**

*Ação direta de inconstitucionalidade.*

*Estatuto da polícia civil. Lei anterior à Constituição. Norma regulamentada após a edição da Lei Maior, com modificações apenas no referente à nomenclatura do cargo e do órgão tratados no artigo 269. Hipótese de revogação do ato e não de declaração de inconstitucionalidade. Impossibilidade jurídica do pedido.*

*Ação prejudicada.*

*— Quando a lei for anterior à Constituição o caso é de revogação e não de inconstitucionalidade superveniente.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 99.003185-3, da comarca da Capital, em que é requerente a Acrisc — Associação de Criminalística de Santa Catarina, sendo requerido o Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina:*

ACORDAM, em Órgão Especial, por maioria de votos, julgar prejudicada a ação por impossibilidade jurídica do pedido. Vencido o Exmo. Sr. Relator Des. Anselmo Cerello.

Custas ex lege.

Cuidam os autos de ação direta de inconstitucionalidade promovida pela Acrisc — Associação de Criminalística de Santa Catarina, entendendo contaminado o artigo 269 da Lei Estadual n. 6.843/86 (Estatuto da Polícia Civil do Estado de Santa Catarina), com redação alterada pelo § 1º do artigo 17 da Lei Complementar n. 55, de 29 de maio de 1992.

Aduz a autora, em síntese, que tal dispositivo viola, flagrantemente, o artigo 37, incisos II e V, da Constituição Federal, porquanto condiciona a



nomeação do Delegado Geral da Polícia Civil, exclusivamente, a ocupante de cargo de Delegado de Polícia. Insurge-se contra tal preceito, já que a atividade da perícia técnica não é típica de policiais. Afirma que, “atualmente, na Instituição Polícia Civil, subordinada à Secretaria de Estado da Segurança Pública, são desenvolvidas atividades diversas subordinadas a várias diretorias, onde é exigido dos profissionais formação em nível superior, nas mais diversas especializações como: Engenharia, Medicina, Física, Biologia, Química, Ciências Contábeis, Informática etc., que foge totalmente do campo de conhecimento jurídico, exigido dos Delegados de Polícia” (fls. 2).

É, em síntese, o relatório.

Da leitura dos autos, observa-se que o que pretende a associação autora é ver declarada a inconstitucionalidade do artigo 269 da Lei Estadual n. 6.843/86, com nova redação dada pela Lei Complementar n. 55/92.

Diz o texto impugnado:

“Os cargos de direção da Superintendência da Polícia Civil serão exercidos por ocupantes de cargo de Delegado de Polícia”.

Por sua vez, a Lei Complementar n. 55/92, pelo do § 1º do artigo 17 consignou:

“Art. 17 — (...)

“§ 1º — A Superintendência da Polícia Civil e o correspondente cargo passam a denominação, respectivamente, de Delegacia Geral de Polícia Civil e função de confiança de Delegado Geral da Polícia Civil, com a mesma competência e atribuição”.

Ora, pelo que se observa o referido parágrafo apenas modificou a nomenclatura do cargo e do órgão tratados no artigo 269 do Estatuto da Polícia Civil. Porém, o dispositivo combatido continua em vigor, derogada a denominação, apenas.

Assim, não há se falar em inconstitucionalidade, mas em revogação da lei, eis que anterior à atual Constituição. Diante disso, não é a presente ação direta de inconstitucionalidade, tecnicamente, o meio judicial cabível para retirar do mundo jurídico a vigência do referido preceito legal.

É da jurisprudência:

“101581 — Ação direta de inconstitucionalidade — Impugnação de lei pré-constitucional e de ato regulamentar editado sob a égide da nova constituição — Inidoneidade do regulamento de execução para efeito de controle normativo abstrato — Inconstitucionalidade superveniente da lei — Inocorrência — Hipótese de revogação do ato hierarquicamente inferior por ausência de recepção — Impossibilidade de instauração do controle concentrado de constitucionalidade — Ação direta não conhecida — Regulamentos subordinados ou de execução supõem, para efeito de sua edição, pelo Poder Público, a existência de lei a que se achem vinculados. Falece-lhes, desse modo, a necessária autonomia jurídica para se qualificarem como atos normativos suscetíveis de controle abstrato de constitucionalidade. A regulamentação de lei pré-constitucional por ato estatal editado sob a égide de novo ordenamento constitucional não basta para autorizar, em sede de ação direta, o

confronto da espécie legislativa com a Constituição superveniente. A ação direta de inconstitucionalidade não se revela instrumento juridicamente idôneo ao exame da legitimidade constitucional de atos normativos do Poder Público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da Constituição sob cuja égide foi instaurado o controle normativo abstrato. A fiscalização concentrada de constitucionalidade supõe a necessária existência de uma relação de contemporaneidade entre o ato estatal impugnado e a Carta Política sob cujo domínio normativo veio ele a ser editado. O entendimento de que leis pré-constitucionais não se dispõem, vigente uma nova Constituição, a tutela jurisdicional de constitucionalidade in abstracto — orientação jurisprudencial já consagrada no regime anterior (RTJ 95/980 — 95.993 — 99.544) — foi reafirmado por esta Corte, em recentes pronunciamentos, na perspectiva da Carta Federal de 1988. A incompatibilidade vertical superveniente de atos do Poder Público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores. O exame da revogação de leis ou atos normativos do Poder Público constitui matéria absolutamente estranha à função jurídico-processual da ação direta de inconstitucionalidade" (STF — ADI 129 (MC) — SP — TP — rel. Min. Francisco Rezek — DJU 28/8/1992).

No mesmo sentido:

"5003766 — Ação direta de inconstitucionalidade — Ato Declaratório Normativo n. 24/1989 da Receita Federal; art. 3º, VI, da Lei n. 7.256, de 27/11/1984, e art. 51 da Lei n. 7.713

de 22/12/1988 — Liminar — Ato declaratório normativo — Natureza meramente administrativa que imprime orientação interna à Administração e que se fundamenta em dispositivo também argüido de inconstitucional. Impossibilidade jurídica do pedido. Lei anterior à Constituição que a contraria. Hipótese de revogação e não de inconstitucionalidade superveniente. Impossibilidade jurídica do pedido. Ação direta conhecida em parte, quanto ao art. 51 da Lei n. 7.713/1988, e, nessa parte, indeferida a medida cautelar" (STF — ADIMC 337 — DF — TP. — rel. Min. Paulo Brossard — DJU 8/5/1992).

No mesmo diapasão:

"5003677 — Ação direta — Lei anterior à Constituição — Inconstitucionalidade superveniente — Lei anterior à Constituição e com esta incompatível. O caso é de revogação da lei e não de inconstitucionalidade superveniente. Em caso assim, não cabe ação direta de inconstitucionalidade. Precedente do Tribunal: ADIn. n. 2/DF" (STF — ADIMC 344 — DF — TP. — rel. Min. Carlos Velloso — DJU 7/12/1995).

Ante o exposto, julga-se prejudicada a presente ação por impossibilidade jurídica do pedido.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nolli, Jorge Mussi, Francisco Borges, Sérgio Paladino, João Martins, Wilson Guarany, João José Schaefer, Eder Graf, José Roberge e Amaral e Silva e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. José Galvani Alberton.

Florianópolis, 15 de dezembro de 1999.

*João Martins,*  
*Presidente;*  
*Xavier Vieira,*  
*Relator designado.*

Declaração de voto vencido do  
Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello:

Dissenti do entendimento majoritário, uma vez que a autora pretende a declaração do art. 269 do Estatuto da Polícia Civil em vigor em face do art. 37, II e IV, da CF/88 e por simetria

com o art. 21, I e IV, da atual CESC/89.

Ocorre que não se visualiza qualquer incompatibilidade com as disposições aludidas que já eram reiteradas nos diplomas constitucionais pretéritos.

Afastada a incompatibilidade entre as disposições, não há falar em revogação, mas sim em improcedência da ADIn.

É o voto.

*Anselmo Cerello.*



**JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL**



## RECURSO EXTRAORDINÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 232.001-6 — SC

**O Sr. Ministro Carlos Valloso**

**Recorrente: Cláudio Roberto Kovaleski**

**Advogado: Cláudio Roberto Kovaleski**

**Recorrido: Ministério Público Estadual**

### DESPACHO

Vistos. O acórdão recorrido, após afastar as preliminares argüidas, decidiu não haver ilegalidade no fato de um dos interlocutores, mesmo sem o conhecimento do outro, promover gravação de diálogo no qual este “faz propostas ou pedidos desonestos”. Ademais, afirmou a legalidade da utilização, no processo criminal, da fita cassete contendo o referido diálogo.

Daí o RE, interposto por Cláudio Roberto Kovaleski, fundado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, alegando-se ofensa ao art. 5º, LV e LVI, da mesma Carta.

Sustenta, em síntese, que “a gravação clandestina e sua utilização como prova única e preponderante no processo, (...) contraria o dispositivo constitucional que inadmite no processo a prova ilícita”.

Admitido o recurso, subiram os autos.

O ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Natal Batista, opina no sentido do não-conhecimento do recurso.

Autos conclusos em 2/12/98.

Decido.

A Procuradoria-Geral da República, parecer do ilustre Subprocura-



dor-Geral Wagner Natal Batista, assim equacionou a controvérsia:

“(…)

“Ao contrário do que faz crer o recorrente entende o STF que pode a polícia, a pedido de um dos interlocutores, providenciar a gravação de conversas com criminosos a respeito da ação delituosa.

“Podem ser recordados os seguintes arestos:

‘EMENTA: Habeas Corpus. Prova. Licitude. Gravação de telefonema por interlocutor. É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista. Ordem indeferida’ (HC n. 75.338/RJ, 2ª Turma, relator Ministro Nelson Jobim, DJ de 25/9/98, pág. 11).

‘EMENTA: Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilícitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal: HC n. 74.678, DJ de 15/8/97, e HC n. 75.261, sessão de 24/6/97, ambos da Primeira Turma’ (RECR 212081/RO, 1ª Turma, relator Ministro Octávio Gallotti, DJ de 27/3/98, pág. 23).

‘EMENTA: 1. Interceptação telefônica e gravação de negociações entabuladas entre seqüestradores, de

um lado, e policiais e parentes da vítima, de outro, com o conhecimento dos últimos, recipiendários das ligações. Licitude desse meio de prova. Precedentes do STF (HC n. 74.678, 1ª Turma, 10/6/97).

‘2. Alegação improcedente de perda do objeto de recurso do Ministério Público estadual.

‘3. Reavaliação do grau da culpabilidade para fins de revisão de dosagem da pena. Pretensão incompatível com o âmbito do habeas corpus.

‘4. Pedido, em parte, deferido, para suprimento da omissão do exame da postulação expressa nas alegações finais, do benefício da delação premiada (art. 159, § 4º, do Código Penal), mantidas a condenação e a prisão’ (HC n. 75.261/MG, 1ª Turma, relator Ministro Octávio Gallotti, DJ de 22/8/97, pág. 38.764).

“Como se vê, a decisão recorrida não discrepa do entendimento do STF, a ela se ajustando, ou seja: não viola normas constitucionais.

“Pelo exposto, o Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do recurso (...)” (fls. 273/275).

Correto o parecer.

O Supremo Tribunal Federal, pelo seu Plenário, julgando o HC n. 75.338—RJ, relator o Ministro Nelson Jobim (DJ de 25/9/98), decidiu:

‘EMENTA: Habeas Corpus. Prova. Licitude. Gravação de telefonema por interlocutor. É lícita gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à priva-

cidade quando interlocutor grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista.

“Ordem indeferida” (DJ de 25/9/98).

Proferi, quando do julgamento do citado HC n. 75.338—RJ, o seguinte voto:

“O Sr. Ministro Carlos Velloso — Sr. Presidente, a Constituição da República estabelece no inciso XII do art. 5º:

‘Art.5º.....

‘XII — é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal’.

“A Constituição, no ponto, está a proibir a interceptação das comunicações telefônicas. É dizer: terceiro intercepta conversa, pelo telefone, de duas outras pessoas. Como não há direitos absolutos, esse direito cede ao interesse da justiça, ao interesse social e ao interesse público. Portanto, essa proibição sofre exceção. A lei estabelecerá os casos em que isso será possível.

“No caso, Sr. Presidente, um dos interlocutores grava conversa havida entre ambos; isso não se inclui na proibição referida no art. 5º, inciso XII. Em voto que proferi nesta Casa, lembrado pelo eminente Ministro Relator, Inquérito 657 — caso ‘Magri’ —, sustentei a tese no sentido de que não há ilicitude no fato de um dos interlocutores gravar a conversa havida entre ambos a fim de, por exemplo, reali-

zar prova dessa conversa. Em certos casos, essa gravação pode ferir princípios éticos. Isto não ocorre, entretanto, na gravação da conversa em que um dos interlocutores, por exemplo, chantageia o outro, faz propostas ilícitas ao outro, solicita vantagem ilícita etc. Penso que é de interesse do interlocutor, que está sendo chantageado, gravar a conversa, a fim de realizar prova, posteriormente.

“Dir-se-á que a gravação seria ofensiva ao art. 5º, inciso X, da Constituição, a dizer:

‘Art. 5º.....

‘X — são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação’.

“Deve ser entendido que o direito a intimidade não é, como há pouco dizíamos, absoluto, devendo ceder diante dos interesses público, social e da justiça. Ora, a justiça não tem apenas um prato, mas dois. Em um deles estão os direitos individuais; mas, no outro, estão os não menos importantes direitos sociais e coletivos. O interesse da justiça assentase, sobretudo, na realização do interesse social, da coletividade.

“Bem ressaltou o Sr. Ministro Relator que a Constituição impõe ao Estado, na defesa da sociedade, a realização de princípios que o legislador considera que quem os viola incorre em crime. Ao Estado cabe apurar esses atentados cometidos contra a sociedade.

“Com essas breves considerações, pedindo vênias ao Sr. Ministro Marco Aurélio, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator”.

Assim posta a questão, verifica-se a inviabilidade do RE, motivo porque lhe nego seguimento.

Publique-se.

Brasília, 3 de fevereiro de 1999.

*Ministro Carlos Velloso,*  
*Relator.*

**JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**



## RECURSO EM HABEAS CORPUS

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 8.842—SC (1999/0066026-9)

**Relator:** O Sr. Ministro Fernando Gonçalves

**Recorrente:** Saulo Liberato Heusi

**Advogado:** José Carlos Machado

**Recorrido:** Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

**Paciente:** Saulo Liberato Heusi ou Saulo Liberato Heuse

### EMENTA

Habeas corpus. *Cobrança de emolumentos em valor excedente ao fixado no Regimento de Custas. Conseqüência.*

1. *Tipifica-se o excesso de exação pela exigência de tributo ou contribuição social que o funcionário sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza.*

2. *No conceito de tributo não se inclui custas ou emolumentos. Aquelas são devidas aos escrivães e oficiais de justiça pelos atos do processo e estes representam contraprestação pela prática de atos extrajudiciais dos notários e registradores. Tributos são as exações do art. 5º do Código Tributário Nacional.*

3. *Em conseqüência, a exigibilidade pelo oficial registrador de emolumento superior ao previsto no Regimento de Custas e Emo-*

*lamentos não tipifica o delito de excesso de exação, previsto no § 1º do art. 316 do Código Penal, com a redação determinada pela Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990.*

*4. Recurso provido para trancar a ação penal.*

## ACÓRDÃO

*Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso para conceder o habeas corpus ordenando trancamento de ação penal. Votaram com o Ministro Relator os Ministros Hamilton Carvalho, Fontes de Alencar e Vicente Leal. Ausente, por motivo de licença, o Ministro William Patterson.*

Brasília, 16 de novembro de 1999  
(data de julgamento).

*Ministro Vicente Leal,  
Presidente;  
Ministro Fernando Gonçalves,  
Relator.*

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES: Trata-se de recurso ordinário interposto por Saulo Liberato Heusi, denunciado como incurso no art. 316, § 1º, do Código Penal, contra acórdão proferido pela 1ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, denegatório de habeas corpus, assim ementado:

“Constitucional e processual penal. Habeas corpus. Ação penal. Trancamento. Inépcia da denúncia.

Falta de justa causa. Ordem denegada.

“Para efeito de responsabilização penal, consideram-se funcionários públicos, oficiais registradores e notários.

“É hígida a denúncia que contém todos os requisitos do art. 41 do CPP.

“Se o fato, em tese, constitui crime e se existem indícios da autoria, não se cogita de falta de justa causa para o processo penal” (fls. 77).

Declinam as razões que a denúncia não preenche os requisitos do art. 41 do CPP, pois não expõe os fatos em todas as suas circunstâncias, limitando-se a mencionar o tipo penal sem esclarecer a conduta do paciente.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, por intermédio da Dra. Ela Wiecko V. de Castilho, manifestou-se pelo improvimento do recurso, em parecer assim ementado:

“Recurso ordinário. Habeas corpus.

“— Trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia. Atipicidade. Inicial que atende aos requisitos legais mínimos. Oficial Registrador é funcionário público para efeitos penais.

“— Pelo improvimento” (fls. 98).

É o relatório.



## VOTO

O Exmo.Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): O recorrente, na qualidade de Oficial Registrador da comarca de Itajaí, pela exigibilidade de emolumentos em valores superiores aos fixados pelo Regimento de Custas e Emolumentos do Estado de Santa Catarina — Lei nº 3.896/66 — em processos de habilitação de casamento, além de punido na esfera administrativa com a pena de advertência, e, ainda, obrigado a devolver as quantias cobradas em excesso (fls. 56/63), foi denunciado como incurso nas sanções do art. 316, § 1º, do Código Penal.

Ordem de habeas corpus imitada para trancar a ação penal foi negada, ao fundamento de não se apresentar a denúncia como inepta, porquanto narra em tese a existência de crime.

Em abono da tese a Subprocuradoria-Geral da República traz à colação julgado do STF (RE 178.236) onde é firmado o entendimento de que o oficial de registro e o notário são servidores em sentido lato. Portanto, podem ser autores de excesso de exação.

Dispõe o § 1º do art. 316 do Código Penal, com a redação determinada pela Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990:

“Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza: Pena — reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos e multa”.

A disposição em causa, relativa ao excesso de exação — oferece duas modalidades de infração: (a) cobrança do contribuinte pelo funcionário de tributo que sabe ou deveria saber indevido ou (b) que, embora devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, não autorizado por lei.

A hipótese em análise data venia não se comporta dentro do modelo desenhado pelo legislador do § 1º do art. 316 do Código Penal, com a redação da Lei n. 8.137/90, que cuida especificamente da cobrança de tributo (imposto, taxa e contribuições de melhoria — art. 5º do Código Tributário Nacional e Constituição Federal — art. 145, I, II e III) ou de contribuição social (art. 149 da Constituição Federal), não alcançando as custas (despesas do processo devidas aos escrivães e oficiais de justiça) e os emolumentos (remuneração que os notários e registradores recebem pela contraprestação de seus serviços). Então: as custas são devidas em função da prática de atos judiciais (no processo ou em decorrência dele); os emolumentos são contraprestações pela prática de atos extrajudiciais, dos notários e registradores.

Este entendimento, da exclusão pura e simples dos valores cobrados a título de emolumentos do âmbito do excesso de exação se reforça, quando se observa que na redação anterior o § 1º do art. 316 previa:

“Se o funcionário público exige imposto, taxa ou emolumento que sabe indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza”.

O subtipo de concussão, na redação antiga, sem qualquer dúvida,

em princípio, alcançava os registradores e notários. Mas com a alteração introduzida em 1990, dada a presumida sabedoria do legislador, seria de extremo mau gosto a afirmativa de que a expressão emolumento estaria contida no gênero tributo. Em primeiro lugar, como já visto, a lei define tributo que, em outro plano (2º), não pode ser cobrado por particulares, como é o caso dos encarregados dos serviços notariais e de registro, exercidos em caráter privado, por delegação do poder público e remunerados através de emolumentos relativos aos atos praticados (art. 236 e seu § 2º, da Constituição Federal de 1988).

Não se discute nem se põe em dúvida a condição de servidor em sen-

tido lato do recorrente. Mas este detalhe no caso é irrelevante, porque a definição clara e precisa da lei o exclui de seu raio de abrangência para alcançar apenas os encarregados do recolhimento de tributos (stricto sensu) e contribuição social, dentro do princípio de estrita legalidade do Direito Penal expresso na regra *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Sob este aspecto, não há negar a atipicidade da conduta descrita na inicial acusatória, impondo-se, conseqüentemente, o trancamento da ação penal.

Dou provimento ao recurso.

**VICE-PRESIDÊNCIA  
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**



## AGRAVO NO PEDIDO DE SUSPENSÃO

### AGRAVO NO PEDIDO DE SUSPENSÃO N. 99.022575-5, DE XANXERÊ

**Agravante:** Município de Xanxerê

**Advogada:** Dra. Andréa Elisa Marcon

**Agravados:** Neli da Cunha Nardi e outros

**Advogado:** Dr. Gelson Saibo

**Ação na origem:** Mandado de Segurança n. 080.99.003692-8

O município de Xanxerê manifestou agravo regimental contra decisão do então Vice-Presidente deste Tribunal que indeferiu pedido seu de suspensão de liminar concedida pelo Dr. Juiz da 2ª Vara da comarca de Xanxerê, nos autos do mandado de segurança impetrado por Nelci da Cunha Nardi e outros 42 servidores públicos contra ato do Prefeito que os colocou em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, em face da declaração de desnecessidade dos cargos que ocupavam.

Sustenta o agravante, em síntese, a existência de grave prejuízo à ordem e às finanças públicas, pois a disponibilidade dos servidores era

medida necessária à redução de gastos com pessoal, em atendimento à Lei Complementar n. 96/99 e para o equilíbrio das contas do Município, havendo sido tomadas providências para a diminuição das despesas, como a terceirização da limpeza urbana e o não preenchimento de todos os cargos existentes na estrutura administrativa, não tendo ocorrido, por outro lado, contratação de funcionários após a edição dos decretos que colocaram os servidores em disponibilidade.

Defende o agravante a inexistência de direito adquirido a regime jurídico, invocando em tal sentido decisão do Supremo Tribunal Federal,

dizendo que a Vice-Presidência deste Tribunal de Justiça já reconheceu a inexistência de direito adquirido a regime jurídico, suspendendo liminares em casos idênticos.

Alega que os decretos municipais editados pelo Município atendem a todos os requisitos exigidos pela Lei Complementar n. 96 de 31/5/99, bem como pelo art. 3º do Decreto Federal n. 3.151/99, não podendo o Decreto n. 37/99 ser taxado de ilegal.

Refere que caso algumas exonerações não atendam a tais regras, as portarias poderão ser atacadas individualmente pelos impetrantes, não se podendo, todavia, impugnar “a legalidade da que regulamentou a forma de colocação em disponibilidade dos funcionários, sob o fundamento de estarem eles protegidos pelo direito adquirido a estabilidade nos cargos públicos” (fls. 146).

Finaliza afirmando que, mantida a situação, o Prefeito será considerado inelegível, pois os gastos com o funcionalismo ultrapassam 70% das receitas do Município, além do permitido na legislação federal.

Requer reconsideração da decisão agravada ou, não sendo este o caso, que o agravo seja submetido a julgamento pelo Órgão Colegiado.

O Ministério Público, em parecer da lavra do Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira, opinou pelo desprovisionamento do agravo, pois “a emenda constitucional não pode suprimir direito adquirido em legislação anterior que embora não especificasse que a disponibilidade era com vencimentos integrais, também não definia a possibilidade de aplicação proporcional, ficando por conta da jurisprudência,

inclusive do próprio STF a disponibilidade com vencimentos integrais” (fls. 275). Disse, ainda, que muitos dos servidores postos em disponibilidade desempenham funções em setores indispensáveis, como educação, saúde e obras, a par de haver notícias dando conta da contratação de outros funcionários para ocupar seus lugares, não podendo ser considerada declaração de apenas um servidor afirmando o contrário.

Por fim, disse não caracterizada a grave lesão às finanças públicas, porquanto os agravados continuam a prestar serviços considerados essenciais, e que prejuízo ao erário ocorreria se a liminar fosse suspensa, uma vez que se estaria pagando servidores para não trabalhar.

É o relatório.

Cuida a hipótese de agravo contra decisão que indeferiu pedido de suspensão de liminar concedida em mandado de segurança.

Nos termos da Súmula 217 do Superior Tribunal de Justiça “não cabe agravo de decisão que indefere o pedido de suspensão da execução de liminar, ou da sentença em mandado de segurança”.

Nesse sentido decisão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no AGSS 709/PE, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 31/5/99, pág. 70, bem como do Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, o Exmo. Ministro Carlos Velloso que no AGRSS n. 1.565/RJ, julgado em 22/2/2000 e publicado no DJU em 29/2/2000, pág. 24, assinalou: “continua a valer a regra de que só contra o deferimento da suspensão é cabível o agravo (art. 4º da Lei n. 4.348/64 e art.

297, § 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal” (SS 582-AgRg/RJ, Ministro Octávio Gallotti, Plenário, 24/11/93, RTJ 150/695; SS 687-AgRg/SP, Ministro Octávio Gallotti, Plenário, 15/9/94, RTJ 153/753).

E esclarece o Min. Velloso: “Não poderia ser de outra forma. É que o pedido de suspensão de segurança, tenho acentuado em votos e trabalhos de doutrina, constitui, de certa forma, medida patológica, tendo em vista a natureza da ação do mandado de segurança, remédio constitucional, garantia constitucional de direito. Contra a decisão que defere a suspensão justifica-se o agravo. Da decisão, entretanto, que indefere o pedido de suspensão não encontra justificativa o recurso, mesmo porque a primeira decisão, a que defere a suspensão, é que requer cuidado maior, porque é suspensiva da garantia constitucional”.

Não fosse isso, o ato normativo disciplinando a prática de atos de extinção e de declaração de desnecessidade de cargos públicos formalizou-se pelo Decreto n. 37/99, portanto em ato do Executivo, quando não se afigura autorizado pelo § 3 do art. 41 da CF o mero decreto para declaração de desnecessidade do cargo. Cabe ao Congresso, outrossim, com a sanção do Presidente da República (portanto mediante lei) dispor

sobre a criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, nos termos do art. 48, X, da CF, sendo omissa o art. 31 da Lei Orgânica do Município (fls. 252), sobre a idoneidade do decreto para tal fim.

Consoante o Decreto Federal n. 3.151/99, cujos preceitos são, por óbvio, inextensíveis ao Município, mas servem à aferição dos princípios que regem a matéria, a declaração de desnecessidade só se dá em casos de extinção ou de reorganização de órgãos ou entidades, cuja criação é também dependente de lei (CF, art. 48, XI).

Mantenho, pois, a decisão agravada e apresentarei o feito em mesa em próxima sessão do colendo Órgão Especial, para os fins devidos.

Intime-se.

Florianópolis, 31 de março de 2000.

*João José Schaefer,  
Vice-Presidente.*



## PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

### PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR N. 00.004677-9, DE PIÇARRAS

**Requerente:** Estado de Santa Catarina

**Procurador:** Dr. Luiz Dagoberto Corrêa Brião

**Interessada:** Amabor Distribuidora Ltda.

**Advogado:** Dr. Roberto Krobek

**Ação na origem:** Mandado de Segurança n. 048.00.000447-0

O Estado de Santa Catarina, com fundamento no art. 4º da Lei n. 4.348/64, requer a suspensão dos efeitos da liminar concedida em mandado de segurança que permitiu à impetrante, Amabor Distribuidora Ltda., exonerar-se, provisoriamente, do regime de substituição tributária a que estava submetida.

Constou da petição inicial do mandado de segurança que a impetrante está obrigada a recolher antecipadamente o ICMS, enquanto às cervejarias e seus centros de distribuição, também sujeitos à substituição tributária, é permitido reter o imposto, somente procedendo a seu recolhimento após cinco anos, com a inclusão de ju-

ros subsidiados (fls. 109), pois gozam de incentivo fiscal concedido pela Fazenda Estadual, que as incluiu no denominado Prodec (fls. 101), pelo Convênio n. 81/93.

O Dr. Juiz a quo (fls. 189/190) acolheu o pedido de liminar, ao fundamento de que violado o princípio constitucional da isonomia tributária (art. 105, inciso II, da CF), registrando no respectivo despacho que “não obstante ‘a brecha’ havida no convênio de ICMS 81/93, em sua cláusula quinta, inciso II, existe na verdade uma comercialização conforme a nota fiscal de fls. 66, onde se lê: ‘natureza da operação: venda para comercialização’. Ora, é evidente que está haven-

do uma comercialização de bebidas, sobre um disfarce de transporte de bebidas de um estabelecimento para outro, mesmo que não sendo varejista. Contudo, em se tratando de operações interestaduais, um Estado sairá lesado. Ou não? É preciso acabar-se com este tipo de cartel e outros semelhantes, sob pena de pequenos distribuidores não terem condições de sobreviver" (fls. 189).

Alega o Estado, no pedido de suspensão, não haver ofensa ao princípio da isonomia, porque as situações são diversas. Enquanto a operação realizada pela empresa citada pela impetrante é de transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, a da impetrante refere-se a operação de venda, ou seja, de saída da mercadoria para outro titular, devendo submeter-se ao regime de substituição tributária como os demais contribuintes que se encontram em situação idêntica.

Opõe-se o Estado ao argumento de que outras empresas estariam inseridas no Prodec, só recolhendo o imposto retido por substituição 5 anos depois, afirmando que a impetrante está equivocada e "não demonstrou que alguma fornecedora sua estivesse recebendo qualquer tipo de incentivo. Ao contrário, a Secretaria da Fazenda fornece certidão na qual demonstra que a empresa referida vem recolhendo o ICMS a tempo e modo" (fls. 7).

Sustenta que a legalidade e constitucionalidade do recolhimento antecipado do tributo têm sido reconhecidas em julgados, que cita, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Explica que o mandado de segurança de que ora se trata é semelhante ao de n. 048.00.000050-4, com as mesmas partes, e tinha como fundamento a ilegalidade e inconstitucionalidade da substituição tributária, da inconstitucionalidade da pauta fiscal, bem como a isonomia entre distribuidores de bebidas e revendedores de veículos, restando, afinal, denegado (fls. 9). Porém, mesmo amparada pela liminar do primeiro mandado, a impetrante nada recolheu no período em que não estava sujeita ao sistema de substituição tributária, motivando o início de procedimento de fiscalização, conforme certidão da Secretaria da Fazenda em anexo (fls. 21).

Diz imperiosa a suspensão da liminar, diante da possibilidade de prejuízo à economia pública, uma vez que o fisco arrecada aproximadamente R\$ 79.404.537,00, por meio do regime de substituição tributária, no setor de bebidas, abrindo a liminar precedente para a concessão de idênticas medidas em favor de inúmeras outras empresas distribuidoras de bebidas existentes no Estado, possibilitando a sonegação fiscal e prejudicando o atendimento das finalidades essenciais pelo Estado.

É, em síntese, o relatório.

A Lei n. 4.348/64 autoriza o deferimento do pedido de suspensão de liminar, se esta ocasionar grave risco de lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

É preciso, por igual, esteja o pedido de suspensão razoavelmente fundamentado quanto às razões de mérito.

É o que acontece no caso.

No regime da substituição tributária de que se trata não ocorre incidência do tributo antes do fato gerador, mas apenas antecipação de sua cobrança, não havendo ilegalidade ou inconstitucionalidade na sua adoção, conforme já decidiu o colendo Supremo Tribunal Federal, verbis:

“— ICMS. Recolhimento antecipado na venda de veículos automotores pelo regime da substituição tributária. Constitucionalidade.

“— O Plenário desta Corte, ao terminar, há pouco, o julgamento do RE 213.396, relativo a esse regime de substituição tributária, afastou as diversas objeções concernentes à sua constitucionalidade, inclusive as veiculadas neste recurso, a saber: a da violação, pelo Convênio ICMS 66/88, do art. 34, § 8º, do ADCT e do art. 155, I, b, da Carta Magna; a da ofensa ao princípio da não-cumulatividade (art. 155, § 2º, I, da Constituição); e a da afronta ao art. 155, III, a, da Carta Magna pela exigência do recolhimento antecipado — Recurso extraordinário não conhecido” (RE 217432/SP, rel. Min. Moreira Alves).

Por outro lado, mostra-se plausível o fundamento do Estado de que diferentes as situações da impetrante e da empresa por ela referida na inicial do mandado de segurança, de modo a afastar eventual ofensa ao princípio da isonomia tributária previsto no art. 150, inciso II, da Constituição Federal. De fato, conforme certidão expedida pelo Diretor da Diretoria de Administração Tributária, a operação realizada entre a empresa Companhia Cervejaria Brahma, de Curitiba—PR, e a filial estabelecida no município de São José é de “transferência de mercadorias

entre estabelecimentos da mesma empresa, conforme Cláusula Quinta do Convênio ICMS 81/93” (fls. 33), enquanto a impetrante realiza operações de venda de bebidas a estabelecimentos diversos.

Nesse passo, cabe invocar a Súmula 166 do STJ que enuncia: “não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

Mesmo provado que a operação a que se refere o documento de fls. 33 era, de fato, de venda de mercadoria para comercialização e não de transferência, não poderia a impetrante beneficiar-se do ato ilegal de outra empresa sob fundamento de isonomia.

Desse modo, a liminar está impedindo o cumprimento da legislação pertinente pela administração fazendária que deixa de aplicar o sistema de substituição tributária a contribuinte que preenche os requisitos da lei, dificultando o controle de saída das bebidas vendidas no varejo, com grave comprometimento da ordem administrativa.

Pertinente a lição do Ministro Sepúlveda Pertence, para quem a “Ordem Administrativa é, assim, não a que pretenda impor a vontade da autoridade pública, mas, unicamente, a ordem estabelecida, em lei, para os atos da Administração” (STF — AgRgSS 846, j. em 29/5/96).

De outra parte, vislumbro a potencial lesividade do ato judicial à economia pública que deve prevalecer quando em confronto com interesses particulares.

Conforme decisão da lavra do eminente Ministro Carlos Velloso na Suspensão de Segurança n. 1358/PE (DJ de 20/9/99, pág. 8), há precedentes do Excelso Pretório determinando a suspensão de segurança quando estas importem na possibilidade da ocorrência do chamado “efeito multiplicador”, sendo citadas, entre outras, decisões nas SS ns. 315/DF, DJ de 30/4/91, pág. 5.337; e 705/SP, DJ de 7/10/94, pág. 26.840 etc.

No caso, antevê-se claramente o efeito multiplicador de liminares da espécie que comprometem a arrecadação do ICMS pelo Estado, já que o regime da substituição tributária tem

por objetivo justamente evitar a sonegação fiscal.

Pelo exposto, defiro o pedido para suspender os efeitos da liminar concedida no mandado de segurança n. 048.00.000447-0.

Comunique-se ao Juiz de Direito da comarca de Piçarras o inteiro teor desta decisão, a fim de serem tomadas as medidas necessárias ao seu cumprimento.

Intime-se.

Florianópolis, 30 de março de 2000.

*João José Schaefer,  
Vice-Presidente.*

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO

### RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 7.994 (88.073683-6), DA CAPITAL

**Recorrente: Estado de Santa Catarina**

**Advogada: Dra. Rejane Maria Bertoli**

**Recorrido: José Nazario**

**Advogada: Dra. Fátima Daniella Piazza**

O Estado de Santa Catarina, com fundamento no art. 102, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, interpõe recurso extraordinário da decisão proferida pelo Primeiro Grupo de Câmaras que assegurou a José Nazario, ora recorrido, o credenciamento no Detran, como despachante, independente da exigência de tempo de

residência no Estado e no Município em que pretende exercer suas atividades.

Alega vulneração ao artigo 5º, caput, e inciso XIII da Carta Magna, pois embora o art. 5º, XIII, da CF, assegure a liberdade no exercício da profissão, não impede que o Poder

Público indique os requisitos para o exercício desta ou daquela profissão.

Houve, acrescenta, interpretação equivocada do dispositivo constitucional.

Nas contra-razões, o recorrido pleiteia a manutenção do decismum, dizendo que a exigência do prazo mínimo de residência em determinado Município fere o princípio constitucional da igualdade e do livre exercício profissional.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pela não admissão do recurso, por indemonstrada a alegada infringência a dispositivos constitucionais.

É o relatório.

O recurso não tem condições de ser admitido.

O aresto recorrido sustentou que a exigência de prazo mínimo em determinado Município, não dizendo respeito a qualificação profissional, implica em restrição ao exercício pro-

fissional, ofendendo, pois, o art. 5º, XIII, da Carta Magna.

Assinalou que a qualificação profissional, estabelecida em lei, o impetrante detinha: a aprovação em concurso público.

A exigência de residência no Município entendeu como impositiva de inadmissível distinção entre pessoas residentes no mesmo País, infringente do disposto no art. 5º, caput, da Constituição.

Esse dispositivo, longe de contrariado, afigura-se corretamente aplicado, não se entevendo, por igual, vulneração ao inciso XIII do mesmo artigo, se se trata o requisito de residência no Município exigência fraudatória da isonomia.

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso.

Florianópolis, 22 de março de 2000.

*João José Schaefer,*  
*Vice-Presidente.*

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIME

### RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIME N. 99.015040-2, DE JOINVILLE

**Recorrente: Francisco Paulo Runcus**

**(Advogado: Dr. Júlio César N. Dippe)**

**Recorrida: A Justiça Pública**

**(Procurador de Justiça: Dr. Odil José Cota)**

Trata-se de recurso extraordinário interposto com base no artigo 638 do Código de Processo Penal, pretendendo o recorrente arrazoá-lo no colendo Supremo Tribunal Federal.

O digno Procurador de Justiça, Dr. Odil José Cota, opinou pela inadmissão do recurso, nos seguintes termos:

"...o recorrente não demonstrou fundamentadamente no que consistiria a sua irresignação, uma vez que deixou de apresentar as razões do recurso extraordinário pretendendo, absurdamente, ofertá-las na Superior Instância, ou seja, no próprio Supremo Tribunal Federal a teor, segundo alega, do artigo 600, § 4º, do Código de Processo Penal.

"Ora, referido dispositivo legal trata apenas do recurso de apelação, não havendo norma semelhante no que diz respeito ao recurso extraordinário, nem na Lei n. 8.038/90 que instituiu as normas procedimentais para os processos perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, nem no Código de Processo Penal" (fls. 283).

Vê-se, de plano, que o recurso não preenche os pressupostos essenciais de admissibilidade.

A petição deixou de indicar, além do dispositivo constitucional que autoriza o recurso o da Carta Magna dito violado, o que é indispensável ao exame do extraordinário.

A Súmula 284 do STF impede, assim, a ascensão do recurso.

De fato, decidiu a Suprema Corte: “No caso, não se trata de falta de indicação da letra do inciso III do artigo 102 da Constituição, mas de falta de indicação do dispositivo constitucional que teria sido violado pelo acórdão recorrido, indicação esta que é indispensável ao exame do recurso extraordinário, uma vez que a ele não se aplica o princípio *iura novit curia*” (AGA 220204/RS, rel. Min. Moreira Alves, DJU-I 23/4/99).

Ainda: “Não se conhece de extraordinário que não indica, com preci-

são, o dispositivo e a alínea que autorizou a interposição do recurso, porque deficiente a sua fundamentação (Súmula 284)” (AGA 176344/RS, rel. Min. Maurício Corrêa, DJU-I 19/4/96).

Não resta, pois, senão negar seguimento ao recurso.

Intimem-se.

Florianópolis, 21 de fevereiro de 2000.

*João José Schaefer,  
Vice-Presidente.*



# ÍNDICE NUMÉRICO



## **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

|                            |     |
|----------------------------|-----|
| 99.003185-3 — Capital..... | 706 |
|----------------------------|-----|

## **AGRAVO NO PEDIDO DE SUSPENSÃO**

|                             |     |
|-----------------------------|-----|
| 99.022575-5 — Xanxerê ..... | 725 |
|-----------------------------|-----|

## **AGRAVOS DE INSTRUMENTO**

|                                        |     |
|----------------------------------------|-----|
| 00.000851-6 — Blumenau.....            | 432 |
| 97.006722-4 — Capital.....             | 474 |
| 98.000867-0 — Balneário Camboriú ..... | 470 |
| 98.011835-2 — Concórdia.....           | 476 |
| 98.013897-3 — Criciúma.....            | 415 |
| 98.016007-3 — Rio do Sul .....         | 479 |
| 98.017291-8 — São José.....            | 451 |
| 98.017376-0 — Capital.....             | 423 |
| 99.004689-3 — Xanxerê .....            | 461 |
| 99.005146-3 — Jaraguá do Sul.....      | 466 |
| 99.008611-9 — Palhoça .....            | 429 |
| 99.009466-9 — Capital.....             | 440 |
| 99.010388-9 — Blumenau.....            | 445 |
| 99.013441-5 — Tubarão.....             | 462 |
| 99.014739-8 — Barra Velha .....        | 454 |
| 99.014780-0 — Criciúma.....            | 464 |
| 99.019285-7 — Joinville .....          | 457 |
| 99.020240-2 — Brusque .....            | 417 |

## **APELAÇÕES CÍVEIS**

|                                |     |
|--------------------------------|-----|
| 28.202 — Capital.....          | 307 |
| 35.326 — Anita Garibaldi ..... | 313 |
| 46.098 — Capital.....          | 340 |
| 46.917 — Chapecó .....         | 179 |
| 47.307 — Capital.....          | 320 |
| 48.731 — Santa Cecília .....   | 96  |
| 50.343 — Joinville .....       | 351 |
| 50.967 — Lages .....           | 128 |

|             |                                  |     |
|-------------|----------------------------------|-----|
| 50.977      | — Anchieta.....                  | 135 |
| 51.031      | — Ponte Serrada.....             | 142 |
| 51.151      | — Araranguá.....                 | 364 |
| 51.482      | — São José.....                  | 147 |
| 96.001481-0 | — Capital.....                   | 251 |
| 96.002257-0 | — Blumenau.....                  | 323 |
| 96.002601-0 | — Joinville.....                 | 107 |
| 96.005593-2 | — Videira.....                   | 258 |
| 97.003008-8 | — Porto União.....               | 78  |
| 97.005680-0 | — Santa Cecília.....             | 195 |
| 97.009338-1 | — São José.....                  | 205 |
| 97.010988-1 | — Capital.....                   | 153 |
| 97.011244-0 | — Capital.....                   | 399 |
| 97.011378-1 | — Capinzal.....                  | 325 |
| 97.011957-7 | — Joinville.....                 | 263 |
| 97.012008-7 | — Cunha Porã.....                | 212 |
| 97.013876-8 | — Capital.....                   | 157 |
| 98.003085-4 | — Jaraguá do Sul.....            | 406 |
| 98.004538-0 | — Santo Amaro da Imperatriz..... | 81  |
| 98.005629-2 | — Itajaí.....                    | 376 |
| 98.006659-0 | — Criciúma.....                  | 223 |
| 98.006684-0 | — Palmitos.....                  | 227 |
| 98.007653-6 | — Capital.....                   | 281 |
| 98.007856-3 | — Laguna.....                    | 286 |
| 98.008156-4 | — Capital.....                   | 114 |
| 98.008852-6 | — Criciúma.....                  | 111 |
| 98.009455-0 | — Capital.....                   | 293 |
| 98.010450-5 | — Criciúma.....                  | 183 |
| 98.010636-2 | — Blumenau.....                  | 330 |
| 98.011043-2 | — Capital.....                   | 297 |
| 98.013870-1 | — Blumenau.....                  | 389 |
| 98.015779-0 | — Tijucas.....                   | 235 |
| 98.017643-3 | — Chapecó.....                   | 333 |
| 99.001837-7 | — São José.....                  | 92  |
| 99.002717-1 | — Criciúma.....                  | 242 |
| 99.002806-2 | — Santo Amaro da Imperatriz..... | 336 |
| 99.003209-4 | — São Miguel do Oeste.....       | 304 |
| 99.007584-2 | — Brusque.....                   | 274 |
| 99.008424-8 | — Blumenau.....                  | 121 |
| 99.008432-9 | — Blumenau.....                  | 94  |
| 99.009407-3 | — Imaruí.....                    | 249 |
| 99.009436-7 | — Seara.....                     | 284 |
| 99.010137-1 | — Joaçaba.....                   | 159 |
| 99.011084-2 | — Ituporanga.....                | 187 |
| 99.011304-3 | — Xanxerê.....                   | 271 |
| 99.011816-9 | — Criciúma.....                  | 168 |

|             |                 |     |
|-------------|-----------------|-----|
| 99.013018-5 | — Capital.....  | 192 |
| 99.014229-9 | — Criciúma..... | 176 |

## **APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA**

|             |                |    |
|-------------|----------------|----|
| 99.015519-6 | — Ibirama..... | 76 |
| 99.011863-0 | — Timbó.....   | 69 |

## **APELAÇÕES CRIMINAIS**

|             |                                  |     |
|-------------|----------------------------------|-----|
| 00.001604-7 | — Lages.....                     | 566 |
| 97.007623-1 | — Joinville.....                 | 532 |
| 97.009544-9 | — Joinville.....                 | 585 |
| 98.010072-0 | — Palmitos.....                  | 541 |
| 98.011080-7 | — Tubarão.....                   | 546 |
| 98.018385-5 | — Capital.....                   | 597 |
| 99.004912-4 | — Chapecó.....                   | 629 |
| 99.006312-7 | — São José.....                  | 601 |
| 99.006336-4 | — Correia Pinto.....             | 609 |
| 99.008670-4 | — Urubici.....                   | 614 |
| 99.010907-0 | — Itajaí.....                    | 550 |
| 99.013823-2 | — Chapecó.....                   | 637 |
| 99.014047-4 | — Santo Amaro da Imperatriz..... | 553 |
| 99.015712-1 | — Capital.....                   | 617 |
| 99.016777-1 | — Urubici.....                   | 592 |
| 99.016892-1 | — Braço do Norte.....            | 621 |
| 99.017391-7 | — Timbó.....                     | 624 |
| 99.018799-3 | — Chapecó.....                   | 648 |
| 99.021709-4 | — Lages.....                     | 569 |
| 99.022093-1 | — Palmitos.....                  | 576 |
| 99.022682-4 | — Balneário Camboriú.....        | 582 |

## **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL**

|             |                |     |
|-------------|----------------|-----|
| 98.007347-2 | — Capital..... | 487 |
|-------------|----------------|-----|

## **HABEAS CORPUS**

|             |                      |     |
|-------------|----------------------|-----|
| 00.001507-5 | — Blumenau.....      | 497 |
| 98.003144-3 | — Ponte Serrada..... | 489 |
| 99.012077-5 | — Curitibaanos.....  | 511 |
| 99.012107-0 | — Joaçaba.....       | 516 |
| 99.013787-2 | — Chapecó.....       | 519 |
| 99.018419-6 | — Piçarras.....      | 505 |

## **MANDADOS DE SEGURANÇA**

|             |                |     |
|-------------|----------------|-----|
| 97.009317-9 | — Capital..... | 699 |
| 98.010060-7 | — Capital..... | 691 |
| 98.018365-0 | — Capital..... | 67  |

|                                       |                              |     |
|---------------------------------------|------------------------------|-----|
| 99.016310-5                           | — Capital.....               | 696 |
| <b>PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR</b> |                              |     |
| 00.004677-9                           | — Piçarras.....              | 728 |
| <b>RECURSO EM HABEAS CORPUS</b>       |                              |     |
| 8.842                                 | — Santa Catarina (STJ) ..... | 719 |
| <b>RECURSOS CRIMINAIS</b>             |                              |     |
| 00.001653-5                           | — Joinville .....            | 523 |
| 99.014498-4                           | — Tangará.....               | 526 |
| <b>RECURSOS DE AGRAVO</b>             |                              |     |
| 00.000830-3                           | — Capital.....               | 655 |
| 99.011125-3                           | — Pomerode .....             | 660 |
| 99.012564-5                           | — Capital.....               | 676 |
| 99.014922-6                           | — Ponte Serrada.....         | 658 |
| <b>RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS</b>       |                              |     |
| 7.994                                 | — Capital.....               | 731 |
| 232.001-6                             | — Santa Catarina (STF) ..... | 713 |
| 99.015040-2                           | — Joinville .....            | 733 |

# **ÍNDICE POR ASSUNTO**





## A

### AÇÃO

- Carência — Decretação. Possessória. Reintegração. Réu que adquiriu a posse em virtude de contrato particular de compra e venda. Esbulho não caracterizado. Necessidade de prévia rescisão do pacto..... 176
- Carência — Decretação de ofício. Ação de rescisão contratual. Notificação judicial irregular. Ineficácia. Reconhecimento. Extinção do processo. .... 297
- Carência — Inocorrência. Rescisão contratual. Interpelação judicial para manifestação acerca do cumprimento da avença. Medida que atende ao disposto no art. 43, VI, da Lei n. 4.591/64. Preliminar afastada..... 168

### AÇÃO ANULATÓRIA

- Ato jurídico — Doação. Erro essencial sobre o objeto. Prescrição. Ocorrência. Inteligência dos arts. 86, 87 e 178, § 9º, alínea b, todos do CC. .... 330

### AÇÃO CIVIL PÚBLICA

- Interposição contra ex-prefeito e ex-secretária da administração — Alegação de improbidade administrativa. Indemonstração. Pleito improcedente. .... 406
- Ministério Público — Demanda que visa a assegurar a gratuidade de ingresso em eventos esportivos a aposentados e pensionistas. Illegitimidade. Incomprovação do interesse social..... 107

### AÇÃO DE ALIMENTOS

- Vide Alimentos.

### AÇÃO DE COBRANÇA

- Intermediário de negócio — Compra e venda. Máquinas de origem estrangeira. Percentual sobre uma das vendas. Cabimento. Passagens e estadias. Incabimento. Ausência de convenção ex-

- pressa. Provimento parcial ao recurso do autor e desprovimento ao da ré. .... 274
- Seguro — Capotamento de veículo. Perda total das mercadorias. Risco sem previsão de cobertura na apólice securitária. Improcedência do pleito. Aplicação do art. 1.460 do CC. .... 183

## **AÇÃO DE DEPÓSITO**

- Vide Depósito.

## **AÇÃO DE INDENIZAÇÃO**

- Vide Indenização.

## **AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE**

- Vide Investigação de paternidade.

## **AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANO**

- Vide Responsabilidade civil.

## **AÇÃO DECLARATÓRIA**

- Inexistência de relação jurídica — Duplicata. Título adquirido por instituição bancária por meio de endosso. Alegação de ilegitimidade passiva ad causam. Inocorrência. Hipótese de litisconsórcio necessário. .... 461

## **AÇÃO DEMARCATÓRIA**

- Vide Demarcatória.

## **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

- Estatuto da polícia civil — Norma regulamentada após a edição da CF/88 com modificações apenas na nomenclatura de cargo e de órgão. Hipótese de revogação do ato e não de declaração de inconstitucionalidade. Pleito prejudicado. .... 706

## **AÇÃO MONITÓRIA**

- Conversão de execução em monitória — Inviabilidade. Incompatibilidade de ritos processuais. .... 249
- Denúnciação da lide — Admissibilidade. Arguição com fundamento novo no processo originário. Impertinência. Violação dos princípios da economia e da celeridade processual. .... 417

## **AÇÃO ORDINÁRIA**

- Reconhecimento de direito — Fornecimento de medicamento essencial. Síndrome da imunodeficiência adquirida (aids). Contenção da progressão da moléstia. Obrigação do Estado. Pleito procedente. .... 223

- Reconhecimento de direito — Funcionário público. Reajustes decorrentes de diferenças salariais fundados nas Leis n. 7.588/89, art. 2º, e n. 7.802/89, art. 10. Inconstitucionalidade reconhecida. Provimento do recurso e da remessa. .... 340

## **AÇÃO PENAL**

- Denúncia — Classificação jurídica. Correção em segunda instância dos fatos descritos na exordial acusatória. Possibilidade. Aplicação do art. 383 do CPP. .... 585
- Denúncia — Classificação jurídica da conduta. Correção em segunda instância. Possibilidade. Aplicação do art. 383 do CPP. ... 629

## **AÇÃO POPULAR**

- Ilegitimidade ativa — Inconfiguração. Envolvimento do autor nos fatos motivadores da lide e má-fé. Incomprovação. Legitimidade demonstrada pelo exercício da cidadania ex vi do art. 5º, LXXIII, da CF. Preliminar rejeitada..... 423

## **ACIDENTE DO TRABALHO**

- Aposentadoria por invalidez acidentária — Cancelamento administrativo. Ausência da garantia do contraditório e da ampla defesa. Nulidade do ato. Restabelecimento do benefício determinado. 242
- Aposentadoria por invalidez acidentária — Cancelamento administrativo. Pretendido restabelecimento do benefício. Competência da Justiça Estadual para o processamento e julgamento. Exegese da Súmula 15 do STJ. .... 242
- Indenização — Culpa do empregador. Demonstração. Danos materiais e morais. Verbas devidas. Pensão. Fixação temporal. Adequação. Apelo parcialmente provido. .... 325
- Indenização — Morte por eletrocussão. Culpa solidária da empregadora e da empresa fornecedora de energia elétrica. Caracterização. Verba devida. .... 128
- Responsabilidade civil — Deformidade permanente. Constatação. Culpabilidade da empresa. Demonstração. Dano estético e psicológico. Comprovação. Pensão vitalícia. Cabimento. Indenização devida. .... 195
- Responsabilidade civil — Indenização do direito comum. Culpa da empregadora. Caracterização. Incapacidade parcial do obreiro. Constatação. Pensão. Fixação. Critérios. Dano estético. Verba devida. Recurso parcialmente provido. .... 351

## **ADVOGADO**

- Dativo — Defesa deficiente. Inocorrência. Causídico atuante desde a defesa prévia até a contrariedade ao libelo. .... 637

- Falta de ética e patrocínio infiel — Representação no órgão de classe. Imputação indemonstrada. Repercussão na atividade profissional dos causídicos. Dano moral caracterizado. Indenização devida..... 399

## **AGRAVO RETIDO**

- Vide Recurso.

## **ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA**

- Busca e apreensão — Conversão em ação de depósito. Pessoa jurídica. Encargos e responsabilidades de fiel depositário impostos ao seu representante legal. Ilegitimidade passiva deste afastada. Prosseguimento do feito..... 281
- Busca e apreensão — Veículo. Bem indispensável ao trabalho. Comprovação. Mora elidida em ação consignatória. Manutenção da posse do bem até decisão final. Determinação. .... 432
- Garantia — Busca e apreensão. Bem não localizado. Conversão em ação de depósito. Prisão civil. Indeferimento. Vedação constitucional. Decisão mantida. .... 440

## **ALIMENTOS**

- Indeferimento — Concubina que deixou de comprovar a necessidade de recebê-los..... 286
- Provisionais — Concessão. Tutela antecipada deferida. Fundado receio de dano irreparável. .... 476
- Redução — Incabimento. Alimentante empresário. Possibilidade de arcar com o quantum fixado na sentença. .... 304

## **ALVARÁ DE LICENÇA**

- Serviço de transporte municipal — Anulação do ato pelo Judiciário. Perigo de dano à coletividade. Expedição de novo alvará com base na licença nula. Impossibilidade. Cassação. Decisão mantida. .... 470

## **ANTECIPAÇÃO DA TUTELA**

- Concessão — Pressupostos presentes. .... 470

## **ANTÔNIO FERNANDO DO AMARAL E SILVA (Des.)**

- “Proteção” — Pretexto para controle social arbitrário de adolescentes e a sobrevivência da “doutrina da situação irregular”. .... 3

## **APELAÇÃO CÍVEL**

- Vide Recurso.

## **APELAÇÃO CRIMINAL**

- Vide Recurso crime.

**APOSENTADORIA**

- Funcionário público — Serviço rural. Contagem recíproca. Necessidade do recolhimento da contribuição previdenciária. Interpretação do § 9º do art. 201 da CF. .... 336

**APOSENTADORIA POR INVALIDEZ ACIDENTÁRIA**

- Vide Acidente do trabalho.

**APROPRIAÇÃO INDÉBITA**

- Delito caracterizado — Agente que deixa de repassar valores cobrados de clientes de seu empregador e os retém para si. Condenação mantida. .... 597

**ARRAS**

- Compra de imóvel — Dação de veículo como parte do pagamento a título de sinal. Ausência de previsão expressa no contrato. Devolução improcedente. .... 168
- Devolução corrigida — Rescisão do contrato por vício redibitório. . 147

**ARRENDAMENTO**

- Mercantil — Veículo. Pagamento do valor residual antecipada e parceladamente. Operação correspondente a compra e venda. Contrato descaracterizado. Bem indispensável à atividade econômica. Reconhecimento. Permanência na posse do agravante. Limitar mantida. .... 479
- Mercantil — Veículo. Pagamento do valor residual antecipadamente. Descaracterização do pacto. Transformação em contrato de compra e venda a prestação. Ação reintegratória improcedente. .... 376

**ATO ADMINISTRATIVO**

- Garantia do contraditório e da ampla defesa — Ausência. Nulidade. .... 242

**ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

- Art. 34, § 8º ..... 251

**ATO ILÍCITO**

- Vide Indenização.

**ATO JURÍDICO**

- Ação anulatória — Doação. Erro essencial sobre o objeto. Prescrição. Ocorrência. Inteligência dos arts. 86, 87 e 178, § 9º, alínea b, todos do CC. .... 330

**B****BUSCA E APREENSÃO**

- Alienação fiduciária — Conversão em ação de depósito. Pessoa jurídica. Encargos e responsabilidades de fiel depositário impostos ao seu representante legal. Ilegitimidade passiva deste afastada. Prosseguimento do feito. .... 281
- Alienação fiduciária em garantia — Bem não localizado. Conversão em ação de depósito. Prisão civil. Indeferimento. Vedação constitucional. Decisão mantida. .... 440
- Conversão em ação de depósito — Consórcio de veículo. Quitação do bem. Indemonstração. Prisão civil do devedor. Impossibilidade. Medida restrita às hipóteses previstas no art. 5º, LXVII, da CF. .... 364
- Veículo — Bem indispensável ao trabalho. Comprovação. Mora elidida em ação consignatória. Manutenção da posse do bem até decisão final. Determinação. .... 432

**C****CAMBIAL**

- Duplicata — Título adquirido por instituição bancária por meio de endosso. Alegação de ilegitimidade passiva ad causam. Inocorrência. Hipótese de litisconsórcio necessário. .... 461
- Nota promissória — Dívida solidária. Citação de todos os executados. Desnecessidade. Exegese do art. 47 da Lei Uniforme. .... 415

**CARÊNCIA DA AÇÃO**

- Vide Ação.



**CAUÇÃO**

- Custas e honorários advocatícios — Necessidade. Empresa sediada no exterior. Exegese do art. 835 do CPC. .... 445

**CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL**

- Transação — Forma de correção do débito expressamente aceita pelo devedor. Rediscussão. Impossibilidade. Interpretação do art. 1.030 do CC. .... 114

**CERCEAMENTO DE DEFESA**

- Caracterização — Ausência de defensor na ouvida das testemunhas. Constatação. Nulidade do processo. Decretação. .... 511
- Inocorrência — Julgamento antecipado da lide. Admissibilidade. Matéria essencialmente de direito. .... 114
- Inocorrência — Prova criminal. Acreação. Indeferimento. Provisão facultativa ao prudente arbítrio do magistrado. Preliminar rejeitada. .... 601
- Prova pericial — Impossibilidade de realização constatada pelo perito judicial. Cerceamento não caracterizado. Preliminar rejeitada. .... 263

**CHEQUE**

- Cruzado — Endosso em branco. Apresentação pelo portador antes da data de emissão. Boa-fé inconfigurada. Título vinculado a contrato desfeito antes da apresentação da cártula ao sacado. Iliquidez manifesta. Embargos do devedor procedentes. .... 153

**CITAÇÃO**

- Nulidade — Inocorrência. Comparecimento espontâneo que supre o ato citatório. Preliminar afastada. .... 389

**CÓDIGO CIVIL**

- Art. 86 ..... 330
- Art. 87 ..... 330
- Art. 147, II ..... 330
- Art. 153 ..... 307
- Art. 159 ..... 325 e 351
- Art. 160, I ..... 399
- Art. 178, § 9º, V, b ..... 330
- Art. 395, II ..... 81
- Art. 400 ..... 304
- Art. 450 ..... 466
- Art. 489 ..... 176
- Art. 494, IV ..... 451

|                       |           |
|-----------------------|-----------|
| — Art. 762, III.....  | 307       |
| — Art. 1.030.....     | 114       |
| — Art. 1.092.....     | 168       |
| — Art. 1.101.....     | 147       |
| — Art. 1.102.....     | 147       |
| — Art. 1.103.....     | 147       |
| — Art. 1.107.....     | 323       |
| — Art. 1.109.....     | 323       |
| — Art. 1.133, II..... | 235       |
| — Art. 1.287.....     | 489       |
| — Art. 1.460.....     | 183       |
| — Art. 1.545.....     | 263 e 271 |

### **CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)**

|                                      |     |
|--------------------------------------|-----|
| — Art. 6º, IV e VI.....              | 205 |
| — Art. 35, III.....                  | 205 |
| — Art. 37, § 1º.....                 | 205 |
| — Art. 43, § 1º.....                 | 429 |
| — Art. 51, III.....                  | 293 |
| — Art. 81, parágrafo único, III..... | 107 |
| — Art. 82.....                       | 107 |

### **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

|                                 |          |
|---------------------------------|----------|
| — Art. 9º, II.....              | 464      |
| — Art. 12, II.....              | 142      |
| — Art. 17.....                  | 274      |
| — Art. 18, caput.....           | 364      |
| — Art. 19.....                  | 464      |
| — Art. 20.....                  | 464      |
| — Art. 20, § 3º.....            | 325      |
| — Art. 20, § 5º.....            | 96 e 128 |
| — Art. 21, caput.....           | 351      |
| — Art. 21.....                  | 274      |
| — Art. 21, parágrafo único..... | 293      |
| — Art. 36.....                  | 142      |
| — Art. 37.....                  | 293      |
| — Art. 47.....                  | 205      |
| — Art. 70, III.....             | 417      |
| — Art. 82, II.....              | 466      |
| — Art. 125.....                 | 187      |
| — Art. 130.....                 | 187      |
| — Art. 132.....                 | 263      |
| — Art. 183.....                 | 135      |
| — Art. 245.....                 | 325      |

|                              |                |
|------------------------------|----------------|
| — Art. 265, III.....         | 445            |
| — Art. 267, I.....           | 92             |
| — Art. 267, VI.....          | 297            |
| — Art. 267, § 3º.....        | 474            |
| — Art. 269, IV.....          | 330            |
| — Art. 273.....              | 451, 457 e 476 |
| — Art. 290.....              | 192            |
| — Art. 295, VI.....          | 92             |
| — Art. 320, I.....           | 293            |
| — Art. 335.....              | 212            |
| — Art. 463.....              | 389            |
| — Art. 520, III.....         | 313            |
| — Art. 523, § 1º.....        | 114 e 325      |
| — Art. 535.....              | 487            |
| — Art. 591.....              | 111            |
| — Art. 592.....              | 111            |
| — Art. 593, II.....          | 227            |
| — Art. 602.....              | 96 e 128       |
| — Art. 610.....              | 313            |
| — Art. 614, II.....          | 284            |
| — Art. 616.....              | 284            |
| — Art. 620.....              | 462            |
| — Art. 655.....              | 462            |
| — Art. 656, III.....         | 415            |
| — Art. 659, § 4º.....        | 227            |
| — Art. 737.....              | 111            |
| — Art. 798.....              | 454            |
| — Art. 835.....              | 445            |
| — Art. 906.....              | 281            |
| — Arts. 926 e seguintes..... | 451            |
| — Art. 946, I.....           | 135            |
| — Art. 1.102c, § 2º.....     | 417            |
| — Art. 1.181.....            | 466            |
| — Art. 1.183.....            | 466            |
| — Art. 1.218.....            | 320            |

## CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

|                 |           |
|-----------------|-----------|
| — Art. 2º.....  | 526       |
| — Art. 61.....  | 532 e 621 |
| — Art. 62.....  | 532       |
| — Art. 149..... | 621       |
| — Art. 188..... | 648       |
| — Art. 312..... | 497 e 516 |
| — Art. 383..... | 585 e 629 |

|                              |     |
|------------------------------|-----|
| — Art. 386, III.....         | 550 |
| — Art. 386, VI .....         | 614 |
| — Arts. 406 e seguintes..... | 585 |
| — Art. 427.....              | 648 |
| — Art. 428.....              | 648 |
| — Art. 484, III.....         | 576 |
| — Art. 564, IV .....         | 511 |
| — Art. 571, VIII .....       | 648 |
| — Art. 572.....              | 648 |
| — Art. 580.....              | 532 |
| — Art. 593, III.....         | 637 |
| — Art. 594.....              | 516 |
| — Art. 647.....              | 505 |

### **CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (Lei n. 9.503/1997)**

|                        |     |
|------------------------|-----|
| — Art. 131, § 2º ..... | 76  |
| — Art. 306.....        | 550 |

### **CÓDIGO PENAL**

|                                    |                     |
|------------------------------------|---------------------|
| — Art. 121, caput.....             | 519                 |
| — Art. 121.....                    | 658                 |
| — Art. 121, § 2º .....             | 637                 |
| — Art. 121, § 2º, II e IV.....     | 519                 |
| — Art. 121, § 3º .....             | 617                 |
| — Art. 155, § 1º .....             | 592                 |
| — Art. 157, § 2º, V.....           | 629                 |
| — Art. 157, § 3º, parte final..... | 655                 |
| — Art. 159.....                    | 629                 |
| — Art. 168, § 1º, III .....        | 597                 |
| — Art. 213.....                    | 541, 585, 601 e 614 |
| — Art. 217.....                    | 541                 |
| — Art. 223, parágrafo único.....   | 585                 |
| — Art. 224, a .....                | 541 e 614           |
| — Art. 225, § 1º, II .....         | 541                 |
| — Art. 316.....                    | 624                 |
| — Art. 316, § 1º .....             | 719                 |
| — Art. 330.....                    | 624                 |
| — Art. 327.....                    | 624                 |
| — Art. 355.....                    | 399                 |

### **CÓDIGO PENAL (Lei n. 7.209/1984)**

|                                 |                |
|---------------------------------|----------------|
| — Art. 12.....                  | 553, 569 e 660 |
| — Art. 26, parágrafo único..... | 621            |
| — Art. 29.....                  | 629            |

|                       |           |
|-----------------------|-----------|
| — Art. 29, § 1º ..... | 648       |
| — Art. 59 .....       | 609 e 637 |
| — Art. 61, II, g..... | 601       |
| — Art. 71 .....       | 597       |
| — Art. 83.....        | 658       |
| — Art. 92, I.....     | 601       |
| — Art. 103.....       | 541       |
| — Art. 107, I.....    | 532       |
| — Art. 109.....       | 541       |
| — Art. 109, VI .....  | 617       |
| — Art. 117.....       | 541       |
| — Art. 119.....       | 617       |

### **CÓDIGO PENAL (Lei n. 9.714/1998)**

|                       |           |
|-----------------------|-----------|
| — .....               | 553 e 660 |
| — Art. 44, III.....   | 569       |
| — Art. 44, § 2º ..... | 617       |
| — Art. 46, § 3º ..... | 617       |

### **CÓDIGO PENAL MILITAR (Decreto-Lei n. 1.001/1969)**

|                                  |     |
|----------------------------------|-----|
| — Art. 9º, parágrafo único ..... | 526 |
|----------------------------------|-----|

### **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR (Decreto-Lei n. 1.002/1969)**

|                       |     |
|-----------------------|-----|
| — Art. 82, § 2º ..... | 526 |
|-----------------------|-----|

### **COISA JULGADA**

|                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------|-----|
| — Inocorrência — Decisão que não adentrou no mérito da demanda. .... | 297 |
|----------------------------------------------------------------------|-----|

### **COMISSÃO DE PERMANÊNCIA**

|                                                                   |     |
|-------------------------------------------------------------------|-----|
| — Pactuação — Fator de atualização de débito. Possibilidade. .... | 114 |
|-------------------------------------------------------------------|-----|

### **COMPETÊNCIA**

|                                                                                                                                                                                                                         |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| — Aposentadoria por invalidez acidentária — Cancelamento administrativo. Pretendido restabelecimento do benefício. Competência da Justiça Estadual para o processamento e julgamento. Exegese da Súmula 15 do STJ. .... | 242 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

### **COMPETÊNCIA (matéria penal)**

|                                                                                                                                                                  |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| — Crime praticado por militar contra civil — Competência da Justiça Estadual para o processamento e julgamento da ação penal. Aplicação da Lei n. 9.299/96. .... | 526 |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

**COMPRA E VENDA**

- Contrato — Rescisão. Terreno de praia. Viabilidade para construção. Indeferimento pela municipalidade. Área de proteção permanente. Vício redibitório caracterizado. Pleito procedente. .... 147
- Imóvel — Alegada diminuição da área total construída. Inconfiguração. Atendimento ao pactuado. Atraso na entrega. Transferência da construção para outra empresa. Desobrigação desta ao pagamento da cláusula penal acordada com a primeira construtora. Recurso parcialmente provido..... 293
- Imóvel — Preço quitado. Procuração outorgada pelos adquirentes ao vendedor. Mandato judicial que não se caracteriza como “em causa própria”. Distrato firmado pelo mandatário para o desfazimento do negócio. Nulidade do ato. Aplicação do art. 1.133, II, do CC. .... 235

**COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA**

- Vide Promessa de compra e venda.

**CONCURSO PÚBLICO**

- Aprovação — Nomeação. Inexistência de direito líquido e certo. Mera expectativa de direito. Segurança denegada..... 691

**CONCUSSÃO**

- Vide Crime contra a administração pública.

**CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO (Decreto-Lei n. 5.452/1943)**

- Art. 578..... 69

**CONSÓRCIO**

- Veículo — Quitação do bem. Indemonstração. Prisão civil do devedor. Impossibilidade. Medida restrita às hipóteses previstas no art. 5º, LXVII, da CF. .... 364

**CONSTITUIÇÃO ESTADUAL**

- 1989 — Art. 153 ..... 223

**CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

- 1988 — Art. 5º, caput ..... 223
  - Art. 5º, X ..... 212 e 713
  - Art. 5º, XII..... 713
  - Art. 5º, XXXV ..... 423
  - Art. 5º, XLIII ..... 660
  - Art. 5º, LV..... 81

|                             |           |
|-----------------------------|-----------|
| — Art. 5º, LVII.....        | 516 e 676 |
| — Art. 5º, LXV .....        | 523       |
| — Art. 5º, LXVII .....      | 440       |
| — Art. 5º, LXVII, § 2º..... | 364       |
| — Art. 5º, LXVIII.....      | 505       |
| — Art. 5º, LXXIII.....      | 423       |
| — Art. 6º.....              | 223       |
| — Art. 7º, XXVIII.....      | 195 e 351 |
| — Art. 8º, IV, in fine..... | 69        |
| — Art. 37, VI.....          | 69        |
| — Art. 37, XI.....          | 699       |
| — Art. 37, § 4º.....        | 406       |
| — Art. 37, § 6º.....        | 263       |
| — Art. 39, § 5º.....        | 699       |
| — Art. 129, III.....        | 107       |
| — Art. 196.....             | 223       |
| — Art. 201, § 9º.....       | 336       |
| — Art. 202, § 2º.....       | 336       |
| — Art. 226, § 7º.....       | 271       |

## CONSTRANGIMENTO ILEGAL

- Caracterização — Execução penal. Manutenção de regime mais rigoroso do que o imposto na sentença, por falta de vagas no estabelecimento prisional. Impossibilidade. Ordem de habeas corpus concedida. .... 519
- Caracterização — Sentença condenatória. Correção após a publicação determinando o recolhimento do réu à prisão para apelar. Impossibilidade. Paciente processado em liberdade. Ordem concedida. .... 516

## CONTESTAÇÃO

- Peça reputada inexistente — Apresentação sem procuração do advogado. Pluralidade de réus. Defesa apresentada por um deles. Efeitos da revelia incorrentes. Incidência do art. 320, I, do CPC. .... 293

## CONTRATO

- Abertura de crédito fixo — Demonstrativo da dívida incompleto. Extinção da execucional. Incabimento. Irregularidade sanável a teor do art. 616 do CPC. .... 284
- Arrendamento mercantil — Veículo. Pagamento do valor residual antecipadamente. Descaracterização do pacto. Transformação



- em contrato de compra e venda a prestação. Ação reintegratória improcedente..... 376
- Compra e venda — Anulação. Financiamento. Rescisão. Inacolhimento. Improcedência. .... 307
- Compra e venda — Rescisão. Terreno de praia. Viabilidade para construção. Indeferimento pela municipalidade. Área de proteção permanente. Vício redibitório caracterizado. Pleito procedente. ... 147
- Distribuição de bebidas — Rescisão. Indenização por danos emergentes. Denúncia por qualquer das partes e assunção dos riscos da atividade comercial pela distribuidora previstas no pacto. Verba indevida. Decisão mantida. .... 457
- Rescisão — Atraso na entrega da obra. Interpelação judicial para manifestação acerca do cumprimento da avença. Medida que atende ao disposto no art. 43, VI, da Lei n. 4.591/64. Carência da ação afastada. .... 168
- Rescisão — Instrumento misto envolvendo a aquisição de fração ideal de terreno e construção de imóvel por administração. Ausência da construtora na qualidade de litisconsorte necessária. Impossibilidade. Exegese do art. 47, parágrafo único, do CPC. Extinção do processo. Decretação. .... 205
- Rescisão — Notificação judicial irregular. Ineficácia. Reconhecimento. Carência da ação. Decretação de ofício. .... 297

## **CORRETAGEM**

- Vide Intermediário de negócio.

## **CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

- Concussão — Delito caracterizado. Exigência de pagamento para realização de registro civil. Condenação mantida..... 624
- Concussão — Funcionária que cumpre ordem manifestamente ilegal emanada de sua empregadora. Delito não caracterizado. Absolvição decretada. .... 624

## **CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA**

- Sonegação fiscal — Parcelamento do débito antes do oferecimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Inocorrência. Necessidade de quitação integral da dívida. Exegese do art. 34 da Lei n. 9.249/95. .... 497

## **CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA**

- Narcotraficância — Maconha. Crime praticado em associação. Pretendida desclassificação do delito para a forma do art. 16 da Lei Antitóxicos. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. .... 546

- Tóxico — Uso próprio. Delito caracterizado. Condenação mantida. .... 629
- Tráfico de entorpecente — Pretendida desclassificação para a forma descrita no art. 16 da Lei Antitóxicos. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. .... 569
- Tráfico de entorpecente — Pretendida substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos. Impossibilidade. Delito considerado hediondo. .... 569
- Tráfico de entorpecente — Pretendida substituição de pena reclusiva por restritiva de direitos. Impossibilidade. Delito considerado hediondo. Maioria de votos. .... 660
- Tráfico de entorpecente — Pretendida substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos. Impossibilidade. Inteligência da Súmula 171 do STJ. .... 553

## **CRIME CONTRA OS COSTUMES**

- Estupro — Cumulação com morte e incêndio. Correção em segundo grau da classificação jurídica dos fatos descritos na denúncia. Possibilidade. Retorno dos autos à origem para o cumprimento do art. 406 e seguintes do CPP. .... 585
- Estupro — Delito cometido por policial. Violência real. Constatação. Materialidade e autoria. Comprovação. Condenação mantida. .... 601
- Estupro — Pretendida desclassificação para o delito de sedução. Impossibilidade. Vítima menor de 14 anos. .... 541
- Estupro — Prova duvidosa e ambígua. Declarações da vítima que não coadunam com o resultado do laudo pericial. Absolvição decretada. .... 614
- Estupro — Violência presumida. Palavras da vítima e confissão do réu, na polícia e em juízo, que comprovam a autoria do delito. Condenação mantida. .... 541

## **CRIME DE TRÂNSITO**

- Embriaguez ao volante — Conjunto probatório insuficiente para um decreto condenatório. Absolvição. Sentença reformada. .... 550

## **CURADOR ESPECIAL**

- Honorários — Depósito antecipado. Impossibilidade. Arbitramento e pagamento ao final da demanda. .... 464

## **CUSTAS**

- Processuais — Caução. Necessidade. Empresa sediada no exterior. Exegese do art. 835 do CPC. .... 445
- Processuais — Isenção do INSS. Incabimento. Aplicação das Súmulas 20 do TFR da 4ª Região e 178 do STJ. .... 242

- Processuais — Município. Isenção..... 69 e 389

## D

### DANO ESTÉTICO

- Acidente do trabalho — Aleijão e deformidade na mão esquerda do obreiro. Constatação. Verba devida..... 351
- Acidente do trabalho — Deformidade permanente. Constatação. Culpabilidade da empresa. Demonstração. Indenização devida. .. 195

### DANO MORAL

- Acidente do trabalho — Deformidade física. Comprovação. Verba devida. .... 325
- Fixação do quantum — Critérios..... 399
- Indenização — Adultério. Varão de origem humilde. Meio rural. Filha adulterina nascida na constância do casamento e supostamente de um padre. Fato tornado público. Grave constrangimento caracterizado. Verba devida. .... 212
- Indenização — Erro médico. Operação de obstrução das trompas uterinas sem o consentimento da paciente. Culpa grave. Verba devida. .... 271
- Indenização — Imputação, pela imprensa, de conduta irregular, desonrosa ou criminoso. Não-comprovação. Reparação devida. . 157
- Representação contra advogados — Falta de ética e patrocínio infiel. Não-demonstração. Repercussão na atividade profissional dos causídicos. Caracterização. Verba devida. .... 399

### DECADÊNCIA

- Representação — Inocorrência. Manifestação penal apresentada à autoridade competente e no prazo legal. Preliminar repelida..... 617
- Representação — Inocorrência. Peça processual proposta no prazo estipulado no art. 103 do CP. .... 541

### DEMARCATÓRIA

- Imóvel — Limites. Dúvidas. Cabimento da ação. Requisitos presentes. .... 135

### DENÚNCIA (matéria penal)

- Classificação jurídica da conduta — Correção em segunda instância. Possibilidade. Aplicação do art. 383 do CPP. .... 629

- Classificação jurídica dos fatos descritos — Correção em segunda instância. Possibilidade. Aplicação do art. 383 do CPP. .... 585

## **DENUNCIÇÃO DA LIDE**

- Ação monitória — Admissibilidade. Denúnciação que introduz fundamento novo no processo originário. Impertinência. Violação dos princípios da economia e da celeridade processual. .... 417
- Honorários advocatícios — Condenação do autor a pagar a verba do patrono do litisdenunciado pelo réu. Inadmissibilidade. Responsabilidade do litisdenunciante. .... 179

## **DEPOSITÁRIO INFIEL**

- Prisão civil — Medida ilegítima. Decretação nos casos de obrigação alimentar. Aplicação do art. 7º, n. 7, do Pacto de São José da Costa Rica, que derogou o art. 1.287 do CC. Ordem de habeas corpus concedida. .... 489

## **DEPÓSITO**

- Ação resultante de busca e apreensão — Alienação fiduciária em garantia. Bem não localizado. Prisão civil. Indeferimento. Vedação constitucional. Decisão mantida. .... 440
- Alienação fiduciária — Busca e apreensão. Pessoa jurídica. Encargos e responsabilidades de fiel depositário impostos ao seu representante legal. Ilegitimidade passiva deste afastada. Prosseguimento do feito. .... 281

## **DESOBEDIÊNCIA**

- Delito não caracterizado — Crime praticado por funcionário público no exercício da função. Absolvição decretada. .... 624

## **DESPACHO DA VICE-PRESIDÊNCIA**

- Mandado de segurança — Exoneração provisória do regime de substituição tributária. Liminar concedida. Incabimento. Ato judicial lesivo à economia pública. Suspensão da medida. Determinação. .... 728
- Mandado de segurança — Liminar concedida. Pedido de suspensão. Indeferimento. Agravo regimental. Incabimento. Exegese da Súmula 217 do STJ. Medida provisória mantida. .... 725
- Recurso extraordinário — Alegação de ofensa ao art. 5º, caput, XIII, da CF. Indemonstração. Seguimento ao apelo extremo negado. .... 731
- Recurso extraordinário — Pretendida apresentação das razões no Supremo Tribunal. Incabimento. Inaplicabilidade do art. 600, § 4º, do CPP. Não-preenchimento dos requisitos de admissibilidade. Seguimento ao recurso negado. .... 733

**DESPEJO**

- Vide Locação.

**DOAÇÃO**

- Erro essencial sobre o objeto — Ação anulatória de ato jurídico. Prescrição. Ocorrência. Inteligência dos arts. 86, 87 e 178, § 9º, alínea b, todos do CC. .... 330

**DOCUMENTO**

- Língua estrangeira — Tradução. Desnecessidade. Peça não-essencial ao feito. .... 445

**DOCTRINA**

- A constituição como garantia da democracia: o papel dos princípios constitucionais — Dr. Ruy Samuel Espíndola, Professor universitário e Advogado..... 15
- Acesso à justiça no Mercosul — Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues, Professor universitário. .... 31
- O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: A regulamentação das ADIns e ADCs pela Lei n. 9.868/99 — Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo, Jornalista e Advogado. .... 43
- “Proteção” — Pretexto para controle social arbitrário de adolescentes e a sobrevivência da “doutrina da situação irregular” — Antônio Fernando do Amaral e Silva, Desembargador..... 3

**DUPLICATA**

- Vide Cambial.

**E****EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**

- Vide Recurso.

**EMBARGOS DE TERCEIRO**

- Execução — Penhora de imóvel. Alienação do bem. Falta de inscrição da penhora no registro imobiliário. Fraude à execução incoorrente. Embargos procedentes. .... 227
- Imóvel — Penhora. Interposição fundada em compromisso de compra e venda desprovido de registro imobiliário. Admissibilidade. Aplicação da Súmula 84 do STJ. .... 227

**EMBARGOS DO DEVEDOR**

- Execução — Cheque cruzado. Endosso em branco. Apresentação pelo portador antes da data de emissão. Boa-fé inconfigurada. Título vinculado a contrato desfeito antes da apresentação da cártula ao sacado. Ilíquidez manifesta. Embargos procedentes... 153
- Execução — Contrato. Abertura de crédito fixo. Demonstrativo da dívida incompleto. Extinção do processo. Incabimento. Irregularidade sanável a teor do art. 616 do CPC. .... 284
- Execução — Penhora. Bem de família. Admissibilidade. Indenização por serviços domésticos prestados por concubina. Exegese do art. 3º, I, da Lei n. 8.009/90. .... 333

**EMENDA CONSTITUCIONAL**

- N. 3/1993..... 251

**ESTADO**

- Vide Pessoa jurídica de direito público.

**ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE****(Lei n. 8.069/1990)**

- Art. 24..... 81
- Art. 98, II..... 121
- Art. 129, X..... 81
- Art. 155..... 121
- Art. 157..... 121
- Art. 163..... 81
- Art. 198, caput, II..... 78
- Art. 201, III..... 121

**ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL**

- Lei n. 4.215/1963 — Art. 119..... 399
- Lei n. 8.906/1994 — Art. 23..... 389
- Art. 72..... 399

**ESTATUTO DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE SANTA CATARINA****(Lei n. 6.843/1986)**

- Art. 269..... 706

**ESTUPRO**

- Vide Crime contra os costumes.

**EXECUÇÃO**

- Conversão em ação monitória — Inviabilidade. Incompatibilidade dos ritos processuais..... 249

- Embargos do devedor — Cheque cruzado. Endosso em branco. Apresentação pelo portador antes da data de emissão. Boa-fé inconfigurada. Título vinculado a contrato desfeito antes da apresentação da cártula ao sacado. Ilíquidez manifesta. Embargos procedentes..... 153
- Embargos do devedor — Contrato. Abertura de crédito fixo. Demonstrativo da dívida incompleto. Extinção do processo. Incabimento. Irregularidade sanável a teor do art. 616 do CPC. .... 284
- Embargos do devedor — Penhora. Bem de família. Admissibilidade. Indenização por serviços domésticos prestados por concubina. Exegese do art. 3º, I, da Lei n. 8.009/90. .... 333
- Nota promissória — Dívida solidária. Citação de todos os executados. Desnecessidade. Exegese do art. 47 da Lei Uniforme. .... 415
- Penhora — Imóvel. Alienação do bem. Falta de inscrição da penhora no registro imobiliário. Fraude à execução incorrente. Embargos de terceiro procedentes. .... 227
- Penhora — Nomeação de bens. Recusa pelo credor. Pretendida substituição por outros de fácil conversão em numerário. Admissibilidade. Interpretação do art. 620 do CPC. .... 462
- Penhora — Oferecimento de bens de difícil alienação. Recusa justificada. Existência de outros bens. Aplicação do art. 656, III, do CPC. .... 415

## EXECUÇÃO FISCAL

- Penhora anulada — Embargos ofertados após nova e regular constrição. Possibilidade. Tempestividade reconhecida. .... 111

## EXECUÇÃO PENAL

- Condenações diversas — Progressão de regime. Efeitos. Inteligência dos arts. 111 e 112, ambos da LEP. .... 676
- Habeas corpus — Manutenção de regime mais rigoroso do que o imposto na sentença, por falta de vagas no estabelecimento prisional. Impossibilidade. Ordem concedida. .... 519
- Livramento condicional — Concessão. Inconformismo interposto pelo assistente de acusação. Ilegitimidade. Caracterização. Sentença condenatória transitada em julgado. Recurso de agravo não conhecido. .... 658
- Regime fechado — Progressão direta para o regime aberto. Impossibilidade. Requisito indemonstrado. Deferimento para o semi-aberto. Decisão mantida. .... 676
- Sentença condenatória — Decisão transitada em julgado. Recurso especial interposto. Circunstância que não impede o cumprimento da pena imposta. Inaplicável o princípio da não-culpabilidade dos réus fundado no art. 5º, LVII, da CF. .... 676



**EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE**

- Decretação — Prescrição da pretensão punitiva na forma superveniente. .... 617
- Decretação de ofício — Apelante falecido. Aplicação do art. 107, I, do CP, combinado com os arts. 61 e 62, ambos do CPP. .... 532
- Inocorrência — Sonegação fiscal. Parcelamento do débito antes do oferecimento da denúncia. Circunstância que não extingue a ação penal. Necessidade de quitação integral da dívida. Exegese do art. 34 da Lei n. 9.249/95. .... 497

**EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO**

- Emprego de arma — Grave ameaça. Hipótese de crime de roubo e não de extorsão. Correção em segunda instância. Possibilidade. Aplicação do art. 383 do CPP. .... 629

**F****FINANCIAMENTO**

- Direto ao consumidor — Contrato. Rescisão. Inacolhimento. Compra e venda. Anulação. Eiva a macular sua validade. .... 307

**FUNCIONÁRIO PÚBLICO**

- Ação de reconhecimento de direito — Reajustes decorrentes de diferenças salariais fundados nas Leis n. 7.588/89, art. 2º, e n. 7.802/89, art. 10. Inconstitucionalidade reconhecida. Provimento do recurso e da remessa. .... 340
- Aposentadoria — Serviço rural. Contagem recíproca. Necessidade do recolhimento da contribuição previdenciária. Interpretação do § 9º do art. 201 da CF. .... 336
- Concurso — Aprovação. Nomeação. Inexistência de direito líquido e certo. Mera expectativa de direito. Segurança denegada. .... 691
- Mandado de segurança — Teto salarial. Limite na remuneração de secretário de estado. Invocação do princípio da irredutibilidade de vencimentos. Impossibilidade. Aplicação do princípio da supremacia do interesse público. Denegação do writ. .... 699
- Sindicato — Contribuição sindical compulsória. Legalidade. Desconto obrigatório. Exegese do art. 8º, IV, in fine, da CF. .... 69

**FURTO**

- Delito caracterizado — Confissão do réu nas fases policial e judicial aliada à apreensão da res furtiva. Condenação mantida. .... 592
- Inimputabilidade do acusado — Exame de sanidade mental realizado em outro processo. Utilização. Inadmissibilidade. Interpretação do art. 149 do CPP. .... 621
- Repouso noturno — Agravante não caracterizada. Exclusão. Desclassificação do delito para a modalidade simples. .... 592

**FURTO QUALIFICADO**

- Concurso de agentes — Negativa de autoria. Incabimento. Depoimentos firmes e consoantes com os demais elementos dos autos quanto à prática delitiva. Condenação mantida. .... 609

**H****HABEAS CORPUS**

- Execução penal — Manutenção de regime mais rigoroso do que o imposto na sentença, por falta de vagas no estabelecimento prisional. Impossibilidade. Ordem concedida. .... 519
- Homicídio — Pronúncia. Ausência de defensor na ouvida das testemunhas. Constatação. Nulidade do processo. Cerceamento de defesa caracterizado. Ordem concedida. .... 511
- Prisão civil — Depositário infiel. Medida ilegítima. Decretação nos casos de obrigação alimentar. Aplicação do art. 7º, n. 7, do Pacto de São José da Costa Rica, que derogou o art. 1.287 do CC. Ordem concedida. .... 489
- Prisão preventiva — Decretação. Conveniência da instrução criminal. Decisão que não preenche os requisitos do art. 312 do CPP. Ordem concedida. .... 497
- Pronúncia — Prisão preventiva. Sentença provisional que mantém a segregação. Fundamentação. Desnecessidade. Writ denegado. Maioria de votos. .... 505
- Pronúncia — Sentença provisional com profunda incursão na prova e na matéria de direito. Incabimento. Decisão anulada. Ordem concedida de ofício. .... 505
- Sentença condenatória — Correção após a publicação determinando o recolhimento do réu à prisão para apelar. Impossibilidade. Paciente processado em liberdade. Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem concedida. .... 516

- Trancamento da ação penal — Cobrança de emolumentos em valor excedente ao fixado no Regimento de Custas. Delito do art. 316, § 1º, do CP, não tipificado. Ordem concedida. Recurso especial provido. .... 719

## HOMICÍDIO

- Habeas corpus — Pronúncia. Ausência de defensor na ouvida das testemunhas. Constatação. Nulidade do processo. Cerceamento de defesa caracterizado. Ordem concedida. .... 511

## HOMICÍDIO CULPOSO

- Acidente de trânsito — Concurso formal com lesões corporais. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. .... 617

## HOMICÍDIO QUALIFICADO

- Júri — Desclassificação para a forma culposa. Descabimento. Veredito com suporte em uma das versões apresentadas. Condenação mantida. .... 637
- Júri — Nulidades durante o julgamento. Inocorrência. Decisão do conselho de sentença baseada nos elementos de prova constantes dos autos. Condenação mantida. .... 648

## HONORÁRIOS DE ADVOGADO

- Ação declaratória — Fixação em percentual sobre o valor da causa. Possibilidade. .... 258
- Acidente do trabalho — Ação indenizatória. Verba honorária fixada sobre a soma das parcelas vencidas mais uma anuidade das vincendas. Incidência também sobre o capital da indenização. Inacolhimento. Inaplicabilidade do § 5º do art. 20 do CPC. .... 128
- Caução — Necessidade. Empresa sediada no exterior. Exegese do art. 835 do CPC. .... 445
- Curador especial — Depósito antecipado. Impossibilidade. Arbitramento e pagamento ao final da demanda. .... 464
- Denúnciação da lide — Condenação do autor a pagar a verba do patrono do litisdenunciado pelo réu. Inadmissibilidade. Responsabilidade do litisdenunciante. .... 179
- Liquidação de sentença — Cálculo do contador. Inclusão da verba honorária. Possibilidade. Aplicação do art. 23 da Lei n. 8.906/94. .... 389
- Redução — Sucumbência recíproca. .... 274

## HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES (Dr.)

- Acesso à justiça no Mercosul. .... 31

## I

**ILEGITIMIDADE AD CAUSAM**

- Ativa — Ação civil pública. Interposição pelo órgão do Parquet. Demanda visando a assegurar a gratuidade de ingresso em eventos esportivos a aposentados e pensionistas. Ilegitimidade caracterizada..... 107
- Ativa — Inconfiguração. Ação popular. Envolvimento do autor nos fatos motivadores da lide e má-fé. Incomprovação. Legitimidade demonstrada pelo exercício da cidadania, ex vi do art. 5º, LXXIII, da CF. Preliminar rejeitada..... 423
- Passiva — Alienação fiduciária. Busca e apreensão convertida em ação de depósito. Pessoa jurídica. Encargos e responsabilidades de fiel depositário impostos ao seu representante legal. Ilegitimidade deste afastada. .... 281
- Passiva — Inocorrência. Ação declaratória de inexistência de relação jurídica. Duplicata. Aquisição por instituição bancária por meio de endosso. Hipótese de litisconsórcio necessário. Prefacial rejeitada. .... 461
- Passiva — Intermediação de negócio. Ação de cobrança. Ilegitimidade da empresa ré. Inconfiguração. Sucessão empresarial constatada. Preliminar rejeitada. .... 274
- Passiva — Preliminar afastada no despacho saneador. Admissibilidade. .... 474
- Passiva — Veículo furtado. Venda efetuada por agenciador. Resarcimento devido. Preliminar repelida. .... 323

**IMÓVEL**

- Compra e venda — Alegada diminuição da área total construída. Inconfiguração. Atendimento ao pactuado. Atraso na entrega. Transferência da construção para outra empresa. Desobrigação desta ao pagamento da cláusula penal acordada com a primeira construtora. Recurso parcialmente provido. .... 293
- Compra e venda — Preço quitado. Procuração outorgada pelos adquirentes ao vendedor. Mandato judicial que não se caracteriza como “em causa própria”. Distrato firmado pelo mandatário para o desfazimento do negócio. Nulidade do ato. Aplicação do art. 1.133, II, do CC. .... 235
- Indenização — Compra de unidade habitacional em construção. Atraso na entrega da obra. Alegação de dificuldades financeiras

|                                                                                                                                                                                                                              |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| em consequência de planos econômicos. Inviabilidade. Ressarcimento devido. ....                                                                                                                                              | 168 |
| — Penhora — Embargos de terceiro fundados em compromisso de compra e venda desprovido de registro imobiliário. Admissibilidade. Aplicação da Súmula 84 do STJ. ....                                                          | 227 |
| — Penhora — Execução. Alienação do bem. Falta de inscrição da penhora no registro imobiliário. Fraude à execução incorrente. Embargos de terceiro procedentes. ....                                                          | 227 |
| <b>IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS</b>                                                                                                                                                                    |     |
| — ICMS — Cobrança antecipada. Legalidade. Exegese do Convênio n. 107/89 e da Emenda Constitucional n. 3/93. ....                                                                                                             | 251 |
| <b>IMPOSTO SOBRE PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES</b>                                                                                                                                                                     |     |
| — IPVA — Arguição de inconstitucionalidade. Inocorrência. Tributo instituído por norma com eficácia de lei complementar. ....                                                                                                | 258 |
| <b>INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI</b>                                                                                                                                                                                          |     |
| — Ação de reconhecimento de direito — Funcionário público. Reajustes decorrentes de diferenças salariais fundados nas Leis n. 7.588/89, art. 2º, e n. 7.802/89, art. 10. Inconstitucionalidade. Reconhecimento. ....         | 340 |
| <b>INDENIZAÇÃO</b>                                                                                                                                                                                                           |     |
| — Acidente do trabalho — Culpa do empregador. Demonstração. Danos materiais e morais. Verbas devidas. Pensão. Fixação temporal. Adequação. Apelo parcialmente provido. ....                                                  | 325 |
| — Compra de imóvel — Unidade habitacional em construção. Atraso na entrega da obra. Alegação de dificuldades financeiras em consequência de planos econômicos. Inviabilidade. Ressarcimento devido. ....                     | 168 |
| — Dano moral — Adultério. Varão de origem humilde. Meio rural. Filha adulterina nascida na constância do casamento e supostamente de um padre. Fato tornado público. Grave constrangimento caracterizado. Verba devida. .... | 212 |
| — Dano moral — Representação contra advogados. Falta de ética e patrocínio infiel. Não-demonstração. Repercussão na atividade profissional dos causídicos. Caracterização. Verba devida. ....                                | 399 |
| — Danos emergentes — Contrato. Distribuição de bebidas. Rescisão. Denúncia por qualquer das partes e assunção dos riscos da atividade comercial pela distribuidora previstas no pacto. Verba indevida. Decisão mantida. .... | 457 |
| — Município — Ação interposta contra ex-prefeito. Reeleição deste no curso do processo. Conflito de interesses de autor e réu. Anula-                                                                                        |     |

- ção parcial do processo. Nomeação de substituto legal para o município nesta demanda e prosseguimento do feito. .... 142
- Representação comercial — Rescisão contratual. Exclusividade de zona de atuação. Reconhecimento. Verba devida de acordo com os períodos abrangidos pelas Leis ns. 4.886/65 e 8.420/92. . 159
- Responsabilidade civil — Acidente de trânsito. Colisão de caminhão do município em veículo com a porta aberta, de inopino. Culpa objetiva do ente público afastada. Pleito improcedente. .... 179
- Responsabilidade civil — Acidente do trabalho. Culpa da empregadora. Caracterização. Pensão. Fixação. Critérios. Dano estético. Verba devida. Recurso parcialmente provido. .... 351
- Responsabilidade civil — Acidente do trabalho. Deformidade permanente. Culpa da empresa. Demonstração. Dano estético e psicológico. Comprovação. Pensão vitalícia. Cabimento. Verba devida. .... 195
- Responsabilidade civil — Acidente do trabalho. Morte por eletrocussão. Culpa solidária da empregadora e da empresa fornecedora de energia elétrica. Caracterização. Obrigação de indenizar. ... 128
- Responsabilidade civil — Dano moral. Imputação, pela imprensa, de conduta irregular, desonrosa ou criminosa. Não-comprovação. Reparação devida. .... 157
- Responsabilidade civil — Erro médico. Operação de obstrução das trompas uterinas sem o consentimento da paciente. Culpa grave. Verba devida. .... 271
- Responsabilidade civil — Erro médico. Prescrição de medicamento a paciente alérgico. Morte por choque anafilático. Negligência caracterizada. Verba devida. .... 263
- Responsabilidade civil — Veículo furtado. Venda efetuada por agenciador. Ressarcimento devido. Ilegitimidade passiva ad causam repelida. .... 323

## INTERDIÇÃO

- Decretação — Bloqueio de bens. Falta de contato pessoal do juiz com a interditanda e da ouvida do Ministério Público. Inadmissibilidade da medida. Prova insuficiente. Apelo provido. .... 466

## INTERMEDIÁRIO DE NEGÓCIO

- Ação de cobrança — Compra e venda. Máquinas de origem estrangeira. Percentual sobre uma das vendas. Cabimento. Passagens e estadias. Incabimento. Ausência de convenção expressa. Provimento parcial ao recurso do autor e desprovimento ao da ré. . 274

**INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE**

- Alimentos provisionais — Concessão. Tutela antecipada deferida. Fundado receio de dano irreparável. .... 476
- Cumulação com alimentos — Prova testemunhal. Contradições. Exame de DNA. Necessidade. Conversão do julgamento em diligência. Determinação de ofício. .... 187
- Exame de DNA — Realização na fase recursal. Inacolhimento. Presença de outros elementos probatórios para a formação de juízo seguro de convicção. Pleito procedente. .... 94

**J****JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE**

- Admissibilidade — Matéria essencialmente de direito. Cerceamento de defesa inócurrenente. .... 114

**JÚRI**

- Decisão manifestamente contrária à prova dos autos — Inocorrência. Veredicto baseado nos elementos de prova constantes dos autos. .... 648
- Decisão manifestamente contrária à prova dos autos — Inocorrência. Veredicto fundado no auto de exame cadavérico e na palavra das testemunhas. Versão defensiva isolada. Apelo desprovido. .... 576
- Homicídio duplamente qualificado — Nulidades no decorrer do julgamento. Inocorrência. Decisão do conselho de sentença baseada nos elementos de prova constantes dos autos. Condenação mantida. .... 648
- Homicídio qualificado — Desclassificação para a forma culposa. Descabimento. Veredicto com suporte em uma das versões apresentadas. Condenação mantida. .... 637
- Julgamento — Nulidade. Inocorrência. Excesso doloso reconhecido pelos jurados. Pretendida quesitação sobre o excesso culposo. Desnecessidade. Preliminar repelida. .... 576
- Nulidades — Falta de intimação da defesa para o sorteio dos jurados. Dispensabilidade. Interrogatório incompleto e deficiente. Arguição intempestiva. Ausência de quesitação sobre a participação de menor importância. Preclusão. Invocações improcedentes. Preliminares rejeitadas. .... 648

## L

**LATROCÍNIO**

- Regime prisional fechado — Progressão. Impossibilidade. Crime hediondo. .... 655

**LEASING**

- Veículo — Pagamento do valor residual antecipada e parceladamente. Operação correspondente a compra e venda. Contrato descaracterizado. Bem indispensável à atividade econômica do agravante. Reconhecimento. Permanência na posse. Liminar mantida. .... 479
- Veículo — Pagamento do valor residual antecipadamente. Descaracterização do pacto. Transformação em contrato de compra e venda a prestação. Ação reintegratória improcedente. .... 376

**LEGISLAÇÃO ESTADUAL****DECRETOS**

- N. 866/1996 — ..... 699

**LEIS**

- N. 6.710/1985 — ..... 258
- N. 6.843/1986 — Vide Estatuto da Polícia Civil do Estado de Santa Catarina.
- N. 7.588/1989 — Art. 2º ..... 340
- N. 7.802/1989 — Art. 10..... 340
- N. 10.789/1998 — Art. 27..... 258

**LEGISLAÇÃO FEDERAL****DECRETOS**

- N. 678/1992 — Vide Pacto de São José da Costa Rica.
- N. 57.595/1966 — Vide Lei Uniforme sobre o Cheque.
- N. 57.663/1966 — Vide Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias.



**DECRETOS LEGISLATIVOS**

|                |       |     |
|----------------|-------|-----|
| — N. 27/1992 — | ..... | 489 |
| — N. 55/1995 — | ..... | 445 |

**DECRETOS-LEIS**

|                   |                                         |                |
|-------------------|-----------------------------------------|----------------|
| — N. 911/1969 —   | .....                                   | 281, 364 e 440 |
| — N. 1.001/1969 — | Vide Código Penal Militar.              |                |
| — N. 1.002/1969 — | Vide Código de Processo Penal Militar.  |                |
| — N. 5.452/1943 — | Vide Consolidação das Leis do Trabalho. |                |

**LEIS**

|                   |                                                 |           |
|-------------------|-------------------------------------------------|-----------|
| — N. 4.215/1963 — | Vide Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. |           |
| — N. 4.591/1964 — | Art. 43 .....                                   | 168       |
| — N. 4.717/1965 — | Art. 6º, § 5º .....                             | 423       |
| — N. 4.728/1965 — | Vide Lei de Mercado de Capitais.                |           |
| — N. 4.886/1965 — | .....                                           | 159       |
| — N. 5.250/1967 — | Vide Lei de Imprensa.                           |           |
| — N. 6.099/1974 — | Art. 1º, parágrafo único .....                  | 479       |
|                   | — Art. 5º .....                                 | 479       |
|                   | — Art. 11, § 1º .....                           | 376 e 479 |
| — N. 6.368/1976 — | Vide Lei Antitóxicos.                           |           |
| — N. 7.209/1984 — | Vide Código Penal.                              |           |
| — N. 7.210/1984 — | Vide Lei de Execução Penal.                     |           |
| — N. 8.009/1990 — | Art. 3º, I .....                                | 333       |
| — N. 8.069/1990 — | Vide Estatuto da Criança e do Adolescente.      |           |
| — N. 8.072/1990 — | Vide Lei dos Crimes Hediondos.                  |           |
| — N. 8.078/1990 — | Vide Código de Defesa do Consumidor.            |           |
| — N. 8.137/1990 — | .....                                           | 719       |
| — N. 8.213/1991 — | Art. 55, § 2º .....                             | 336       |
| — N. 8.245/1991 — | Vide Lei do Inquilinato.                        |           |
| — N. 8.420/1992 — | Art. 31, parágrafo único .....                  | 159       |
| — N. 8.429/1992 — | .....                                           | 406       |
| — N. 8.906/1994 — | Vide Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. |           |
| — N. 8.971/1994 — | .....                                           | 286       |
| — N. 9.099/1995 — | Art. 89 .....                                   | 582 e 609 |
| — N. 9.278/1996 — | .....                                           | 286       |
| — N. 9.299/1996 — | .....                                           | 526       |
| — N. 9.313/1996 — | Art. 1º .....                                   | 223       |
|                   | — Art. 2º .....                                 | 223       |
| — N. 9.437/1997 — | Art. 10, caput .....                            | 566       |

- N. 9.455/1997 — ..... 569
- N. 9.503/1997 — Vide Código de Trânsito Brasileiro.
- N. 9.534/1997 — ..... 624
- N. 9.714/1998 — Vide Código Penal.

### **LEI ANTITÓXICOS (Lei n. 6.368/1976)**

- Art. 12..... 546, 569 e 660
- Art. 16..... 546, 569 e 629
- Art. 18, III..... 546
- Art. 38..... 546 e 629

### **LEI DE EXECUÇÃO PENAL (Lei n. 7.210/1984)**

- Art. 8º ..... 676
- Art. 66, III, b..... 655
- Art. 105..... 676
- Art. 111..... 676
- Art. 112..... 676
- Art. 197..... 658

### **LEI DE IMPRENSA (Lei n. 5.250/1967)**

- Art. 51..... 157
- Art. 53..... 157

### **LEI DE MERCADO DE CAPITAIS (Lei n. 4.728/1965)**

- Art. 66..... 440

### **LEI DO INQUILINATO (Lei n. 8.245/1991)**

- Art. 62, V ..... 192

### **LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (Lei n. 8.072/1990)**

- Art. 1º, II ..... 655
- Art. 2º ..... 655
- Art. 2º, § 1º..... 553, 569 e 660

### **LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS (Decreto n. 57.663/1966)**

- Art. 47..... 415

### **LEI UNIFORME SOBRE O CHEQUE (Decreto n. 57.595/1966)**

- Art. 38..... 153

### **LEIS COMPLEMENTARES**

- N. 55/1992 (Estadual) — Art. 17, § 1º ..... 706
- N. 100/1993 (Estadual) — ..... 699
- N. 156/1997 (Estadual) — Art. 35, i ..... 69 e 389

- N. 161/1997 (Estadual) — Art. 9º ..... 69 e 389

## **LESÃO CORPORAL CULPOSA**

- Acidente de trânsito — Concurso formal com homicídio culposo. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. .... 617

## **LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA**

- Vide Sentença.

## **LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ**

- Configuração — Multa aplicada. Adequação..... 364  
 — Inconfiguração — Procedimento do autor que não se ajusta em nenhuma das situações previstas no art. 17 do CPC. .... 274

## **LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO**

- Rescisão contratual — Instrumento misto envolvendo a aquisição de fração ideal de terreno e construção de imóvel por administração. Ausência da construtora na qualidade de litisconsorte necessária. Impossibilidade. Exegese do art. 47, parágrafo único, do CPC. Extinção do processo. Decretação. .... 205

## **LIVRAMENTO CONDICIONAL**

- Concessão — Inconformismo do assistente de acusação. Ilegitimidade. Caracterização. Sentença condenatória transitada em julgado. Recurso de agravo não conhecido. .... 658

## **LOCAÇÃO**

- Despejo — Falta de pagamento de parte dos alugueres. Comprovação. Mora intercorrente caracterizada. Circunstâncias justificadoras da procedência do pleito. .... 192

## **LUIS CARLOS CANCELLIER DE OLIVO (Dr.)**

- O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: A regulamentação das ADIns e ADCs pela Lei n. 9.868/99..... 43

## **M**

## **MACONHA**

- Vide Crime contra a saúde pública.

**MANDADO DE SEGURANÇA**

- Concurso público — Aprovação. Nomeação. Inexistência de direito líquido e certo. Mera expectativa de direito. Ordem denegada. 691
- Funcionário público — Teto salarial. Limite na remuneração de secretário de estado. Invocação do princípio da irredutibilidade de vencimentos. Impossibilidade. Aplicação do princípio da supremacia do interesse público. Denegação do writ. .... 699
- Impetração como ação de cobrança — Não conhecimento. Inteligência das Súmulas 269 e 271 do STF. .... 67
- Previdência social — Ipesc. Assistência médica. Supressão. Descabimento. Interpretação sociológica do respectivo regulamento. Ordem concedida. .... 696
- Veículo — Licenciamento deferido em 1996 e 1997 com débito de 1995. Exigência do pagamento deste para o licenciamento de 1998. Ilegalidade caracterizada. Remessa desprovida. .... 76

**MEDIDA CAUTELAR**

- Inominada — Afastamento liminar do prefeito municipal e do secretário de administração e finanças. Irregularidades em processos licitatórios. Constatação. Decisão inicial mantida. .... 454
- Inominada — Liminar. Pretendida exclusão do nome do devedor do registro do Serasa. Inviabilidade. Inexistência de arbitrariedade ou abuso de direito. Inteligência do art. 43, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor. .... 429

**MENOR**

- Ação de destituição do pátrio poder — Ajuizamento pelo Ministério Público. Legitimidade caracterizada. Exegese dos arts. 155 e 201, III, ambos do ECA. .... 121
- Ação de modificação de guarda — Criança que já vive sob a responsabilidade do avô materno. Admissibilidade. Desnecessidade do procedimento do contraditório quando acordes os genitores. Interesse do infante a ser preservado. Pleito procedente. .... 92
- Ação de verificação de situação irregular — Deficiência mental dos pais. Comprovação por exames psicossocial e psiquiátrico. Destituição do pátrio poder. Decretação. .... 81
- Destituição do pátrio poder — Negligência da mãe. Caracterização. Pleito ministerial procedente. .... 121

**MINISTÉRIO PÚBLICO**

- Ação civil pública — Interposição visando a assegurar a gratuidade de ingresso em eventos esportivos a aposentados e pensionistas. Ilegitimidade. Incomprovação do interesse social. .... 107

- Ação de destituição do pátrio poder — Ajuizamento pelo órgão do Parquet. Legitimidade caracterizada. Exegese dos arts. 155 e 201, III, ambos do ECA. .... 121

## **MULTA**

- Litigância de má-fé — Configuração. Pena pecuniária aplicada. Adequação. .... 364

## **MUNICÍPIO**

- Vide Pessoa jurídica de direito público.

# **N**

## **NARCOTRAFICÂNCIA**

- Vide Crime contra a saúde pública.

## **NOTA PROMISSÓRIA**

- Vide Cambial.

## **NULIDADE**

- Citação — Inocorrência. Comparecimento espontâneo que supre o ato citatório. Preliminar afastada. .... 389

## **NULIDADE (matéria penal)**

- Júri — Falta de intimação da defesa para o sorteio dos jurados. Dispensabilidade. Interrogatório incompleto e deficiente. Arguição intempestiva. Ausência de quesitação sobre a participação de menor importância. Preclusão. Invocações improcedentes. Preliminares rejeitadas. .... 648
- Júri — Julgamento. Eiva inócurrenre. Excesso doloso reconhecido pelos jurados. Pretendida quesitação sobre o excesso culpososo. Desnecessidade. Preliminar repelida. .... 576
- Processual — Ocorrência. Ausência de defensor na ouvida das testemunhas. Constatação. Cerceamento de defesa caracterizado. .... 511
- Sentença — Falta de fundamentação. Inocorrência. Decisão sucinta e objetiva. Preliminar repelida. .... 655
- Sentença — Inocorrência. Direito de recorrer em liberdade. Omissão. Irrelevância. Réu preso por força de flagrante. Preliminar repelida. .... 569

## P

### **PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (Decreto n. 678/1992)**

- Art. 7º, n. 7 ..... 489

### **PARTILHA**

- União concubinária — Cooperação indireta na formação do patrimônio. Comprovação. Direito à meação caracterizado. .... 286

### **PENA CRIMINAL**

- Adequação — Menoridade reconhecida. .... 592
- Crime contra a saúde pública — Tráfico de entorpecente. Substituição da pena de reclusão por restritiva de direitos. Impossibilidade. Inteligência da Súmula 171 do STJ. .... 553
- Crime contra a saúde pública — Valor do dia-multa. Atendimento aos parâmetros do art. 38 da Lei n. 6.368/76. .... 546
- Pena-base — Elevação. Circunstâncias negativas contra o réu. .. 637

### **PENA PECUNIÁRIA**

- Adequação — Reincidência. Inaplicabilidade da agravante na dosimetria. .... 532

### **PENHORA**

- Anulação — Execução fiscal. Embargos ofertados após nova e regular constrição. Possibilidade. Tempestividade reconhecida. .... 111
- Bem de família — Admissibilidade. Indenização por serviços domésticos prestados por concubina. Exegese do art. 3º, I, da Lei n. 8.009/90. .... 333
- Execução — Nomeação de bens. Recusa pelo credor. Pretendida substituição por outros de fácil conversão em numerário. Admissibilidade. Interpretação do art. 620 do CPC. .... 462
- Execução — Oferecimento de bens de difícil alienação. Recusa justificada. Existência de outros bens. Aplicação do art. 656, III, do CPC. .... 415
- Imóvel — Embargos de terceiro fundados em compromisso de compra e venda desprovido de registro imobiliário. Admissibilidade. Aplicação da Súmula 84 do STJ. .... 227
- Imóvel — Execução. Alienação do bem. Falta de inscrição da penhora no registro imobiliário. Fraude à execução inócorrente. Embargos de terceiro procedentes. .... 227

**PERDAS E DANOS**

- Ação cumulada com dissolução de sociedade comercial — Impossibilidade. Diversidade de ritos..... 320

**PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO**

- Estado — Ação ordinária. Fornecimento de medicamento essencial. Síndrome da imunodeficiência adquirida (aids). Contenção da progressão da moléstia. Pleito procedente. .... 223
- Município — Ação civil pública. Interposição contra ex-prefeito e ex-secretária da administração. Improbidade administrativa. Indemonstração. Pleito improcedente. .... 406
- Município — Ação de indenização interposta contra ex-prefeito. Reeleição deste no curso do processo. Conflito de interesses de autor e réu. Anulação parcial do processo. Nomeação de substituto legal para o município nesta demanda e prosseguimento do feito. .... 142
- Município — Custas processuais. Isenção..... 69 e 389
- Município — Licença. Serviço de transporte. Anulação pelo Judiciário. Perigo de dano à coletividade. Expedição de novo alvará com base na licença nula. Impossibilidade. Cassação do ato. Decisão mantida. .... 470

**PETIÇÃO INICIAL**

- Inépcia — Inocorrência. Falta de rigor técnico, observados porém os requisitos do art. 282 do CPC. .... 205

**POLÍCIA MILITAR**

- Crime praticado por militar contra civil — Competência da Justiça Estadual para o processamento e julgamento. Aplicação imediata da Lei n. 9.299/96. .... 526

**PORTE ILEGAL DE ARMA**

- Delito caracterizado — Arma municada levada embaixo do banco do automóvel, sem autorização legal. Condenação mantida. .... 566

**POSSESSÓRIA**

- Constituto possessório — Reintegração de posse. Interposição pelo promissário comprador. Recusa, pelo vendedor, em entregar o imóvel. Descumprimento da avença e reserva de usufruto. Matérias alheias ao procedimento possessório. Pleito deferido sob o rótulo de antecipação de tutela. Manutenção. .... 451
- Reintegração — Réu que adquiriu a posse em virtude de contrato particular de compra e venda. Esbulho não caracterizado. Necessidade de prévia rescisão do pacto. Carência da ação decretada. .. 176

- Reintegração — Veículo. Arrendamento mercantil. Pagamento do valor residual antecipadamente. Descaracterização do pacto. Transformação em contrato de compra e venda a prestação. Pleito improcedente. .... 376

## **PRAZO**

- Apelação — Procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude. Aplicação do art. 198, caput, II, da Lei n. 8.069/90. .... 78

## **PRECLUSÃO**

- Prova pericial — Quesitos parcialmente respondidos. Ausência de recurso. Preclusão configurada. .... 135

## **PREFEITO MUNICIPAL**

- Ação civil pública — Interposição contra ex-prefeito e ex-secretária da administração. Improbidade administrativa. Indemonstração. Pleito improcedente. .... 406
- Ação de indenização — Demanda interposta contra ex-prefeito. Reeleição deste no curso do processo. Conflito de interesses de autor e réu. Anulação parcial do processo. Nomeação de substituto legal para o município neste pleito e prosseguimento da ação. .... 142
- Medida cautelar inominada — Afastamento liminar do chefe do executivo municipal e do secretário de administração e finanças. Irregularidades em processos licitatórios. Constatação. Decisão inicial mantida. .... 454

## **PRESCRIÇÃO**

- Ação anulatória — Ato jurídico. Doação. Erro essencial sobre o objeto. Prescrição. Ocorrência. Inteligência dos arts. 86, 87 e 178, § 9º, alínea b, todos do CC. .... 330
- Representação comercial — Rescisão contratual. Indenização. Prescrição quinquenal prevista na Lei n. 8.420/92. Inocorrência. Representação regida pela Lei n. 4.886/65. .... 159

## **PRESCRIÇÃO CRIMINAL**

- Ocorrência — Extinção da punibilidade. Decretação. Aplicação do art. 109, VI, do CP. .... 617

## **PREVIDÊNCIA SOCIAL**

- Ipsc — Assistência médica. Supressão. Descabimento. Interpretação sociológica do respectivo regulamento. Segurança concedida. .... 696



**PRISÃO CIVIL**

- Alienação fiduciária em garantia — Busca e apreensão. Bem não localizado. Conversão em ação de depósito. Prisão civil. Indeferimento. Vedação constitucional. Decisão mantida. .... 440
- Depositário infiel — Medida ilegítima. Decretação nos casos de obrigação alimentar. Aplicação do art. 7º, n. 7, do Pacto de São José da Costa Rica, que derogou o art. 1.287 do CC. Ordem de habeas corpus concedida. .... 489
- Devedor fiduciante — Impossibilidade. Medida restrita às hipóteses previstas no art. 5º, LXVII, da CF. .... 364

**PRISÃO EM FLAGRANTE**

- Flagrante preparado — Inocorrência. Delito consumado. Inaplicabilidade da Súmula 145 do STF. .... 569
- Irregularidade do auto — Constatação. Ilegalidade da segregação. Relaxamento. .... 523

**PRISÃO PREVENTIVA**

- Decretação — Conveniência da instrução criminal. Decisão que não preenche os requisitos do art. 312 do CPP. Habeas corpus concedido. .... 497

**PROCESSO**

- Suspensão — Exceção de incompetência argüida. Decisão exarada no curso do lapso suspensivo. Possibilidade. Ausência de prejuízo às partes. .... 445

**PROCESSO CRIME**

- Suspensão — Apelante preso em flagrante e denunciado por outro delito. Descabimento do benefício. Exegese do art. 89 da Lei n. 9.099/95. .... 582
- Suspensão — Impossibilidade. Benefício cabível somente antes de prolatada a sentença condenatória. Exegese do art. 89 da Lei n. 9.099/95. .... 582
- Suspensão — Situação que não deve ser considerada como mau antecedente na aplicação da pena em outro feito. .... 609

**PROMESSA DE COMPRA E VENDA**

- Contrato — Rescisão. Instrumento misto envolvendo a aquisição de fração ideal de terreno e construção de imóvel por administração. Ausência da construtora na qualidade de litisconsorte necessária. Impossibilidade. Exegese do art. 47, parágrafo único, do CPC. Extinção do processo. Decretação. .... 205

**PRONÚNCIA**

- Habeas corpus — Prisão preventiva. Sentença provisional que manteve a segregação. Fundamentação. Desnecessidade. .... 505
- Habeas corpus — Sentença provisional com profunda incursão na prova e na matéria de direito. Incabimento. Decisão anulada. .... 505
- Homicídio — Habeas corpus. Ausência de defensor na ouvida das testemunhas. Constatação. Nulidade do processo. Cerceamento de defesa caracterizado. Ordem concedida. .... 511

**PROVA**

- Boletim de ocorrência — Presunção de veracidade. .... 96
- Documento em língua estrangeira — Tradução. Desnecessidade. Peça não-essencial ao feito. .... 445
- Emprestada — Admissibilidade. Colhimento mediante garantia do contraditório. .... 96
- Exame de DNA — Realização na fase recursal. Incolhimento. Presença de outros elementos probatórios para a formação de juízo seguro de convicção. .... 94
- Pericial — Impossibilidade de realização de exame constatada pelo perito judicial. Cerceamento não caracterizado. Preliminar rejeitada. .... 263
- Pericial — Quesitos parcialmente respondidos. Ausência de recurso. Preclusão configurada. .... 135
- Reexame — Pleito em sede de embargos declaratórios. Inviabilidade. .... 487

**PROVA CRIMINAL**

- Acareação — Indeferimento. Cerceamento de defesa incorrente. Providência facultativa ao prudente arbítrio do magistrado. .... 601
- Crime contra os costumes — Estupro. Prova duvidosa e ambígua. Absolvição decretada. Aplicação do art. 386, VI, do CPP. .... 614
- Depoimento de policiais — Valor probatório. .... 546
- Prova emprestada — Exame de sanidade mental realizado em outro processo. Utilização. Inadmissibilidade. Necessidade de novo laudo. .... 621
- Telefonema — Gravação de diálogo por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro. Legalidade. Inocorrência de ofensa ao direito à intimidade. Preservação do interesse da justiça e sobretudo da sociedade. .... 713

## R

**RECURSO**

- Agravo retido — Apreciação não requerida nas razões recursais. Não conhecimento. .... 114
- Apelação — Intempestividade. Exegese do art. 198, caput, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente. .... 78
- Embargos de declaração — Reexame da prova. Inviabilidade. Embargos rejeitados. .... 487

**RECURSO CRIME**

- Apelação — Interposição contra decisão do Tribunal do Júri. Admissibilidade. Conhecimento restrito aos motivos invocados na interposição. .... 637
- Apelação — Não conhecimento. Pleito intempestivo. .... 532

**RECURSO ESPECIAL**

- Habeas corpus — Trancamento da ação penal. Cobrança de emolumentos em valor excedente ao fixado no Regimento de Custas. Delito do art. 316, § 1º, do CP, não tipificado. Ordem concedida. Apelo provido. .... 719

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO**

- Prova criminal — Telefonema. Gravação de diálogo por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro. Legalidade. Inocorrência de ofensa ao direito à intimidade. Preservação do interesse da justiça e sobretudo da sociedade. .... 713

**REGIME CARCERÁRIO**

- Condenações diversas — Progressão de regime. Efeitos. Inteligência dos arts. 111 e 112, ambos da LEP. .... 676
- Execução penal — Manutenção de regime mais rigoroso do que o imposto na sentença, por falta de vagas no estabelecimento prisional. Impossibilidade. Ordem de habeas corpus concedida. .... 519
- Fechado — Progressão. Impossibilidade. Crime hediondo. .... 655
- Fechado — Progressão direta para o regime aberto. Impossibilidade. Requisito indemonstrado. Deferimento para o semi-aberto. Decisão mantida. .... 676

- Progressão — Tráfico de entorpecente. Pretendida substituição de pena reclusiva por restritiva de direitos. Impossibilidade. Delito considerado hediondo. .... 569
- Progressão — Tráfico de entorpecente. Pretendida substituição de pena reclusiva por restritiva de direitos. Impossibilidade. Delito considerado hediondo. Maioria de votos. .... 660

## REGISTRO CIVIL

- Exigência de pagamento — Crime de concussão caracterizado. Condenação mantida. .... 624

## REINTEGRAÇÃO DE POSSE

- Vide Possessória.

## REPRESENTAÇÃO

- Decadência — Inconfiguração. Demanda proposta no prazo estipulado no art. 103 do CP. .... 541
- Decadência — Inocorrência. Manifestação penal apresentada à autoridade competente no prazo legal. Preliminar repelida. .... 617

## REPRESENTAÇÃO COMERCIAL

- Rescisão contratual — Exclusividade de zona de atuação. Reconhecimento. Indenização devida de acordo com os períodos abrangidos pelas Leis ns. 4.886/65 e 8.420/92. .... 159

## RESPONSABILIDADE CIVIL

- Ação de reparação de dano — Acidente de trânsito. Culpa do preposto da ré. Demonstração. Pensão. Adequação. Recurso parcialmente provido. .... 96
- Acidente do trabalho — Indenização do direito comum. Culpa da empregadora. Caracterização. Pensão. Fixação. Critérios. Dano estético. Verba devida. Recurso parcialmente provido. .... 351
- Dano moral — Representação contra advogados. Falta de ética e patrocínio infiel. Não-demonstração. Repercussão na atividade profissional dos causídicos. Caracterização. Indenização devida. . 399
- Indenização — Acidente de trânsito. Colisão de caminhão do município em veículo com a porta aberta, de inopino. Culpa objetiva do ente público afastada. Pleito improcedente. .... 179
- Indenização — Acidente do trabalho. Deformidade permanente. Culpa da empresa. Demonstração. Dano estético e psicológico. Comprovação. Pensão vitalícia. Cabimento. Verba devida. .... 195
- Indenização — Acidente do trabalho. Morte por eletrocussão. Culpa solidária da empregadora e da empresa fornecedora de energia elétrica. Caracterização. Obrigação de indenizar. .... 128

- Indenização — Dano moral. Imputação, pela imprensa, de conduta irregular, desonrosa ou criminosa. Não-comprovação. Reparação devida. .... 157
- Indenização — Erro médico. Operação de obstrução das trompas uterinas sem o consentimento da paciente. Culpa grave. Verba devida. .... 271
- Indenização — Erro médico. Prescrição de medicamento a paciente alérgico. Morte por choque anafilático. Negligência caracterizada. Verba devida. .... 263
- Indenização — Veículo furtado. Venda efetuada por agenciador. Ilegitimidade passiva ad causam. Preliminar repelida. Ressarcimento devido. .... 323

## **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

- Indenização — Erro médico. Morte de paciente. Ato de preposto de fundação hospitalar. Responsabilidade solidária da administração pública. Exegese do art. 37, § 6º, da CF. .... 263

## **REVELIA**

- Contestação — Peça reputada inexistente. Apresentação sem procuração do advogado. Pluralidade de réus. Defesa apresentada por um deles. Efeitos da revelia incorrentes. Incidência do art. 320, I, do CPC. .... 293

## **ROUBO**

- Emprego de armas — Condenação alicerçada nas declarações das vítimas, no reconhecimento pessoal e fotográfico dos réus e na declaração do co-réu. Decisão mantida. .... 532

## **RUY SAMUEL ESPÍNDOLA (Dr.)**

- A constituição como garantia da democracia: o papel dos princípios constitucionais. .... 15

# **S**

## **SEGURO**

- Ação de cobrança — Capotagem de veículo. Perda total das mercadorias. Falta de previsão de cobertura na apólice securitária. Impedimento do pleito. Aplicação do art. 1.460 do CC. .... 183

**SENTENÇA**

- Erro material — Correção. Possibilidade. Aplicação do art. 463, I, do CPC. .... 389
- Fundamentação — Ausência. Inocorrência. Decisão que equacionou sucintamente todos os pontos da questão. .... 423
- Liquidação — Cálculo do contador. Índice de atualização monetária. Incorreção. Inocorrência. Atendimento ao disposto na Resolução n. 13/95 da Corregedoria-Geral da Justiça. .... 389
- Liquidação — Limites. Inteligência do art. 610 do CPC. .... 313

**SENTENÇA CRIMINAL**

- Correção após a publicação — Impossibilidade. .... 516
- Nulidade — Falta de fundamentação. Inocorrência. Decisão sucinta e objetiva. Preliminar repelida. .... 655
- Nulidade — Inocorrência. Direito de recorrer em liberdade. Omissão. Irrelevância. Réu preso por força de flagrante. Preliminar repelida. .... 569
- Pronúncia — Provisional que faz profunda incursão na prova e na matéria de direito. Incabimento. Decisão anulada. Ordem de habeas corpus concedida de ofício. .... 505

**SERVIDOR PÚBLICO**

- Vide Funcionário público.

**SINDICATO**

- Funcionários públicos — Contribuição sindical compulsória. Legalidade. Desconto obrigatório. Exegese do art. 8º, IV, in fine, da CF. . . 69

**SOCIEDADE COMERCIAL**

- Dissolução — Ação cumulada com perdas e danos. Impossibilidade. Diversidade de ritos. .... 320

**SOCIEDADE DE FATO**

- Dissolução — Alimentos. Indeferimento. Concubina que deixou de comprovar a necessidade de recebê-los. .... 286
- Dissolução — União concubinária reconhecida. Cooperação indireta na formação do patrimônio. Comprovação. Direito à partilha dos bens caracterizado. Pleito procedente. .... 286

**SONEGAÇÃO FISCAL**

- Vide Crime contra a ordem tributária.

## SÚMULAS

### SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

|               |     |
|---------------|-----|
| — N. 15.....  | 242 |
| — N. 84.....  | 227 |
| — N. 111..... | 242 |
| — N. 171..... | 553 |

### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

|               |     |
|---------------|-----|
| — N. 229..... | 351 |
| — N. 269..... | 67  |
| — N. 271..... | 67  |
| — N. 453..... | 585 |

### SURISIS

- Vide Suspensão condicional da pena.

### SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA

- Sursis — Indeferimento. Apelante que não preenche os requisitos do art. 77 do CP. .... 582

### SUSPENSÃO DO PROCESSO CRIME

- Vide Processo crime.

## T

### TÓXICO

- Vide Crime contra a saúde pública.

### TRÁFICO DE ENTORPECENTE

- Vide Crime contra a saúde pública.

### TRIBUTO

- ICMS — Cobrança antecipada. Legalidade. Exegese do Convênio n. 107/89 e da Emenda Constitucional n. 3/93. .... 251
- IPVA — Arguição de inconstitucionalidade. Inocorrência. Imposto instituído por norma com eficácia de lei complementar. .... 258

## V

**VEÍCULO**

- Arrendamento mercantil — Pagamento do valor residual antecipada e parceladamente. Operação correspondente a compra e venda. Contrato descaracterizado. Bem indispensável à atividade econômica do agravante. Reconhecimento. Permanência na posse. Liminar mantida. .... 479
- Arrendamento mercantil — Pagamento do valor residual antecipadamente. Descaracterização do pacto. Transformação em contrato de compra e venda a prestação. Ação reintegratória improcedente. .... 376
- Busca e apreensão — Bem indispensável ao trabalho. Comprovação. Mora elidida em ação consignatória. Manutenção da posse do bem até decisão final. Determinação. .... 432
- Consórcio — Quitação do bem. Indemonstração. Prisão civil do devedor. Impossibilidade. Medida restrita às hipóteses previstas no art. 5º, LXVII, da CF. .... 364
- Furtado — Venda efetuada por agenciador. Ressarcimento devido. Ilegitimidade passiva ad causam repelida. .... 323
- Licenciamento — Deferimento em 1996 e 1997 com débito de 1995. Exigência do pagamento deste para o licenciamento de 1998. Ilegalidade caracterizada. .... 76

**VÍCIO REDIBITÓRIO**

- Compra e venda — Contrato. Rescisão. Terreno de praia. Viabilidade para construção. Indeferimento pela municipalidade. Área de proteção permanente. Vício redibitório caracterizado. Pleito procedente. .... 147

**VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO**

- Inconfirmação — Crime em andamento. Diligência policial desacompanhada de mandado. Legitimidade. .... 569





Composição, revisão e paginação executadas  
pela Seção de Revisão  
da Divisão de Acórdãos e Publicações  
da Diretoria de Infra-Estrutura  
do Tribunal de Justiça.

### **Chefe de Divisão**

Idalete Souza

### **Chefe da Seção de Revisão**

Léa dos Santos Sousa

### **Composição**

José Tadeu de Miranda

### **Revisores**

Cleusa Maria de Souza  
Christiane Monique Callado Silva  
Eliane Cardoso de Melo  
Inge Ignez Ruschel Horn  
João Paulo da Silva  
Maria Fernandes Bez  
Paulo Guilherme Ruver  
Sandra Mello Bottaro Vieira  
Valmecir José de Souza  
Wânia Mara Valentim da Silva

### **Índice Numérico e Legislativo**

Jorge Silveira

### **Índice por Assunto**

Juvenaldo Zangelini

### **Editoração Eletrônica**

Léa dos Santos Sousa

Montagem, impressão e acabamento  
realizadas pela Divisão de Artes Gráficas,  
da Diretoria de Material e Patrimônio  
do Tribunal de Justiça.