

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 XXVI — 1º Trimestre 2001 — N. 93
Florianópolis — SC
2001

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

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA	V
--	---

MEMÓRIAS

Apresentação.....	3
Notas para a história do Tribunal de Justiça — Norberto Ulysséa Ungaretti, Desembargador aposentado	5
Desembargador João de Borba	19
Reminiscências — Protásio Leal Filho, Desembargador aposentado	23
De Magistrado — Leonardo Alves Nunes, Desembargador aposentado	29
Desembargador Hélio Veiga Magalhães.....	37
Desembargador Érico Borges	41
Desembargador Heliodoro Franzoi	45
Os órgãos de julgamento do Tribunal de Justiça — Tycho Brahe Fernandes Neto, Desembargador aposentado	47
A atual estrutura das Câmaras Cíveis do Tribunal — Des. João José Ramos Schaefer, 1º Vice-Presidente do TJSC	65

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Apelações Cíveis em Mandados de Segurança	73
Apelações Cíveis	93
Agravos de Instrumento.....	301
Agravos nos Agravos de Instrumento	344
Ação Rescisória.....	365
Embargos Infringentes.....	370
Embargos de Declaração	373

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Habeas Corpus.....	383
Recurso Criminal	400
Apelações Criminais.....	403
Conflito de Jurisdição	527
Mandado de Segurança	529
Recurso de Agravo.....	534

JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Habeas Corpus.....	539
--------------------	-----

JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Agravos de Instrumento	545
------------------------------	-----

VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recursos Especiais	557
Recursos Extraordinários	561

ÍNDICE NUMÉRICO.....	567
-----------------------------	------------

ÍNDICE POR ASSUNTO.....	573
--------------------------------	------------

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (setembro de 2001)

TRIBUNAL PLENO

Presidente

Des. Francisco XAVIER Medeiros VIEIRA

Primeiro 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. ALCIDES dos Santos AGUIAR — **Segundo Vice-Presidente**

Des. ALBERTO Luiz da COSTA

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA

Des. ANSELMO CERELLO

Des. GENÉSIO NOLLI

Des. JORGE MUSSI

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. José GASPAR RUBIK

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. 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

Des. VOLNEI Ivo CARLIN

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Des. VANDERLEI ROMER

Des. RUY PEDRO SCHNEIDER

Des. Luiz Carlos CERCATO PADILHA

ÓRGÃO ESPECIAL

Sessões: 1ª e 3ª quartas-feiras do mês — Horário: 9h às 12h, com reinício às 14h — Local: 10º andar

Des. Francisco XAVIER Medeiros VIEIRA — **Presidente**
Des. JOÃO JOSÉ Ramos SCHAEFER — **Primeiro Vice-Presidente**
Des. WILSON GUARANY Vieira — **Corregedor-Geral da Justiça**
Des. JOÃO MARTINS
Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO
Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR — **Segundo Vice-Presidente**
Des. ALBERTO Luiz da COSTA
Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA
Des. ANSELMO CERELLO
Des. GENÉSIO NOLLI
Des. JORGE MUSSI
Des. CARLOS PRUDÊNCIO
Des. José GASPAS RUBIK
Des. PEDRO MANOEL ABREU
Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

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: 2ª quarta-feira do mês — Horário: 13h30min — 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. 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. José MAZONI FERREIRA
Des. VOLNEI Ivo CARLIN
Des. LUIZ CEZAR MEDEIROS
Des. VANDERLEI ROMER
Des. RUY PEDRO SCHNEIDER*
Des. Luiz Carlos CERCATO PADILHA

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Sessões: 2ª quarta-feira do mês — Horário: 15h — Local: 10º andar

Des. JOÃO MARTINS — **Presidente**

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

Des. José GASPAR RUBIK

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. VOLNEI Ivo CARLIN

Des. LUIZ CEZAR MEDEIROS

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Sessões: 2ª quarta-feira do mês — Horário: 15h — Local: 4º andar

Des. PEDRO MANOEL ABREU — **Presidente**

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Des. Luiz Carlos CERCATO PADILHA

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Sessões: 2ª quarta-feira do mês — Horário: 15h — Local: 1º andar

Des. ANSELMO CERELLO

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. José MAZONI FERREIRA

Des. VANDERLEI ROMER

Des. RUY PEDRO SCHNEIDER*

PRIMEIRA CÂMARA CIVIL

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

Des. CARLOS PRUDÊNCIO — **Presidente**

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. RUY PEDRO SCHNEIDER*

SEGUNDA CÂMARA CIVIL

Sessões: segundas-feiras — Horário: 13h30min — Local: 2º andar

Des. ANSELMO CERELLO — **Presidente**

Des. José MAZONI FERREIRA

Des. VANDERLEI ROMER

TERCEIRA CÂMARA CIVIL

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

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI — **Presidente**

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

QUARTA CÂMARA CIVIL

Sessões: quintas-feiras — Horário: 14h — Local: 4º andar

Des. PEDRO MANOEL ABREU — **Presidente**

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. Luiz Carlos CERCATO PADILHA

QUINTA CÂMARA CIVIL

Sessões: quintas-feiras — Horário: 9h30min às 12h, com reinício às 14h —
Local: 1º andar

Des. JOÃO MARTINS — **Presidente**

Des. José GASPAS RUBIK

Des. VOLNEI Ivo CARLIN

SEXTA CÂMARA CIVIL

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

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO — **Presidente**

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

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. GENÉSIO NOLLI

Des. JORGE MUSSI

Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA

Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE

Des. SOLON D'ÊÇA NEVES

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

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. João Eduardo de SOUZA VARELLA

Des. SOLON D'ÊÇA NEVES

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

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

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

Des. JORGE MUSSI

Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

Sessões: quintas-feiras — Horário: 9h — Local: 4º andar

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Dr. NILTON João de MACEDO MACHADO

Dr. ELÁDIO TORRET ROCHA

Dr. JAIME RAMOS

JUÍZES DE DIREITO SUBSTITUTOS DE SEGUNDO GRAU

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

Dr. WILSON Augusto do NASCIMENTO

Dr. SÉRGIO Roberto Baasch LUZ

Dr. JAIME RAMOS

Dra. MARIA DO ROCIO Luz SANTA RITTA

JUÍZES CORREGEDORES

Dr. NICANOR CALÍRIO DA SILVEIRA

Dr. TULIO JOSÉ MOURA PINHEIRO

Dr. ROBERTO LUCAS PACHECO

DIRETOR-GERAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dr. PERIANDRO ALVES BALBINO

DIRETOR ADJUNTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dr. ARI DORVALINO SCHÜRHAUS

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

Dr. José Antônio TORRES MARQUES — Des. RUY PEDRO SCHNEIDER

MEMÓRIAS

APRESENTAÇÃO

A Comissão Organizadora das comemorações dos 110 anos de instalação do Tribunal de Justiça convidou os Desembargadores aposentados a prestarem depoimento sobre sua atividade judicante.

Não foram muitos, na verdade, os magistrados que atenderam ao convite.

Mas o material recolhido é rico e resgata sem dúvida passagens significativas ou meramente pitorescas da vida do Tribunal ou com o registro da experiência de cada um no mister de julgar e sua visão sobre colegas ou acontecimentos da história da Justiça Catarinense.

O Desembargador Ungaretti foi a antigos autos, despachos, diplomas legais ou atos administrativos na busca de um retrato dos primeiros passos do Tribunal. Relata sua formação, o perfil dos que o integraram de início, de como se desenvolviam suas relações com o Poder Executivo, das dificuldades financeiras então já vividas e traça, em cores vivas, o sentido de independência presente na história da Corte.

Os Desembargadores João de Borba e Protásio Leal falam do caminho que percorreram, o primeiro no Tribunal, oriundo da advocacia, pelo quinto constitucional, lembrando figuras e fatos de um período relativamente recente e extremamente marcante na história do Tribunal e o Des. Protásio conta dos problemas que enfrentavam os juízes da região Oeste naqueles tempos de deficiência das vias de transporte e de comunicações e da intolerância política então reinante, que ele próprio superou em muitos episódios com admirável habilidade e simplicidade. Sua prosa é extremamente cativante, retratando bem o jeito de ser da valorosa população do Oeste do Estado.

O Desembargador Leonardo Alves Nunes evoca magistrados que o impressionaram, como o Desembargador Marcílio Medeiros, por sua operosidade, cultura jurídica e exemplo de honradez e probidade, a reconhecida bonomia do Des. Waldyr Taulois, o idealismo de Guido Schreiner Pereira e outros, juízes cada um com seu temperamento, mas todos profundamente dedicados a seu ofício, enriquecendo sobretudo a magistratura catarinense com exemplos admiráveis de comportamento humano e profissional.

Os Desembargadores Hélio Magalhães, Heliado Franzoi e Érico Borges discorrem sobre sua passagem por diversas Comarcas, reconstituindo episódios do trabalho que desenvolveram em diversos pontos do Estado e manifestando opiniões sobre fatos e personagens da magistratura.

Os testemunhos e depoimentos prestados compõem um mosaico que bem retrata as dificuldades, as conquistas, os valores e os ideais do magistrado catarinense, importante personagem da história do nosso Estado.

Estrutura Organizacional do Tribunal

Consideramos, de outro lado, relevante divulgar-se a estrutura dos órgãos do Tribunal ao longo de sua história até os dias presentes.

Fomos buscar, na obra “História do Judiciário Catarinense”, de autoria do Des. Tycho Brahe Fernandes Neto, o capítulo “23. Os órgãos de julgamento do Tribunal de Justiça”, que retrata a evolução da estrutura da Corte de 1891 até 1989 e convidamos o 1º Vice-Presidente Des. João José Ramos Schaefer para descrever a estrutura atual, decorrente do Ato Regimental n. 41/2000, de agosto do ano passado, que instituiu novas Câmaras Cíveis, implantou a especialização na área cível e criou a Câmara Cível Especial (de Agravos), estando os dois textos logo em seguida ao depoimento de Desembargadores.

A Comissão Organizadora dos festejos dos 110 anos de instalação do TJSC:

Des. Solon D’Eça Neves, Presidente

Juiz Nelson Schaefer Martins

Juiz José Antônio Torres Marques

NOTAS PARA A HISTÓRIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desembargador Norberto Ulysséa Ungaretti

A instalação

A Câmara Municipal de Florianópolis é seguramente a instituição catarinense que há mais tempo funciona no mesmo prédio, o qual lhe foi entregue em dezembro de 1780. Conta, portanto, a idade de 221 anos, a completar-se daqui a dois meses, o velho casarão da Praça XV de Novembro esquina com a Rua Tiradentes, no coração de Florianópolis.

Ali realizavam-se as grandes solenidades do Desterro, inclusive a posse dos Presidentes da Província, quando em recesso a Assembléia Legislativa, e como este recesso durava a maior parte do ano, era quase sempre perante os Vereadores desterrenses que prestavam compromisso os titulares do governo provincial.

Ali funcionou, em seus primórdios, a referida Assembléia Legislativa instalada em 1835.

Foi também ali que, pela uma hora da tarde do dia 1º de outubro de 1891, realizou-se a solene instalação do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, então denominado Superior Tribunal de Justiça, com o que nos libertávamos do Tribunal da Relação do Rio Grande do Sul, ao qual estivéramos até então jurisdicionados.

Presidiu o ato o Governador em exercício, Cel. Gustavo Richard. Procedendo-se naquela oportunidade à eleição do Presidente, e tendo sido eleito o Desembargador José Roberto Vianna Guilhon, assumiu este, desde logo, a presidência do Tribunal e daquela sessão.

Eram cinco os Desembargadores, sendo os outros os Drs. Francisco Machado da Cunha Beltrão, Edelberto Licínio da Costa Campello, José Elysio de Carvalho Couto e Domingos Pacheco d'Ávila, todos Juízes de Direito.

Nenhum era catarinense, mas dois deles, os Desembargadores Guilhon e Pacheco d'Ávila aqui se radicaram e deixaram numerosa descendência¹. O Desembargador José Elysio faleceu logo depois, ou seja, em 1892. Consta de uma ata que o Presidente do Tribunal retirou-se porque foi chamado a assistir os últimos momentos daquele colega.

À solenidade assistiram as mais altas autoridades estaduais, entre elas o Presidente do Congresso (a Assembléia Legislativa), Deputado Francisco Tolentino Vieira de Souza, advogado brilhante, que seria mais tarde Deputado Federal, marcando assinalada presença nos trabalhos de elaboração legislativa do Código Civil.

Foi ele um dos oradores que na ocasião se fizeram ouvir, sendo proferidos discursos também pelo presidente do Tribunal, pelo Governador do Estado e pelo Juiz Federal, Dr. Cândido Valeriano da Silva Freire, primeiro Juiz Federal em Santa Catarina, funções que por longos anos exerceu.

Esteve ausente da solenidade o Desembargador Domingos Pacheco d'Ávila, que se encontrava enfermo. Assim, somente assumiu seu cargo dias depois, ou seja, a 6 de outubro, entrando imediatamente em licença para tratamento de saúde, o mesmo acontecendo, ainda naquele mês de outubro, com o Desembargador Francisco Machado da Cunha Beltrão².

“Lauta mesa de doces”

Hoje quase ninguém sabe o que significa o adjetivo “lauto”. Não, certamente, os que, como o autor destas linhas, viveram a imprensa das décadas de 50 e 60. “O(a) aniversariante ofereceu às pessoas que foram cumprimentá-lo(a) uma lauta mesa de doces e guaraná” — assim, invaria-

1 *Vários familiares do Des. Vianna Guilhon pertenceram ou pertencem à magistratura. Foi seu genro o Des. Sálvio de Sá Gonzaga. Foi seu neto o Des. Ivo Guilhon Pereira de Mello. É seu bisneto o Min. Hélio de Mello Mosimann. São seus trinetsos os Drs. Ronaldo e Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, ambos Juízes de Direito da comarca da Capital. A descendência do Des. Pacheco d'Ávila é pequena. Um de seus netos, Dr. Carlos Armando d'Ávila dos Santos, integra o Ministério Público, estando hoje aposentado. Ainda a propósito do primeiro Presidente do nosso Tribunal de Justiça, é interessante assinalar que, sendo natural do Maranhão, veio para Santa Catarina em busca de recursos para moléstia de que sofria (conhecida popularmente como beri-beri). A informação foi-nos pessoalmente prestada por uma sua neta, a saudosa d. Alice Gonzaga Petrelli.*

2 *É em homenagem a este Desembargador o nome do conhecido município paranaense de Francisco Beltrão. Ele também foi magistrado no vizinho Estado.*

velmente, os redatores dos jornais locais redigiam as notícias de aniversário. Às vezes, a pessoa estava até viajando... mas não escapava do “clichê”... O adjetivo, segundo mestre Aurélio, significa suntuoso, magnificente, abundante, opíparo. Mas não chegava a dizer tanto, na linguagem padronizada que prestigiou o hoje ignorado adjetivo. Abundância, fartura, variedade, era a isto que se queria referir quando se falava em “lauta mesa de doces”, expressão, aliás, que ninguém usava na linguagem coloquial e era, portanto, apenas empregada por escrito, ou então, em discursos.

Pois foi uma lauta mesa de doces, segundo a ata de instalação do Tribunal, o que se seguiu à solenidade daquela tarde de 1º de outubro de 1891, oferecida pelo Presidente Des. Vianna Guilhon, na sua própria residência e seguramente às suas custas. Não faltaram, inclusive, os indefectíveis brindes. Os brindes (saudações) eram dos costumes da época. Todo mundo brindava a todo mundo, uma troca de gentilezas feita com retórica e algum líquido, espirituoso (chamava-se “espirituosas” às bebidas alcoólicas) ou não. O dono da casa e da festa, ou seja, o Presidente Des. Guilhon, o Superior Tribunal de Justiça, o Dr. Lauro Müller, o Cel. Gustavo Richard, a imprensa, o Congresso Representativo e diversos cidadãos, conforme informa a imprensa da época, foram homenageados com os brindes e “calorosos vivas”. O último coube ao Governador do Estado em exercício, Cel. Gustavo Richard (Richard, com acento tônico na última sílaba, e não Richard, com acento tônico na primeira sílaba, à moda inglesa, conforme se costuma pronunciar este nome em Florianópolis: aquele ilustre homem público, que mais tarde governou o Estado em caráter efetivo, era filho de franceses) e foi dirigido “ao Generalíssimo Presidente da República”³.

Os primeiros substitutos

A licença para tratamento de saúde pedida, como visto, logo em seguida à instalação do Tribunal, pelos Desembargadores Pacheco d’Ávila e Machado Beltrão, determinou a convocação de substitutos. Foram eles os Drs. Pedro dos Reis Gordilho, Juiz de Direito da Capital (havia um só Juiz na Capital) e Antonio Geraldo Teixeira, Juiz de Direito de São José. Ambos chegaram a Desembargador.

3 “República”, ed. de 2 de outubro de 1891, coleção da Biblioteca Pública do Estado.

O primeiro Procurador-Geral

Naquela época, confundiam-se as funções de Procurador-Geral do Estado e Procurador-Geral de Justiça, tal, aliás, como aconteceu até poucos anos atrás. O cargo recebia um nome pomposo: Procurador da Soberania do Estado, e seu titular deveria ser obrigatoriamente um Desembargador. Foi ele o Desembargador Edelberto Licínio da Costa Campello. Cabe-lhe a honra de ter sido o primeiro chefe do Ministério Público de Santa Catarina. Isto não significa, por óbvio, que antes não havia Promotores Públicos. Mas a chefia da instituição era pela primeira vez objeto de expressa disposição legal⁴.

Os primeiros catarinenses no Tribunal

Os primeiros catarinenses nomeados Desembargadores foram o Bacharel José Ferreira de Mello e o Dr. Genuíno Firmino Vidal Capistrano, o primeiro, de tradicional família de São José, e o segundo, da Capital. A diferença que aí ficou estabelecida entre a designação do primeiro como Bacharel e a do segundo como Doutor, tem a sua razão de ser. É que em todos os atos de nomeação de Desembargadores o nomeado era designado como Bacharel e não como doutor. Naquele tempo, quem se formava em Direito e pretendia o título de Doutor tinha que defender tese. Aliás, em medicina também. Sucede que o Dr. Genuíno Firmino Vidal Capistrano foi o primeiro catarinense a conquistar o título de doutor (doutor de borla e capelo, como se dizia, para distinguir dos que eram simplesmente bacharéis), tendo-se formado pela tradicional Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em São Paulo. Ele era muito cioso disto, e chegou a chamar a atenção do escrivão do Tribunal, lavrando, nos autos de um processo, o seguinte despacho: “Depois do tratamento de Desembargador e antes do meu nome, coloque o meu grau científico — Dr. — assim como d’ora avante nos mais termos e atos que me forem referentes”. O que tudo, naturalmente, se cumpriu na forma recomendada⁵.

4 *Decreto n. 104, de 19 de agosto de 1891, art. 14. O Des. Costa Campello era pernambucano, natural da cidade do Recife. Judicou em São José e Curitiba. A imprensa local, quando de sua nomeação para o cargo de Desembargador e, no mesmo ato, de Procurador da Soberania do Estado, fazendo-lhe o elogio, recordou episódio no qual, sendo ele juiz de São José, e tendo ali ocorrido uma fuga de presos, efetuou pessoalmente “a prisão de perigoso delinqüente”, e isto “quanto todos se acautelavam dos presos que fugiam”.*

5 *O Des. Genuíno Firmino Vidal Capistrano foi figura de destaque na sociedade e na vida cultural de Florianópolis, onde nasceu. Foi casado, em primeiras núpcias, com a viúva do herói da Guerra do Paraguai Cel. Fernando Machado, de quem não houve descendência.*

Os primeiros funcionários

O primeiro funcionário do Tribunal a assumir suas funções foi o Secretário, sendo ele Leonardo Jorge de Campos, que era até então titular da serventia vitalícia do 2º Ofício de Tabela do Público, Judicial e Notas da comarca da Capital, cargo do qual pediu demissão para assumir o de Secretário do Tribunal. Neste sentido, dirigiu-se na véspera da instalação do Tribunal, ou seja, a 30 de setembro, ao Governador do Estado, comunicando que aceitava a nomeação para Secretário do Superior Tribunal de Justiça (foi este, vale recordar, o primeiro nome do nosso Tribunal), em razão do que deixava a serventia vitalícia de que era titular. Se se arrependeu, ninguém sabe. O que se sabe é que, hoje, ninguém ouaria...

No dia 2 de outubro assumiam os demais funcionários: o escrivão Joaquim Pinto de Lemos, o porteiro João Secundino Peixoto e o contínuo Manoel Cândido de Abreu. Somente no final do mês, isto é, a 30 de outubro, foi que tomou posse o quarto servidor, o oficial de justiça João Antônio de Almeida. E eram estes quatro todo o corpo funcional do Tribunal de Justiça.

O primeiro processo e uma curiosa arguição de nulidade

O processo cível mais antigo que se encontra nos arquivos do Tribunal é da comarca de São Bento do Sul, com sentença proferida pelo então Juiz da Comarca e agora Desembargador Domingos Pacheco d'Avila.

Os advogados para a apelação foram o já citado Francisco Tolentino Vieira de Souza e Arthur Ferreira de Mello, ambos provisionados, po-

Partiu dele a sugestão para a mudança do nome da capital do Estado de Desterro para Florianópolis. A idéia, hoje por muitos contestada, foi, entretanto, recebida, à época, com grande entusiasmo, pelo que mereceu plena aprovação do Governador Hercílio Luz e da Assembléia Legislativa, além de manifestações favoráveis de Câmaras Municipais do interior do Estado. Os estudiosos da história catarinense até hoje se dividem quanto a ter Floriano Peixoto dado ou não seu assentimento à brutal repressão que aqui desencadeou o Cel. Moreira César contra adversários políticos e que acabou atingindo também pessoas sem nenhum envolvimento com os acontecimentos. O respeitado historiador Carlos da Costa Pereira, por exemplo, "absolvía" Floriano, enquanto o não menos respeitado historiador Oswaldo Rodrigues Cabral "condenava". Aliás, vale a pena ler-se, a propósito, o prefácio que o segundo escreveu para o livro póstumo do primeiro sobre os primeiros tempos da República em Santa Catarina, além de tudo um belo texto literário, repassado de admiração pelo erudito historiador francisquense e evocativo do movimento cultural da Capital do Estado e de suas principais figuras (na área da pesquisa histórica, principalmente) nas décadas de 40 e 60.

is eram poucos os advogados formados. Os dois produziram bons trabalhos, mas o primeiro limitou-se a enriquecer suas razões com a citação de Coelho da Rocha, enquanto o segundo invocou a opinião não apenas do mesmo Coelho da Rocha, mas também de Corrêa Telles, Lobão, Mello Freire, Savigny, Pimenta Bueno e ainda o Código da Baviera, o que não foi suficiente, entretanto, para impedir a derrota de seu cliente.

Curioso é que, no recurso, a primeira nulidade suscitada envolvia a alegação de que a audiência foi aberta sem o toque da campainha, “como manda a respectiva Ordenação em vigor”... Nulidade rejeitada. Ainda bem...

A primeira provisão para advogar

Como já ficou dito, quase não havia aqui advogados formados, pelo que era comum a figura do advogado provisionado, ou seja, aquela pessoa que, mediante um exame, recebia provisão para advogar, provisão esta passada pelo Tribunal, perante o qual eram feitas as provas de habilitação.

O primeiro a receber carta de provisionado no Tribunal catarinense foi o lagunense Ovídio José da Rosa, que foi também Deputado Estadual e era homem de boa cultura jurídica, conforme se vê de seus arrazoados.

Interessante é que a promessa feita por ele, ao receber sua carta de provisão, foi praticamente a mesma que faziam e ainda fazem os magistrados ao assumir suas funções. Foram as seguintes as palavras que proferiu: “Por minha honra e pela Pátria prometo preencher com toda (ilegível) e escrupulo os deveres inerentes ao cargo de Advogado Provisionado, emvidando nesse empenho quanto em mim couber a bem do Estado e dos meus concidadãos”.

A primeira correspondência

A primeira correspondência expedida pelo Tribunal está datada do mesmo dia da sua instalação, ou seja, 1º de outubro de 1891, e é um ofício dirigido pelo Desembargador Presidente ao Governador do Estado em exercício, Cel. Gustavo Richard, comunicando-lhe a instalação do Superior Tribunal de Justiça, instalação, entretanto, à qual o próprio Governador

dor presidira, conforme já vimos. Não deixa de ser curioso, mas são exigências protocolares e burocráticas.

Soa estranho também, mas era do estilo da época, o fecho do referido ofício: “Aproveitando a oportunidade apresento-vos os meus protestos de alta consideração, pondo à vossa disposição todos os meus serviços, quer públicos, quer particulares, no que sou acompanhado pelos meus colegas”. Isto de colocar à disposição do destinatário do ofício todos os serviços, públicos e particulares, e ainda ser acompanhado em tal oferta por todos os colegas Desembargadores, seria hoje considerado o máximo da bajulação, tangenciando o ridículo, mas naquele tempo era apenas uma fórmula de cordialidade, usada por todos em correspondências do gênero. E no arremate, os votos que, depois da proclamação da República, passaram a ser de obrigação (embora não no sentido legal, claro) em todos os ofícios trocados entre autoridades de qualquer nível: “Saúde e fraternidade”.

A Biblioteca: os primeiros livros

As primeiras semanas de funcionamento do Tribunal foram consumidas nos trabalhos de organização da casa, surgindo então complicadas questões de competência, sobre as quais adiante se falará. A todas essas, entretanto, cuidava-se de elaborar uma lista dos livros que deveriam ser comprados para a biblioteca. Imagino que tivessem sido recolhidas sugestões dos Desembargadores, ou um deles houvesse recebido o encargo de relacionar as obras a serem adquiridas, matéria, entretanto, de que não se ocupam as atas referentes às sessões daqueles dias. Menos de dois meses depois da instalação do Tribunal, ou seja, a 24 de novembro, o Presidente dirigia um ofício ao Governador do Estado, pedindo que fosse providenciada a aquisição “dos livros mais precisos”, e os mencionava, um a um, com o respectivo autor e o preço correspondente. Graças a estes detalhes, hoje impensáveis, ficamos sabendo — e na suposição de que o pedido tenha sido atendido — quais foram os primeiros livros que constituíram o acervo da Biblioteca, desde 1985 denominada “Desembargador Marcílio Medeiros”, em justa homenagem prestada àquele digno magistrado, por ocasião de sua aposentadoria.

O ofício tem a seguinte breve redação: “Passo às vossas mãos a relação dos livros mais precisos no Superior Tribunal de Justiça, afim de providenciardes sobre a compra deles. Saúde e fraternidade”.

Eis a interessante relação: 1. Legislação; 2. “Dicionário jurídico”, por Pereira e Souza; 3. “Código Philippino”, por Cândido Mendes; 4. “Auxiliar jurídico”, pelo mesmo — 40.000 (4); 5. “Código de Processo Criminal”, anotado por Paula Pessoa — 16.000; 6. “Código Comercial”, última edição, anotado por Orlando — 10.000; 7. Regimento de custas — 1.000; 8. Regulamento do selo — 1.000; 9. “Reforma judiciária”, por Paula Pessoa — 10.000; 10. “Ofícios de Justiça”, por Tavares Bastos — 16.000; 11. “Processo civil”, por Ribas — 26.000; 12. “Teoria e prática do processo civil”, por Paula Batista — 16.000; 13. “Repertório das incompatibilidades”, por Salvador Pires de Carvalho e Albuquerque — 6.000; 14. “Consolidação das Leis Civis”, por Teixeira de Freitas — 20.000; 15. “Consolidação do Processo Criminal”, por Araripe — 10.000; 16. “Consolidação das Leis da Provedoria”, por Ferreira Alves — 10.000; 17. “Guia prático dos tabeliães”, por Oliveira Machado — 12.000; 18. “Primeiras linhas sobre o processo civil”, de Pereira e Souza, anotado por Teixeira de Freitas — 20.000; 19. “Primeiras linhas sobre o processo orphanológico”, de Pereira de Carvalho, anotado por Dídimo — 12.000; 20. “Livro de terras”, por Vasconcelos — 12.000; 21. “Tratado dos testamentos e sucessões”, de Gouvêa Pinto, anotado por Macedo Soares — 14.000 e, finalmente, 22. “Prática dos agravos”, por Oliveira Machado — 7.000. Total: 259.000 réis.

Hoje não se tem noção do que seriam 259.000 réis, mas para se fazer uma idéia, basta dizer que, em todo o mês de outubro, o Tribunal gastou, com as despesas de expediente e limpeza, exatos 45.000 réis. O custo de vinte e duas obras para a biblioteca ser quase seis vezes maior do que o dispêndio mensal com expediente e limpeza (“asseio”, como se dizia), é uma curiosidade histórica, sem nenhuma aproximação, sequer remota, com a proporção existente, em nossos dias, entre tais despesas.

Problemas de verbas

E já que mencionamos alguma coisa sobre custos, é oportuno dizer que o Tribunal não dispunha de nenhuma autonomia financeira. Tudo que envolvesse gastos tinha de ser pedido ao Governador, como se acabou de ver com a aquisição dos primeiros livros para a biblioteca. No começo, houve dificuldades e desencontros de natureza burocrática. O Governo Federal, por meio do Ministério da Justiça, repassava recursos para o custeio do aparelho judiciário. Depois é que as verbas estaduais passa-

ram a suportar tais encargos. E nem sempre havia boa vontade para resolver os assuntos.

Em 25 de novembro, o Presidente do Tribunal mandou ao Governador o seguinte ofício: “Remeto-vos as contas juntas das despesas feitas com um servente a 25\$000 mensais, e das do expediente e asseio do Tribunal, relativas ao mês passado, na importância de 45\$000, para providenciardes sobre o pagamento delas”. É de se supor que para a despesa de pessoal houvesse recursos já utilizados, faltando apenas o correspondente ao ordenado do servente, ou então, além do contínuo Manoel Cândido de Abreu, que havia sido nomeado com os demais funcionários, fora necessário contratar um outro. Alguma explicação deve haver, afinal, para o fato de o Presidente haver encaminhado ao Governador pedido de verba de pessoal apenas para pagar os 25\$000 vencidos pelo servente. Isto, entretanto, significa detalhe sem maior importância.

O fato é que o Governador Lauro Müller (que reassumira seu cargo dias antes, ou seja, a 13 de novembro; por isso, por estar ele de licença é que foi o Vice-Governador, no exercício do Governo, Cel. Gustavo Richard, quem presidiu a solenidade de instalação do Tribunal), mandando aquele expediente à informação pela Tesouraria da Fazenda, esta lavrou um **não** que teria criado difícil situação, não fora estar o Governador imbuído do melhor espírito de resolver o problema. “As contas juntas — disse o praticante J. Pedro Duarte Silva ao seu chefe Couto, que com ele concordou — penso que não podem ser pagas por conta dos cofres da Tesouraria enquanto não tiver solução o final do ofício dirigido ao Min. da Justiça, em 20/10, sob n. 6”. Ao Governador, porém, acudiu esta pergunta elementar: e será que não tem um resto de verba, daquela vinda do Governo Federal, capaz de suportar a despesa? Assim, despachou: “Volte à Tesouraria da Fazenda para, em vista de sua informação, mandar verificar e informar se o saldo do crédito distribuído pelo Ministério da Justiça comporta o pagamento reclamado”. Cumprido o despacho, veio a informação: “Informando sobre o assunto do presente ofício, cabe-me dizer que o saldo do crédito distribuído à verba Justiça dos Estados, comporta a despesa”. Já se estava, a esta altura, no dia 6 de fevereiro de 1892, e o pobre do servente a esperar seu ordenado desde o final de novembro, pelo seu trabalho em outubro... Demorou tanto a solução do problema, que o Governador Lauro Müller foi substituído no Governo por uma Junta Governativa, que foi quem acabou mandando pagar o devido ao Tribunal.

Um redator à moda antiga

Nunca se saberá, certamente, quem foi o autor da proeza. Mas o fato é que, em determinado momento, o redator da correspondência do Tribunal passou a usar uma grafia mais que ultrapassada. No português antigo, quando havia duas consoantes dobradas, ou melhor dizendo, duas letras “s”, seguindo-se uma a outra, costumava-se substituir a primeira por um “f”, embora sem alteração da pronúncia. Nos primeiros ofícios, isto não ocorreu, mas nos que foram expedidos a partir de 25 de novembro, deparamo-nos com tal vetusto modo de escrever. Deste modo, passou está escrito “pafsou”, assumiu vem como “afsumiu”, vosso aparece como “vofso” e assim por diante. Até em nomes próprios observava-se este antiqüíssimo e desusado costume, como no ofício em que a Junta Governativa comunicava a nomeação, para Promotor Público de Laguna, do Bel. Carlos Augusto Guimarães “Pafsos” (Passos). Mas como este ofício foi expedido, como dito, pela Junta Governativa do Estado, ou seja, por alguém do Palácio do Governo, diga-se em abono do nosso vetusto escrivão, que ele não estava sozinho em tão extremada fidelidade a velhas usanças lingüísticas. Uma coisa é certa: o Des. Vianna Guilhon não era de todo infenso àquele modo de escrever há muito ultrapassado, pois, afinal, era ele quem assinava... E cá pra nós: havia certo charme no escrever-se “afsim”...

Problemas de competência

Interessantes são os problemas de competência que surgiram logo depois da instalação do Tribunal. Não competência no sentido jurisdicional, mas do ponto de vista da administração da Justiça. Não havia, com a desejável precisão, a necessária delimitação de atribuições entre o Presidente do Tribunal e o Governador do Estado no que se refere à concessão de licenças, por exemplo, aos magistrados. Nesta parte, na verdade, a confusão era total. Os próprios magistrados não sabiam bem a quem dirigir-se, e às vezes, por via das dúvidas, dirigiam-se às duas autoridades, no que procediam avisadamente, atentos ao velho brocardo romano segundo o qual *quod abundat non nocet*.

Assim, por exemplo, logo na segunda semana de funcionamento do Tribunal, o Des. Machado Beltrão requereu vinte dias de licença ao Presidente, que as concedeu e desta concessão fez ciente, por ofício, o Governador. Mas o Des. Pacheco d’Ávila, também necessitando tratar da

saúde, pediu a licença ao Governador, que a concedeu, fazendo, por sua vez, a devida comunicação ao Presidente do Tribunal. Daí que o Presidente do Tribunal comunicou ao Governador que aqueles dois magistrados tinham entrado no gozo das licenças “que por vós e por mim lhes foram concedidas” (ofício de 15 de outubro de 1891). Quer dizer: todos concediam a todos a mesma coisa... E depois um comunicava ao outro...

Mas esta confusão registrou-se só no começo. Depois prevaleceu o entendimento de que a competência para conceder licença aos magistrados era do Governador, e este fazia ao Presidente a respectiva comunicação.

Não se deduza de tais práticas que o Tribunal se submetesse ao Governo. Muito pelo contrário. Aliás, o conhecido episódio da dissolução do Tribunal pelo Governador Tte. Manoel Joaquim Machado, em ato truculento que importou, inclusive, ficarem os Desembargadores em disponibilidade sem vencimentos durante um ano, até que o Governador Hercílio Luz, em seu primeiro governo, recolocou as coisas em seu lugar, inclusive mandando pagar aos que foram vítimas da arbitrariedade o salário que lhes era devido, foi resultado da firmeza e independência com que o Tribunal exercia suas funções, concedendo *habeas corpus* a inimigos políticos do Governador⁶.

Prova de que o Tribunal sabia reagir à altura a interferências indébitas do Poder Executivo (interferências que, entretanto, excetuado o tenebroso episódio da dissolução do Tribunal, não traduziam propósitos de supremacia ou menosprezo, decorrendo mais da indefinição quanto a problemas de competência para a prática de certos atos administrativos), está no fato de que dá conta o ofício a seguir transcrito. Note-se, nesta correspondência, a serenidade e a polidez da linguagem empregada pelo Presidente do Tribunal, o que não comprometeu a firmeza com que agiu. Dirigido “aos Cidadãos Membros da Junta Governativa Provisória deste Estado”, o ofício é datado de 13 de fevereiro de 1892 e tem a seguinte redação:

“Acusando a recepção de vosso ofício de 9 do corrente comunicando-me que, na mesma data, resolvestes nomear para o cargo de Juiz de Direito da comarca de Curitiba, de 1ª entrância, o Bacharel Joaquim

6 *Dona Alice Gonzaga Petrelli, de saudosa memória, e a cujas informações já se fez referência, contou-me que, às vésperas do julgamento do habeas corpus, o Governador Tte. Manoel Joaquim Machado solicitou a presença, em Palácio, do Presidente do Tribunal, a quem “advertiu” sobre eventuais consequências da concessão da ordem, ao que altivamente respondeu o Des. Vianna Guilhon que o Tribunal julgaria conforme o Direito, sem ceder a pressões de qualquer natureza.*

Vicente Lopes de Oliveira do que fico ciente, peço-vos permissão para, com o devido acatamento, manifestar-vos que fui surpreendido com tal nomeação; porquanto, tendo se dado a vaga desta comarca, foi, nos termos do Decreto Estadual n. 104, de 19 de agosto do ano passado, aberto e encerrado o concurso para o seu provimento, e tendo somente apresentado-se um candidato, devia ter sido este o nomeado, se válido o concurso, e no caso contrário, se nulo, declarado o motivo e aberto novo concurso, com os trâmites legais, para os habilitandos requererem a bem do seu direito. Isto, porém, não se tendo dado, parece-me que a nomeação desse bacharel foi menos acertada, pois que, determinando o mesmo Decreto, no artigo 29, que ocorrendo vaga do lugar de Juiz de Direito será anunciada pelo Governador com o prazo improrrogável de 40 dias contados da publicação no Diário Oficial para os habilitandos requerê-la, devendo os requerimentos ser instruídos com os documentos necessários e enviados depois pelo Governador ao Superior Tribunal de Justiça para encaminhá-los e fazer a classificação dos candidatos em número de 5, preferidos dentre os que provarem melhor habilitação, claro está que não foi observado este preceito. O que a lei determina é que logo que haja uma vaga seja ela anunciada para, no prazo competente, os habilitandos prepararem-se a poder requerer a habilitação e nomeação, seguindo-se os trâmites legais; pois que, não precedendo esta formalidade muito necessária, o que pode acontecer é deixar de haver a concorrência dos que quiserem habilitar-se, e mesmo estando habilitados, quiserem requerer a nomeação. Portanto, se nada disto foi feito, não tendo prevalecido o primeiro concurso, entendo, como venho de mostrar, que a nomeação do referido bacharel não foi de acordo com a lei estadual, que não está revogada. *Por isto, declaro-vos que deixei de deferir o juramento ou promessa legal ao dito bacharel. É o que se me oferece dizer-vos acerca de tal nomeação, que justifica o meu procedimento em obediência à lei.* Saúde e fraternidade” (os grifos não são do original).

O Dr. Joaquim Vicente Lopes de Oliveira acabou sendo nomeado Juiz de Direito e tomando regularmente posse de seu cargo, não certamente na oportunidade a que se refere o ofício acima transcrito. Antes não o tivesse feito, antes o houvesse levado o destino de volta à sua terra, pois era Juiz de Direito de Tijucas quando foi preso, na sua comarca, a mando do Cel. Moreira César, e trazido para a Fortaleza de Anhatomirim, foi ali fuzilado, juntamente com muitas outras pessoas, catarinenses ou não (entre estes o antigo Promotor de Laguna, Dr. Carlos Augusto Guimarães Passos, então Procurador Seccional), militares e civis, naquele

que foi o episódio mais trágico da história republicana em Santa Catarina⁷.

“Termo de encerramento”

Tivessem estas notas forma de ato notarial, lavraríamos aqui o devido termo de encerramento. São elas a contribuição que oferecemos às comemorações do 110º aniversário da instalação do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, de cuja história, em seus primórdios, procuramos trazer alguns flagrantes neste modesto trabalho, fruto de intensa pesquisa, da qual, entretanto, nos damos por compensados, pela originalidade (no sentido de serem inéditos) da maioria dos dados aqui registrados.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina é instituição de que podem orgulhar-se os catarinenses. Seus integrantes, assim como os magistrados de primeiro grau, honram a toga que envergam, pela independência e dignidade com que exercem suas funções, tão altas quanto, freqüentemente, incompreendidas.

⁷ *Era Promotor de Tijucas, na mesma ocasião, o poeta Araújo Figueiredo, fraternal amigo de Cruz e Souza e figura das mais ilustres da literatura catarinense. Conta ele, em suas Memórias, que, tendo vindo ao Desterro, voltava para a comarca, transportado por sua mula de estimação e confiança, quando, na altura da localidade de Serraria (entre Barreiros e Biguaçu), o animal empacou. Não houve nada que o fizesse dar mais um passo à frente. Nunca deixara a pé seu dono, era dócil e serviçal. Mas naquele dia e naquele momento, todas as tentativas, das mais brandas às mais energicas, foram em vão. O animal parecia pregado ao solo. Muito contrariado, Araújo Figueiredo resolveu voltar, pois outra alternativa não havia. Quando o cavaleiro se posicionou para o retorno à origem, a mula logo se pôs a marchar. Chegado à sua casa dos Coqueiros, ainda surpreso e desolado pelo sucedido, veio a saber, no dia seguinte, que na tarde em que empreendera a frustrada viagem, tinham estado em Tijucas os soldados de Moreira César para prenderem o Juiz e o Promotor. Araújo Figueiredo foi também importante figura do Espiritismo em Santa Catarina e, dotado de extraordinárias e excepcionais faculdades mediúnicas, destacou-se no exercício da caridade. Ocupava o alto cargo de Diretor da Secretaria da Assembléia Legislativa do Estado quando faleceu, em 1926. Seus funerais foram consagradores, acompanhados por enorme multidão. A imprensa, as autoridades, as entidades culturais, todos lhe prestaram as maiores homenagens. Em 1964, ano do centenário de seu nascimento, a Academia Catarinense de Letras fez editar um volume contendo suas apreciadas poesias. Ainda nas citadas Memórias, o poeta fala de uma comunicação mediúnica que teve com o espírito do Juiz Lopes de Oliveira, que lhe relatou as circunstâncias em que foi assassinado na Fortaleza de Anhatomirim.*

DESEMBARGADOR JOÃO DE BORBA



Exerci a advocacia até 28/3/67, tendo por base a cidade de Blumenau, quando fui nomeado desembargador pelo então Governador, Dr. Ivo Silveira, o qual jamais se prevaleceu do elevado cargo que ocupava perante o Tribunal, do que dou meu testemunho.

Dessa forma preenchi a vaga reservada para o quinto constitucional, sucedendo ao Desembargador Ferreira Bastos, que fora meu professor.

No Tribunal, coube-me fazer parte do Pleno e da 2ª Câmara Civil e, em virtude da aposentadoria dos outros dois membros, passei a exercer a Presidência daquela Câmara, com apenas dois meses e alguns dias no exercício de minhas funções.

Minha primeira sessão na Presidência da Câmara foi iniciada sem o sinal que é dado por uma campainha, simplesmente porque não consegui encontrar o botão para acioná-la.

Naquela época, no Pleno julgava-se tudo: *habeas corpus*, revisões criminais, enfim, tudo o que não fosse da competência das Câmaras. Relato isto, porque em certa oportunidade, quando do julgamento de um processo, o advogado, da Tribuna, chamou à ordem, porque um dos desembargadores estava lendo um revista jurídica, ao que o magistrado, levantando os olhos disse: eu felizmente tenho a capacidade de ler e prestar atenção no que o nobre causídico está expondo e posso repetir tudo o que

V. Exa. acabou de dizer. Era o Des. Osmundo Nóbrega, juiz culto, respeitado e humano, o mesmo que absolveu um denunciado pela prática de jogo de azar, fundamentando seu raciocínio no fato de que jamais conseguira vencer naquele jogo, simplesmente porque não era conhecedor de suas técnicas. Assim o jogo praticado pelo denunciado não poderia ser denominado jogo de azar. A decisão foi unânime pela absolvição.

Permaneci no Tribunal até julho de 1980, portanto, por mais de treze anos, tendo, durante este tempo, exercido a Corregedoria-Geral da Justiça, a Vice-Presidência e a Presidência, o que naquele tempo era permitido e, em consequência também, a Vice-Presidência e a Presidência do Tribunal Regional Eleitoral, felizmente sem maiores problemas, o que foi muito bom, já que se trata de um Tribunal para o qual acorrem as disputas sobre as divergências eleitorais.

Na Corregedoria completei duas Correições Gerais, nas comarcas de Lages e Itajaí, sendo que a terceira na comarca de Criciúma não terminei em virtude de grave doença em pessoa da família e muito querida, meu único irmão, o Dr. Percy João de Borba, a melhor pessoa que conheci. Percorri, em correições parciais, todas as comarcas do Estado, com exceção de apenas duas: Anita Garibaldi e Dionísio Cerqueira.

Como a função de Corregedor, na época, não podia ser delegada e os serviços a ela afetos eram impossíveis de ser realizados por uma só pessoa, recebi do Tribunal o conforto de ter alguém para me auxiliar, corporificado pelo Dr. Waldyr Pederneiras Taulois, homem que possuía o coração maior que ele próprio, o que demonstrou quando passou, mais ou menos um mês, ensinando o titular de um Cartório Distrital e pondo-o em dia, para que o titular não perdesse o cargo. Enquanto eu pensava que ele estava fazendo a correição a fim de punirmos o serventuário, ele pôs em dia o cartório, apresentando-o sem mácula. Só possuía um defeito: fumava demais, tanto que em certa oportunidade foi apanhado estudando um processo com um cigarro em cada uma de suas mãos.

A Corregedoria foi, para mim, uma das mais difíceis e penosas funções que exerci no Tribunal, exatamente por não ser o lado belo da magistratura, embora sumamente necessário.

Outro problema que tive de enfrentar foi o fato de que, vindo da advocacia, meu conhecimento sobre as atividades praticadas pelos juízes era pequeno e, mesmo assim, tinha que votar na formação das listas de merecimento.

Quando fui Corregedor tentei suavizar o problema com a confecção de boletins das atividades de cada um dos pretendentes à promoção,

listas estas que eram distribuídas a cada um dos Srs. Desembargadores antes das votações.

Terminado meu tempo de Corregedor, voltei para os julgamentos, agora na presidência da egrégia Segunda Câmara Criminal, composta pelos Exmos. Srs. Des. May Filho e Ivo Sell, Câmara esta que funcionava maravilhosamente bem. Lembro-me que, num dia de sessão, como o comparecimento a esta por parte dos alunos da FURB, dos quais os três componentes eram ou tinham sido professores, foi pedida autorização para que a mesma fosse realizada no Pleno. Ao anunciar o início dos trabalhos tive o orgulho de comunicar que todos os processos que iriam ser julgados naquela oportunidade tinham dado entrada no Tribunal durante aquele mesmo mês.

Certo dia, durante a realização de uma sessão daquela Segunda Câmara, o Des. Ivo Sell solicitou fosse esta suspensa, porque teria que se ausentar, mas que retornaria logo que fosse possível, sem explicar o motivo desta repentina solicitação. Ao cabo de alguns minutos aquele magistrado retornou e continuamos com os julgamentos até esgotarmos a pauta. Só mais tarde é que viemos a saber que o Desembargador Ivo tinha ido à farmácia para tomar uma injeção, a fim de acalmar as terríveis dores que estava sofrendo, em virtude do deslocamento de um cálculo renal, fato este que nunca esqueci e que faço questão de tornar público nesta oportunidade.

Em outra ocasião, quando o Des. May Filho, magistrado culto e eficiente, estava relatando um *habeas corpus*, após o relatório, um advogado solicitou e obteve a palavra, passando a fazer a respectiva sustentação oral. Retornando ao julgamento, o Relator começou assim: ainda bem que V. Exa. terminou sua sustentação, porque se demorasse mais um pouco eu seria forçado a denegar a ordem. Situação hilariante mas que não foi a única que presenciei em nossa Corte de Justiça.

Eleito Vice-Presidente, cumpri o meu tempo sem maiores transtornos porque, embora continuasse julgando, não me era afeta, ainda, a competência do despacho de Recursos Extraordinários, o que só mais tarde veio a ocorrer.

Finalmente, fui eleito Presidente da Casa, consciente de que ali terminaria minha peregrinação pela mais elevada das funções que uma pessoa pode exercer: julgar! Neste último mister, muitas e muitas foram as noites indormidas, sempre na busca de conciliar o Direito com as conseqüências do julgado.

Exerci a Presidência de 1º/3/78 a 3/3/80.

Amante do Direito, não me omiti em transferir aos jovens o pouco que a vida e os estudos me haviam ensinado, por isso, e mesmo sem poder me esquivar do convite que me fez o meu saudoso amigo Dr. José Medeiros Vieira, aceitei, pela primeira vez em minha vida, exercer a atividade de professor, o que ocorreu na Sociedade Itajaiense de Ensino Superior (SIES), onde lecionei a cadeira de Introdução à Ciência do Direito, por um pouco mais de dois anos, antes de haver sido nomeado desembargador.

Em 1º/3/69, por obra e graça do Dr. José Fernandes da Câmara Canto Rufino, acompanhado do Dr. Evaristo Gouveia, passei a lecionar a cadeira de Direito das Coisas, na Fundação Universidade Regional de Blumenau.

Foram mais de 19 anos de aulas, sem faltar um dia sequer, ou chegar um minuto atrasado. A atenção que os alunos prestavam nas aulas, as demonstrações inequívocas do desejo de aprender, o respeito e a educação deles, mantinham elevados os nossos propósitos de continuar lecionando naquela entidade escolar, tanto que, certa ocasião tendo de optar por continuar na FURB ou na Universidade Federal de Santa Catarina, o Des. Ivo e eu preferimos ficar com a primeira opção.

Na oportunidade em que nós dois requeremos nossa exoneração na UFSC, a fim de dar cumprimento à lei, recebemos ambos verdadeiro troféu de reconhecimento da parte do Magnífico Reitor, já que este não nos concedeu a exoneração pedida transformando-a em uma suspensão provisória, por meio de um despacho que honraria qualquer mestre.

Após superada a vedação, retornamos a lecionar na UFSC, o que fiz até me aposentar, porque após minha volta, não mais consegui as cadeiras que me interessavam, já que estas foram preenchidas por outros mestres durante minha suspensão deferida.

Durante alguns anos prestei meu concurso na Escola Superior da Magistratura, onde ministrei a cadeira de Direito das Coisas.

Quando ingressei no egrégio Tribunal de Justiça, talvez por ter apenas 41 anos, sendo que o colega com idade mais próxima da minha tinha 52, fui recebido e tratado como um irmão mais moço.

Esta, talvez, tenha sido uma das razões pela qual até hoje tenho saudade daqueles anos e continue defendendo a instituição, como se dela ainda tomasse parte efetiva, acompanhando todos os seus acertos e algumas pequenas deficiências.

Até hoje nosso Tribunal faz parte inseparável de mim. Que ele seja sempre melhor é o que desejo.

REMINISCÊNCIAS



Desembargador Protásio Leal Filho

Santa Catarina em 1929

Othon da Gama Lobo d'Eça, meu professor de Direito Romano na então faculdade particular de direito da Rua Esteves Júnior, em prédio que ainda existe, escreveu o livro “Aos Espanhóis Confinantes”, cuja segunda edição é de pouco tempo e talvez ainda não esgotada. Relata o autor na sua pequena obra a viagem, no ano de 1929, do presidente do Estado de Santa Catarina, Adolfo Konder e sua comitiva ao extremo Oeste Catarinense. Viajaram em automóveis modelo dos anos 20, por estradas barrentas, até Chapecó. Em três ou mais dias. Então, por barcas, desceram o Rio Uruguai e foram até Mondaí. Há uma fotografia dessa viagem histórica. No arco festivo construído pelos colonos de origem germânica há o dístico: “Mondahy saúda Dr. Konder com entusiasmo” (30 de abril de 1929). Vê-se também o presidente do Estado, título da época, todo engravatado e com o colarinho alto e bem engomado. Certamente o governante tinha passado por uma faxina depois de tão agreste viagem.

Após, por picadas abertas na mata fechada, ouvindo os berros das onças, alcançaram eles Dionísio Cerqueira, já na fronteira do Paraná. Adolfo Konder foi o primeiro governador a conhecer todo o seu Estado.

Faço esse intróito para dizer das dificuldades que os primeiros juízes de direito do Estado tinham de enfrentar. Só a cavalo conseguiam alcançar suas distantes comarcas. Da capital até Lages eram dois dias de viagem. Viajando-se de automóvel, ao parar este nos pontilhões de madeira, buscava-se água em uma lata para refrescar o resfolegante motor do veículo. E tudo isto era considerado o último avanço da tecnologia de então. A não ser que se quisesse viajar em carroças...

Minha Primeira Comarca

Por tudo isto, aceitando normalmente a situação, fui em dois dias de viagem até a minha primeira comarca. Palmitos, agora transformada em uma cidade progressista, era naquela época uma grande aldeia. Escassa luz elétrica de um precário motor, ruas embarradas e um pequeno comércio. Nem padaria havia. As audiências do juízo eram feitas na casa do escrivão e os júris, no clube local. Todos os prédios da cidade eram de madeira. Os júris eram constantes pois constantes eram os homicídios. A dificuldade maior era conseguir um corpo de jurados esclarecido. Marido que matasse a mulher adúltera era sempre absolvido por legítima defesa da honra do homicida. Não adiantava o Tribunal de Justiça anular o julgamento. Por notável que pareça, em Palmitos as festas cívicas eram comemoradas condignamente, não podendo faltar o Juiz de Direito, que quase sempre tinha que discursar. Após quatro anos de judicatura, já se iniciando o calçamento da cidade e com a “aposentadoria” do uso de botas, houve a minha promoção para a comarca de Xanxerê, de segunda entrância.

A Revolução de 1964

Ali o serviço forense era imenso, tanto que só se atendia o setor penal, quando o réu estava preso. No cível, praticamente, só giravam as ações possessórias. Eram as brigas de terras, pois na verdade o domínio delas nascera por livre critério do oficial do Registro de Imóveis... Comuns eram as ações entre duas pessoas que não detinham a posse. Gerando-a assim. As testemunhas eram disponíveis. Isto foi em 1964, quando eclodiu o movimento militar que mais tarde transformou-se em ditadura. Por inusitado que pareça, existia naquela época em Xanxerê o Grupo dos Onze, organização esquerdista espalhada por todo país. Poucos dias após iniciado o movimento militar de 1964, estando eu no centro da cidade, vi

várias pessoas sendo presas. Os soldados da polícia militar apontavam os fuzis, armados com baionetas, levando os presos até o clube local. Lá, me identificando como o juiz da Comarca perguntei a um major e um capitão da nossa polícia militar por que aquela violência e por que as autoridades locais não tinham sido avisadas. Os oficiais, mal preparados para tal situação, disseram que nada tinham a ver com o estado de direito. Certamente nem sabiam o que era isto! Logo em seguida ou no dia seguinte mandaram prender um casal acusado de pertencer ao Grupo dos Onze. Os vizinhos vendo que os cinco filhos menores do casal estavam abandonados os levaram ao Fórum, onde havia autoridade para resolver o caso. Levei-os ao “Quartel General Revolucionário”. A cidade estava sem comunicação com o exterior. Cidade ilhada. Disse tranqüilamente aos oficiais que soltassem o marido ou a mulher ou ambos porque o juizado e nem eles tinham condições de cuidar das crianças. Simplesmente não me responderam, mas, logo em seguida, soltaram a mulher.

À noitinha os oficiais mencionados convocaram uma reunião com as pessoas importantes da cidade, a fim de explicar o movimento militar. À instância do Promotor de Justiça, fui com ele ao local. Os oficiais, por vingança ou quem sabe por picardia, convidaram-me para que como juiz de direito, pessoa melhor qualificada, explicasse aos presentes o verdadeiro sentido do movimento militar e da necessidade deste. Usando um pouco da diplomacia, falei positivamente dizendo que na própria biblioteca da Prefeitura Municipal de Xanxerê havia a prova, constituída de muitas obras comunistas, fornecidas por órgãos do próprio governo federal. E isto era verdade!

Dia seguinte apareceram no meu gabinete de trabalho dois oficiais do exército nacional do quartel de Palmas—PR, consultando-me se havia necessidade de intervenção do exército na cidade de Xanxerê, pois até lá haviam repercutido os excessos. Evitei a “Intervenção Federal”. E a vida continuou.

Enquanto isso, mataram o oficial de justiça que também matara os dois opositores. Já tinham matado o Delegado de Polícia. Seu sucessor foi morto junto com o seu matador. Era a época!

Os Descendentes do Contestado

De 1967 a 1970 fui o juiz de Caçador. Essa cidade com ruas calçadas, dois cinemas, dez advogados e outro tanto de médicos era um centro de razoável recurso. Lá, com a graça de Deus, fui bastante feliz. Cheguei

a passar um ano inteiro sem que houvesse nenhum recurso ao Tribunal de Justiça. Verdade que apenas por um ano!

No interior existiam ainda os descendentes próximos dos jagunços, aqueles que estiveram envolvidos na sangrenta Campanha do Contestado, na qual seis mil vidas foram ceifadas. Gente do interior, humilde, profundamente ignorante e, mais ainda, pobre!

Certa vez, na véspera do Natal, tomei o depoimento de muitas testemunhas em processo de homicídio múltiplo. Eram vários os acusados. Um deles nada mais era que um coitado que apenas presenciara a matança. Todos os autores eram do interior, portanto, “jagunços”. Disse para o inocente que ele seria solto na hora, a fim de poder passar o dia de Natal em sua casa. Respondeu que não queria perder o “Natal do Preso”. É que tinha sido marcada a festa natalina na cadeia! Foi a vez de fazer um preso feliz! Só depois do Natal ele foi para o seu casebre, lá no interior do município.

O Fórum de Caçador todas as manhãs ficava repleto de mulheres do interior, muitas com o aspecto de “Índia Puro Sangue”. Eram todas muito primitivas, certamente descendentes dos envolvidos na Guerra do Contestado. Em sociedade primária, na qual a cultura é restrita e apenas peculiar ao meio, prevalece a força física, que é dos homens e em prejuízo das mulheres. Dos piores elementos sofriam elas maus-tratos, fazendo-se necessária a ação da Justiça. Uma funcionária do Fórum era detentora de um noivado interminável. Perguntei-lhe se vendo o drama daquelas mulheres sofridas por sevícias de seus maridos ainda tinha coragem de casar? “O que posso fazer, disse ela. Só há homens para casar!” Felizmente a época era outra e não como agora, em que se chega a falar de casamento de homem com homem e de mulher com mulher.

Cotidiano Verídico

Certa vez um médico, de forma bastante mal-educada, reclamava de erro havido em processo de falência do qual ele era um dos credores. A única maneira de acalmá-lo foi perguntar onde estavam os erros dos médicos. Erros dos profissionais de Justiça estavam nos processos. Aliás, quase sempre ficam também ignorados.

Outro dia fui ao gabinete dentário no horário marcado. O dentista estava ausente. Poucos dias depois, tendo de atender a advogados de fora da Comarca, telefonei ao dentista informando que não poderia comparecer à consulta. No final do tratamento veio a conta com o acréscimo do

não comparecimento do dia marcado. Reclamei do direito de compensação. O dentista queria cobrar também a minha ausência. Só o tempo dele é que valia! Recebeu pelo serviço prestado! Apenas!

Anos mais tarde fui notificado pelo Imposto de Renda a pagar certa importância devido a erro de cálculo do contador. Paguei com multa de quarenta por cento. Dois meses depois recebi outra notificação para pagar a mesma importância. Levei o recibo à Receita Federal pedindo a anulação da notificação e com a devolução da multa, pois se ela resultara de erro do contribuinte, agora deveria ser devolvida por causa do mesmo erro da arrecadação. Funcionário e contribuinte acharam graça do caso, pois governo não costuma devolver quantia qualquer.

O Tribunal de Justiça

Em 1970 já estava eu na comarca de Joaçaba, de quarta entrância. Fizera toda a carreira de juiz em comarcas prá lá do Rio do Peixe. Não conheço nenhum caso igual. Na época não havia as comunicações fáceis como agora nem a televisão relaxante.

Houve a minha transferência para a Capital do Estado e em 1980 a ascensão ao Tribunal de Justiça do Estado. Treze anos depois cheguei à idade de setenta anos com a conseqüente aposentadoria compulsória. Passara exatamente a metade da vida como magistrado. Os treze anos de segundo grau atuei na Segunda Câmara Civil. Nunca pedi transferência.

Hoje, no Congresso Nacional, há planos de elevar para setenta e cinco anos a aposentadoria compulsória. As opiniões, tanto contra como a favor, são válidas. Com minha experiência posso dizer que melhor é que se abram vagas para novas idéias e mais forças físicas. Que se aja, outrossim, em benefício daquele que trabalhou até os setenta anos. Não é justo estender-lhe a carga de volumosos e extenuantes julgamentos. Ele que viva um pouco melhor, se saúde tiver. E quanto às exceções, não se pode legislar com elas em detrimento do que é maior.

Atualmente o Tribunal de Justiça com número imenso de processos, que reflete o adiantamento social e econômico do país e do Estado, está informatizado, com melhor assessoria e sempre se beneficiando de conhecimentos jurídicos mais apurados. Tudo é melhor!

Mais da metade da população catarinense é composta de mulheres. Ainda assim, desde 1992, não tem o nosso Tribunal de Justiça um titular do sexo feminino. No entanto, sessenta por cento dos alunos do ensino

superior aqui no Brasil e até no Irã, país dos Aiatolás, por curioso que pareça, são compostos de mulheres.

Em breve, sendo assim, teremos mais mulheres do que homens como magistrados. São elas mais afeitas ao estudo, certamente por serem mais ligadas ao lar. Nossas adoráveis parceiras de vida têm acentuado gosto pela ciência jurídica. Pena que gostem tanto da aposentadoria, não chegando ao Tribunal de Justiça. Mas elas que venceram tantas dificuldades vencerão mais esta. Exemplo é a vida da insigne Desembargadora Teresa Tang, que permaneceu na magistratura até o dia em que completou setenta anos de idade.

Minhas homenagens aos magistrados que assim o fizeram. Cumpriram eles, assim como os demais, extenuantes julgamentos, acompanhando e procurando resolver os grandes dramas humanos. Uma vida trabalhosa, com um cotidiano cheio de acontecimentos. Trabalhosa, mas bela vida!

DE MAGISTRADOS

Desembargador Leonardo Alves Nunes

CALAMANDREI fixou no austero bronze seus traços essenciais: caráter e independência.

MONTAIGNE ironizou-lhe a afetação e a pompa, pondo em nu a ilusão do poder escorado em rituais e fórmulas solenes, que envolvem o protagonista e os concelebrantes. — Teatro e aparência.

PITIGRILLI satirizou-o, na metáfora do idealista insatisfeito com o seu papel, que troca o pretório pelo picadeiro, para realizar sua verdadeira vocação de paganini de circo. — Conflito de existência.

JOÃO ALFREDO, na PRECE, vislumbra-o místico e santo, humilde e súplice diante da Divindade, torturado, por sua condição humana e espacial, de não fazer a sonhada justiça plena e universal; mas coloca-o em patamar só abaixo de Deus, e muito acima de qualquer mortal. — Religião, ou ciência?

Em certo momento, no exercício da magistratura, alguns magistrados terão encontrado uma das figuras retratadas por aqueles autores.

Em minha carreira de quase três décadas, deparei-me, sim, muito menos com situações que dariam vez ao ceticismo ou aos epigramas dos críticos, e bem mais com juízes que cultivavam os ideais de Calamandrei, e uns poucos santos alfredianos.

Mas é a humanidade que se vê aí estampada, com todas as suas contradições e fraquezas, pois é dela que se extrai a magistratura, na pátria de Calamandrei e Pitigrilli, na seiscentista França de Montaigne, ou na de hoje, e em qualquer lugar do mundo.

Dentre os que se retratam no primeiro esboço, um se encontra, que ainda agora frequenta a imaginação e a memória dos juízes de minha geração.

Pela primeira vez o vi, quando enfrentava a banca do concurso ao cargo de juiz substituto, em 1968. Como ocorre com a absoluta maioria dos que ingressam na carreira, procurava um emprego que me garantisse subsistência condigna ao bacharel pouco inclinado à bela e competitiva advocacia.

Demorara convencer-me a enfrentar o concurso. Não me considerava digno, nem preparado. Identifiquei-me, porém, de imediato, com o jeito introspectivo, mas bondoso daquele membro da banca, e do ideal de magistrado que ele inspirava. Esqueci minhas hesitações.

Tive a oportunidade de saudá-lo com a mesma sinceridade de hoje, quando, como primeiro juiz, instalava a comarca de Gaspar.

Sua figura hierática nos impunha um temor reverencial mesclado de profunda admiração. Encarnava, e não só para os recém-ingressos na carreira, o que havia de nobre e justo, na magistratura e no Tribunal, e, quando não mais Presidente, permanecia Regente. Continua sendo, até hoje, referência unânime de juiz, guardada na memória de quantos tiveram o privilégio de vê-lo atuando, no Tribunal de Justiça ou na itinerância das comarcas. Suporta agora o peso e a solidão do octogenário com a mesma dignidade com que antes levava nos ombros o fardo das grandes responsabilidades, marcando com sua altiva presença todo lugar por onde passava. Poderia ter ocupado posições muito mais elevadas no Judiciário deste país, se aliasse o amor pela justiça à ambição da glória e à frequência dos políticos.

Se tivéssemos que eleger um Símbolo da Justiça Catarinense, este seria o Desembargador Marcílio Medeiros. Era nele que muitos de nós pensávamos quando, diante das dificuldades do julgar, do comportamento a adotar, perguntávamos à nossa consciência, nele personificada: — “como decidiria este caso, o que faria nestas circunstâncias o Desembargador Marcílio?”

Feliz aquele magistrado que tem modelo desse porte que mirar.

Fazendo contraponto, saído das sombras da vilania, ergue-se o vulto abominável de Nicolau dos Santos Neto. Serviçal da ditadura, não precisou fazer esforço para se acomodar em cargos públicos, e, como prêmio final de joguinho de argolas, arrebatou a magistratura trabalhista no TRT de São Paulo. Em razão da notória inapetência dos juízes de carreira pelas questões financeiras, logrou, mercê de artifícios, por certo, aboca-

nhar as verbas destinadas à construção do fórum trabalhista paulistano — o seu Palácio, as quais dividiu com os contubernais da política e dos negócios (Dos noticiários da imprensa).

Tinha uma Missão. E a executou à risca.

A Justiça brasileira é pomposa e ritualista, é o que se diz; é distante do povo, elitista, acusam muitos. Tarda, complicada e prolixa é ela, convenhamos. Mas em um ponto havia total concordância: sempre fora impoluta. Por isso apelidavam-na de Vestal. E os que lhe invejavam essa aura, mas lhe faziam a corte, instalaram em seu templo um impostor, com a incumbência de desonrá-la, e ele o fez, arrastando-lhe a túnica vilipendiada pelo país inteiro, até queimá-la nas labaredas insaciáveis do planalto central.

Não haveria mais Poder algum moralmente diferente ou superior, nenhum quadro ou classe funcional com maior dignidade e compostura que as outras, e, assim, nenhum autorizado censor para sequer inibir os trambiqueiros e vendilhões. Instituição que se tem por sagrada, mas que alberga um simoníaco, está conspurcada, não pode arvorar-se em Consciência moral da Nação. O “lalau”, antes apodo de gatunos menores, virou moeda oficial da corrupção, e a figura do juiz foragido e caçado se incrustou na memória popular. Levará muitas décadas para que a magistratura, com abluções diárias de muito estudo e humildade, paciência e moralidade, consiga limpar da toga a nódoa infamante com que foi profundamente manchada.

Essa face sinistra de juiz corrupto não estava na galeria daqueles autores.

Paralelo (paradoxal) entre Marcílio e Lalau (À moda de Antônio Feliciano de Castilho)

Marcílio nasceu e se desenvolveu em família devotada à Justiça. Pode-se dizer que pertencia a uma aristocracia judiciária legitimada pelos predicados morais e intelectuais, e pela incessante aplicação ao estudo e ao trabalho nas comarcas e nos tribunais. Coursou a carreira do magistrado comum, nos vilarejos inóspitos e rudes do interior do Estado, galgando entrância por entrância, até alcançar o cargo mais distinto. Podia aí chegar, sem sair do lugar, permanecendo na Capital e no Paço.

Nicolau medrou na família dos conspiradores e dos segredos, dos favorecimentos e suas recompensas, do “é dando que se recebe”. Fez a

carreira do oportunista. Por que concursos, quando há padrinhos? Em vez de estudo e trabalho, contatos, em lugar de audiências, conchavos.

Discrição e simplicidade, com dignidade e altivez, emanavam do cidadão e do magistrado Marcílio. Era a mais viva lição de compostura.

Marcílio, em determinado momento, já distante, abdicava de receber a gratificação apelidada de “cascata”, que, embora legal, não lhe parecia legítima. Não sonhava com gratificações e ajudas de custo.

Em Nicolau, ao contrário, um bujão incontido irrompeu com sinais exteriores de desmedida riqueza, exibindo com despudor o proveito dos saques que fizera ao Erário.

Marcílio honrou e enriqueceu a magistratura com sua sabedoria e moral sem cupim.

Nicolau a desonrou e despojou, à medida em que se enriquecia associando-se a um bando de saqueadores, e dividindo com eles o butim.

Por isso, pelo que é, e pelo mal que fez, a Nicolau odeia-se ou despreza-se; por seu legado e por seu exemplo, a Marcílio “admira-se e ama-se”.

Ainda estudante, na pequena e gloriosa Laguna, banhada em luz mediterrânea, como lembrou certa vez o Promotor Ferraz, conheci uma pessoa humana singular. Era Waldyr Pederneiras Taulois. Também de nobre estirpe, também de sólida formação moral. Era o juiz da comarca. Mas não vou falar de sua competência como magistrado, que o foi excelente. Falarei do cidadão, do homem cordato, acessível, que a todos dispensava atenção. Lembrarei o inesgotável bom humor, com que amenizava o enfadonho trato dos processos, entremeando o trabalho com espirituosas frases bem ao estilo e gosto de Horácio: “*ridendo castigat mores*”. E não poupava a gafe ou a ignorância. Em Tubarão, onde então julgava, a um advogado que peticionou apressado, interpelou: — “Contame, e não me esconde nada sobre o ‘adultério’ da nota promissória”.

Ao tomar posse como juiz substituto na Capital, acolheu-me como auxiliar, por um dia, na 1ª Vara Cível. E entre palavras e abraços de felicitações, pôs-me a par das dificuldades da Vara, suscitando entre os presentes, advogados e funcionários, como em harmoniosa família, incontáveis acessos de riso. Gritou para o Escrivão: — “Traz o processo da vaca!” E nos leu tópicos da inicial, com seus divertidos comentários: — “Vaca leiteira. Coisas dele (referia-se a um advogado amigo nosso). — Não contente de me infernizar com aquelas intrincadas e intermináveis ações possessórias em Tubarão, me perseguiu em plena Capital com essa vaca, dizendo que o cliente foi engabelado pela promessa de que ela pro-

duzia dezoito litros de leite por dia, mas não conseguiu tirar mais de quatro”.

Também com os colegas era levemente ferino, sem perder a bonomia. A respeito de um, que se licenciara por haver contraído nas férias de janeiro uma micose de praia: — “Sei bem qual a micose dele — é alergia aos autos”.

Era assim, ao mesmo tempo sereno e afável, que ia levando sua vida de magistrado, cidadão, pai de família. Bondoso e imperturbável.

Encorajou-me a ingressar na magistratura. Via em mim, como outros amigos, aquilo que eu próprio não enxergava: temperamento de juiz, e pouco de advogado.

Esta, a sucinta imagem da grande figura humana, amiga e justa do saudoso Waldyr Taulois, cedo desaparecido. Ele era prova de que se pode ser gentil e alegre, sem deixar de ser bom cidadão e respeitável magistrado.

Também irônico, mas de humor bem mais sardônico, nos últimos anos tirando para o cético, em razão de dissabores colhidos em sua atribulada vida, olhar distante, semblante fechado: é esta a imagem que guardo de Guido Schreiner Pereira.

Cioso de sua ascendência materna — os Laras da região missioneira argentina (ou seria paraguaia?), ao aposentar-se, como juiz da 4ª Vara Criminal da Capital, iniciou uma pesquisa sobre suas origens.

Fomos colegas desde os tempos de seminário, em Azambuja. Estava um ano escolar à minha frente, mas convivíamos e éramos amigos. Quando eu exaltava as excelências da língua portuguesa, sustentando ser ela, em sua evolução entre as neolatinas, mais moderna e dúctil, menos dura e gutural e, ao mesmo tempo, contraditoriamente, mais próxima do latim, do que o espanhol, divergia convicto, e, amolgando a boca para obter o efeito, dava como exemplo de suavidade a pronúncia das palavras “sonido” e “lado”, com o “d” inaudível. Nos estudos era primeiríssimo, poucas vezes foi suplantado nas notas. Na hora das rezas, era fervoroso, daquela fé braba, de que fala Guimarães Rosa em “Grandes Sertões, Verdades”. Parecia decididamente encaminhar-se para o Sacerdócio.

Não sei quando se deu a ruptura com o clero e com a Igreja.

Não sei quando se deu a ruptura com seus sonhos.

Egressos ambos, anos depois ouvi no “Repórter Esso” que havia sido o primeiro colocado no Vestibular para a Faculdade de Direito de

Santa Catarina, tendo obtido a maior média entre todos os vestibulandos do país.

Reencontramo-nos, por fim, como juízes. Fui seu sucessor na comarca de Ponte Serrada, estando ele, então, em São Lourenço do Oeste. Submetido a um inquérito-farsa, o arbitrário e temido IPM que prosperou sob os Atos Institucionais, sofreu pena e prisão.

Propugnava soluções socialistas para o país. Fora condenado por suas idéias. É verdade que desde estudante já observava a miséria e o atraso circundantes, e não se conformava. Tornara-se ameaça ao regime por causa de sua inteligência, e agora também por ser juiz; mas não era panfletário, nem militante.

A Direção do Tribunal deu-lhe, na ocasião, a solidariedade de que precisava. Mas desde então retraiu-se; trancou em baú secreto a inteligência notável; perdeu-se aquele forte espírito num lugar distante que parecia visualizar desde rapaz com seu olhar brilhante. E a grande promessa, que era, estioulou-se, amargando decepções, isolado dos colegas, isolado da sociedade, incompreendido, marcado.

Estava voltando à vida, com novo lar e família, quando a doença e logo a morte chegaram.

Em certos aspectos e momentos, poder-se-ia dizer, o Guido foi o juiz mais parecido com o santo de João Alfredo, todavia menos ascético e humilde, sem fingimentos, sem achar-se mandatário da divindade, por certo tão confiante em Deus quanto o outro — num Deus sem fronteiras —, e não menos seguro de si, de sua inteligência, de seu discernimento. Sem ambições, arrogância, ou vaidades. Mas que personalidade, que coragem, que retidão moral!

Há um grande alvoroço no seio da magistratura e dos seus órgãos associativos em busca do aprimoramento dos magistrados. As escolas de juízes se multiplicam, os cursos de pós-graduação e especializações em direito proliferam nas universidades, que se desdobram em filiais, sob o eufemismo de núcleo ou “campus avançado”. Há grande e louvável emulação. Magistrados, promotores, procuradores, advogados nelas se reciclam. Saem mestres, doutores, conferencistas, escritores (Pudera: vêm aí os critérios objetivos para a aferição do merecimento!). Semeiam livros...não, livrarias inteiras, numa prolificidade castralvina. Grandes oportunidades, carreiras paralelas! O conhecimento se espalha e se agiganta. A ciência jurídica progride: a prática judiciária estaciona. As leis processuais se atropelam, muitas não passam de experimentos. As demandas disparam: os processos param. Há nos fóruns mais juristas que

juízes; mais professores que operadores, melhor dizendo, operários. Estes se esfalfam no cotidiano dos despachos e das audiências, nem tempo têm de aprimorar-se. Outros...

Em todos os domínios do direito houve progresso. Menos na Ética. Nesta, regredimos a passos largos. E não foi por falta de livros, nem de ensinamentos. Mas não é da bela e distante abstração filosófica que falo. É da ética do cotidiano, no exercício da profissão, na educação dos filhos, na conduta social. A que se traduz pelo singelo nome de moral, em bom vernáculo. Livros não faltam. O que anda em baixa é a compostura, são os bons exemplos. Há poucas décadas, era o que mais havia. E compensava largamente as eventuais deficiências do saber jurídico. Ela é a luz dos Marcílios, dos Trompowsky Taulois, de Osmundos e Belisários, de Eder Graf, de Guido Schreiner, e tantos outros respeitáveis nomes. Quando ela falta vicejam os Lalas e fervilham os vermes que sugaram a previdência social: Jorgina de Freitas, Escócia da Veiga...

Ética é a virtude que escasseia, porque livros já temos à mancheia.

DESEMBARGADOR HÉLIO VEIGA MAGALHÃES

Fiz o Ginásio em Laguna, freqüentando o curso de Admissão (nome por que era conhecido o ingresso para o ginásio), todavia, interrompi meus estudos por um incidente: um colega inadvertidamente empurrou-me escada abaixo e, carente da visão, fui parar no pé da escada.

Meus pais, cientes desse fato, acharam por bem tirar-me do Educandário.

Não deixei de progredir, pois em casa mesmo procurei ler e me informar de assuntos, aprimorando a inteligência. Felizmente surgiu o Curso de Madureza dando-me ensejo de fazer o ginásio em 3 anos, quando na realidade este era de 5 anos. E, então, tentei concurso no Banco do Brasil, Estatística etc... Consegui terminar o curso secundário.

Ainda, nesse ínterim, fiz teste para radiotelegrafia, tendo sido aprovado para servir na Empresa Real de Aviação Lotado da cidade de Londrina no Paraná. Não aceitei receoso de prejudicar os estudos de Direito, pois me encontrava no 3º ano de Faculdade. Resolvi lecionar particular, preparando alunos para concursos etc...

Após ter sido aprovado para o 2º ano de Direito, suspendi os estudos para submeter-me a outras cirurgias dos olhos, perdendo assim 1 ano.

Prossigui, alcançando a formatura no dia 5 de novembro de 1949, fazendo parte da Turma denominada “Rui Barbosa”.

Minha principal dificuldade foi mesmo a visão.

Abracei primeiro a Promotoria Pública, visando a alcançar garantias sociais e econômicas.

Ingressei na magistratura em princípios de junho de 1953.

Em face de minhas atividades, fixei domicílio e residência, primeiro em Curitiba, como Promotor, posteriormente fiquei um período (pequeno) em Concórdia e Florianópolis, quando prestei concurso para Juiz substituto, iniciando carreira em São Joaquim, onde fiquei 29 dias, indo em seguida trabalhar em Campos Novos, permanecendo 2 anos e 4 meses, mais ou menos.

Em prosseguimento, fui morar em Bom Retiro, Curitiba e Lages.

Nessas duas últimas comarcas, respectivamente, 9 anos e 4 meses ou desde 11 de junho de 1967 até fins de abril ou começo de maio de 1979 no Planalto Lageano.

Conheci pessoas de várias etnias, incluindo pecuaristas, fazendeiros, comerciantes, industriais etc...

Morei em lugares frios como: Bom Retiro, Lages, São Joaquim, Campos Novos, Curitiba.

Uma ocasião, em São Joaquim, morando num hotel, levantei-me pela manhã e quando fui pegar a água da jarra para colocar na bacia, e então lavar o rosto, esta estava congelada.

Dificuldades financeiras existiram, atingindo a família, cujas filhas eram três em período escolar.

Lidei com processos trabalhistas, atendi serviços eleitorais e executivos fiscais, além de acidentes de trabalho.

Na comarca de Curitiba, a luz era muito fraca. Para tentar amenizar o problema, fizemos um reunião com pessoas interessadas no assunto, dentre outras, me lembro de advogados, estudante de engenharia, agrônomo, industrial etc...

Surgiu o Projeto Peri, de natureza hidráulica. Iniciou-se o trabalho, após aprovação, e concretizou-se, tornando realidade tal empreendimento, melhorando assim a energia da cidade.

Isso aconteceu no Governo de Celso Ramos que se interessou pelo assunto.

Presidi diversas sessões de Júri, dando destaque a alguns fatos pitorescos:

O julgamento de um réu, estava em andamento, na fase do interrogatório e o acusado desenvolvia sua defesa, valendo-se do expediente de proteger-se com a lâmina do facão. Dizia então que as balas zumbiam, recolhendo, sendo que uma delas segundo a expressão do caboclo, —

“tastaviou”, não foi “seu...”, pronunciando o nome daquele que antes fora seu advogado e que ficara só assistindo.

Estava sendo levado à cadeia um preso, e antes de chegar ao presídio um político influente do lugar arrebatou das mãos do soldado o conduzido. O Oficial de Justiça comunicou-me o incidente. Determinei, de imediato, nova ordem de prisão, expedindo o mandado, com prisão também do político se esse ousasse impedir a ordem.

A Instituição do Direito e da Justiça tem, na civilização, forte e indispensável esteio para o surgimento da Democracia.

Esta envolve povo, envolve gente, envolve lei.

Todo poder emana do Povo e em nome dele é exercido. No mais profundo dos mistérios nascem e renascem multidões vivas de conceitos, pensamentos, na força do Verbo, forjando o progresso na Marcha do tempo. Assim, vão caminhando as Nações e, através da inteligência do Homem os acontecimentos no mundo ganham substância nas mais diversas manifestações, com Estética, com Arte e com Sabedoria.

“Senti inclinação pela Magistratura por desenvolver matérias referentes ao justo e correto, ao ordenamento e convívio social, contendo seriedade e honestidade”.

É necessário que o setor do Poder Judiciário, como os demais, não fique na retaguarda, mas avance, e avance sempre rumo ao futuro, o que também já vem acontecendo.

A tendência, na minha opinião, é a conquista dos espaços, utilizando-se da modernidade em benefício dos povos. Deve subsistir a independência dos poderes.

A Bandeira, símbolo da liberdade, deve conter um significado mais forte e vibrar mais intensamente nos corações de todos com paz e justiça.

Concluo manifestando desejo de uma Pátria grandiosa, cujos filhos vivam numa sociedade em que viceje a amizade recíproca.

“Todos serão felizes, quando todos forem felizes” (Cardeal Evaristo Arns).

DESEMBARGADOR ÉRICO BORGES



Nascido em família com origem na classe média, em minha terra natal — Curitiba — fiz o curso primário no “Grupo Escolar Arcipreste Paiva”. Na cidade de Caçador, em regime de internato marista, cursei o secundário no Ginásio Aurora.

Com orientação educacional voltada a enfrentar vestibular em Faculdade de Direito, fui transferido para a cidade de Curitiba onde cursei três anos do “Clássico” no Colégio Novo Ateneu e, a seguir, retornei para Santa Catarina, vindo para a cidade de Florianópolis onde prestei vestibular na Faculdade de Direito de Santa Catarina, no ano de 1954, vindo a ser diplomado em 8 de dezembro de 1958.

Iniciei minha vida profissional ainda como “Solicitador Acadêmico” no ano de 1956 na Procuradoria Jurídica da Prefeitura Municipal de Florianópolis.

A opção pela carreira de Magistrado deu-se em decorrência de antigo sonho acalentado desde a época dos bancos escolares na Faculdade de Direito, uma vez que os ideais de JUSTIÇA já estavam arraigados e que acabaram sendo reforçados pelos insistentes apelos de minha esposa e companheira.

Minha vida profissional iniciou-se na função de Sub-Procurador da Prefeitura Municipal de Florianópolis, onde trabalhei de 1957 a 1960. Após ingressei no Ministério Público, trabalhando de 1960 até 1963.

Exerci a advocacia nos anos de 1963 a 1966, e no ano de 1967 fui aprovado em concurso de Provas e Títulos, ingressando na Magistratura Catarinense.

Logo após a posse fui designado para a 19ª Circunscrição Judiciária com sede em Chapecó, tendo judicado nas comarcas de Xanxerê, Xaxim e Ponte Serrada, sendo removido a pedido para a Circunscrição Judiciária sediada na comarca de Tubarão. Promovido a Juiz de Direito, fiz carreira atuando nas comarcas de Capinzal, Braço do Norte, Concórdia, Lages, Joinville e Florianópolis.

Por fim, fui promovido por antigüidade ao cargo de Desembargador, em cujas funções me aposentei.

Durante todo o tempo em que exerci minhas funções judicantes sempre mantive um ótimo relacionamento com meus jurisdicionados, advogados, Promotores de Justiça e autoridades policiais e dos Poderes Executivo e Legislativo, acabando por ser condecorado, pela Câmara de Vereadores da cidade de Lages, com o título de “Cidadão Lageano”.

O dia-a-dia de um Magistrado, na época em que tomei posse, era um desafio constante, não só pelas dificuldades de deslocamentos entre as comarcas onde judicava, à época servidas com estradas sem qualquer tipo de pavimentação asfáltica, como também pela precariedade dos prédios onde os fóruns eram instalados, normalmente de madeira, com condições de conforto e higiene as mínimas possíveis, tudo aliado à quase absoluta falta de comunicação com outras cidades, em especial com o Tribunal de Justiça.

Além disso, havia também as imensas dificuldades de se conseguir boas escolas para a educação de ambas as filhas, as quais, graças ao abnegado esforço e dedicação da mãe, concluíram cursos superiores, formando-se a filha Solange em Economia e a filha Sarita em Direito (atualmente Escrivã Judicial).

Na maioria das comarcas onde atuei como Magistrado as sessões do Tribunal do Júri eram realizadas em clubes.

Aliás, sempre fui um apaixonado pela instituição do Tribunal de Júri, em razão de todos os seus aspectos, em especial porque era a sociedade local que julgava os atos criminosos de seus membros.

Jamais exerci durante toda a minha carreira como Magistrado outra função que não aquela a qual me dediquei inteiramente.

O momento pelo qual passa a Nação Brasileira, onde se vê um governo central preocupado por demais em atender às determinações de órgãos estrangeiros que querem o enfraquecimento do Poder Judiciário,

quer pelo arrocho e achatamento salarial de todos os membros deste Poder, como pelas inúteis e frustradas tentativas vergonhosas de constante desmoralização que acabam por incutir na opinião pública o engodo de ser o Poder Judiciário tão ou mais corrupto do que os demais poderes, torna difícil a vida do magistrado.

Por outro lado, o ingresso na Magistratura tem sido de certa forma facilitado a alguns poucos despreparados, dos quais não se exige qualquer tipo de prática forense, ou o efetivo exercício da advocacia, ou, o que é pior, sem que jamais tivessem trabalhado, bastando apenas ter obtido aprovação com êxito na Escola da Magistratura. Quanto ao ingresso na carreira, entendo deva ser exigido dos candidatos um mínimo de prática forense (em cartórios judiciais) de 3 (três) anos, ou efetivo e comprovado exercício da advocacia por no mínimo 5 (cinco) anos, além, é claro, de todos os demais requisitos já existentes.

A Magistratura em minha vida foi uma profissão de fé em prol de um ideal de Justiça que certamente consegui distribuir a todos aqueles que estiveram sob minha jurisdição, e também de respeito às Leis Pátrias e ao Tribunal de Justiça de meu Estado, além, é claro, da inteira e completa realização pessoal e profissional.

Quiçá possam todos os novos Juízes que representam de forma valorosa e dignificante a nossa reconhecida e respeitada Justiça Catarinense, com sua jovial e renovada disposição para o trabalho, que se revela cada vez mais intenso e mais árduo, atingir todos os seus ideais, para, por ocasião de suas aposentadorias, assim como eu, ter o sentimento do dever cumprido, do bem-estar consigo próprio, e sentir o espírito enlevado pelos fluidos cristalinos e duradouros, espargidos por Ele, o Juiz de todos os Juízes, que dentro de sua infinita sabedoria e bondade nos julgará pelos atos que aqui praticamos e aplicará a mais justa de todas as penas.

DESEMBARGADOR HELIODORO FRANZOI

Resolvi cursar Direito por influência de dois médicos, grandes amigos: Dr. José Vieira de Alencar e Dr. Plínio Matos Pessoa (já falecido). Acresce que um dos meus cunhados era Escrivão do Civil e acumulava a função de Oficial do Registro de Imóveis na Comarca de Morretes/PR, onde minha esposa nascera e onde, mais tarde, fui advogar, além de gerenciar uma usina de açúcar e lecionar no Ginásio e na Escola de Contabilidade.

Após concurso fui nomeado Juiz Substituto na 5ª Circunscrição Judiciária e em seguida Juiz Substituto na Comarca de Ituporanga. Efetivado, em agosto de 1961, na Comarca de Itaiópolis, com jurisdição em Papanduva e Monte Castelo. Sucessivamente jurisdicionei em Campos Novos, Jaraguá do Sul e por último Criciúma, de onde fui promovido a Desembargador, cargo que não cheguei a exercer, por ter sido forçado por problemas graves de saúde a me aposentar.

Aqui estão as raízes da grande saudade que tenho do meu tempo de magistrado. Do povo, dos advogados, dos promotores de justiça e das autoridades, tanto do executivo como do legislativo. Citar nomes redundaria em injustiça para muitos. Agradeceria, o que fiz muitas vezes, aos Prefeitos e Padres, estes em especial o de Itaiópolis e os de Campos Novos.

Acredito que as maiores dificuldades foram encontradas nas Comarcas de início de carreira, no que diz respeito às instalações dos juizados, nas residências e nos transportes. A manutenção da família e educação dos filhos é um capítulo à parte e muito triste. Estudavam geralmente internos em colégios distantes da sede da Comarca. No meu caso particular, em Curitiba, Passo Fundo, Blumenau e Florianópolis.

As residências para os juízes eram as mais deficientes, a não ser quando eram de propriedade das Prefeituras, como era o caso de Campos Novos.

No que diz respeito a transportes, os fatos são até engraçados, principalmente quando o magistrado não tinha condução própria.

Júri: Em Itaiópolis, na minha época, eram realizados no salão de baile do Clube Social; não sou contra a instituição como tal, e sim contra os atos iniciais, ou seja, o inquérito policial. Acredito que hoje já esteja mais aperfeiçoado.

Muito embora tenha sido docente quando advogava em Morretes (PR) não exerci normalmente o magistério enquanto Juiz e tive em Campos Novos uma passagem que me deixou muito feliz. Para controlar um caso existente em uma escola no distrito da Vargem, aceitei ser nomeado Diretor de um Grupo Escolar e consegui dar prosseguimento até o fim do ano letivo.

A magistratura representou, e ainda representa, mesmo aposentado, o que sou e o que tenho. As coisas ruins que passei foram suplantadas e muito pelas boas. Repetiria tudo outra vez.

OS ÓRGÃOS DE JULGAMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA¹

Desembargador Tycho Brahe Fernandes Neto²

A atual estrutura judicante do Tribunal de Justiça, que será referida no desenvolvimento do presente item, só foi alcançada após um longo percurso, cuja trilha demandou o significativo período de quase 105 anos.

Em 1891, quando da instalação do Superior Tribunal de Justiça, o único órgão de julgamento era o próprio Tribunal em sua composição plena. E nem poderia ser diferente. Composto de cinco (5) membros, entre os quais o Presidente, que não era contemplado na distribuição dos recursos, e o Procurador da Soberania do Estado, escolhido dentre os Desembargadores, que somente tomaria parte, na condição de julgador, "no julgamento dos feitos que não estiver impedido"³, conforme, em relação a este julgador, estatuiu o artigo 98, do Decreto n. 104, de 19 de agosto de 1891, a Corte não poderia, ainda que assim tivessem pretendido os seus componentes, subdividir-se em Câmaras julgadoras.

1 *Relato da evolução da estrutura do Tribunal, de 1891 até 1989, extraído da obra FERNANDES NETO, Tycho Brahe. História do Judiciário Catarinense. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. P. 280-298.*

2 *Presidiu o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina no período de março de 1994 a março de 1996.*

3 *Vide o art. 96, incisos I, II e III, e respectivas alíneas, do Decreto n. 104, de 19 de agosto de 1891, onde são arrolados os feitos nos quais o Procurador da Soberania do Estado officaria como representante do Ministério Público, gerando, em consequência, o seu impedimento para funcionar como julgador.*

Esta situação perdurou durante muito tempo, não obstante o posterior aumento do número dos integrantes do Tribunal. Basta, para alicerçar a assertiva precedente, lembrar que quando o Tribunal de Apelação (este o designativo, ao tempo de que se trata, do Tribunal), já contava com nove (9) Desembargadores por força do estatuído no artigo 54 da Constituição Estadual de 25 de agosto de 1935, tanto a Lei n. 60, de 10 de janeiro de 1936 (que dispunha sobre a organização judiciária do Estado), quanto o Regimento Interno do Tribunal, editado em 19 de junho de 1936, não continham qualquer referência, no concernente aos trabalhos judicantes do Tribunal, a Câmaras. No entanto, este quadro seria reformado em breve tempo.

Em 1940, por força do preceituado no artigo 15, do Decreto-Lei n. 431, de 19 de março (denominado Lei de Organização Judiciária), o Tribunal de Apelação teve a sua estrutura judicante modificada. A partir de então passou a ser composto "de duas Câmaras, com as denominações de 1ª e 2ª Câmara, organizadas pela forma que o Regimento Interno determinar", contando, cada uma das Câmaras, com "quatro juízes, inclusive o seu presidente", como decorria do parágrafo único do artigo supracitado.

Para uma pronta adaptação à nova realidade, na sessão de 26/3/1940 "Pelo Sr. Des. Presidente foi consultado ao Tribunal como se deve organizar as Câmaras em virtude da nova Organização Judiciária — se por sorteio ou se por qualquer outro critério? Com a palavra o Des. Medeiros Filho propôs que as Câmaras fossem assim organizadas: primeira — Medeiros Filho, Silveira Nunes, Urbano Salles e Henrique Fontes; segunda — Gil Costa, Gustavo Piza, Alfredo Trompowsky e Guilherme Abry. Ao fundamentar essa proposta, S. Excia. declarou que apesar da colocação dos nomes dos Juízes de cada uma das Câmaras coincidir com a ordem de antiguidade descendente alternada, não subordinava a organização a esse critério pela inconveniência da mudança dos Juízes de uma Câmara para outra toda vez que um deles deixasse definitivamente o Tribunal. Posta em votação a proposta do Sr. Des. Medeiros Filho foi a mesma aprovada justamente por coincidir os nomes dos Juízes indicados para cada uma das Câmaras com a ordem descendente da antiguidade alternada"⁴.

Na mesma sessão, e com o objetivo de regulamentar a ordem que deveria nortear a realização dos trabalhos do Tribunal, o Des. Medeiros Filho propôs "que as sessões ordinárias do Tribunal Pleno se realizem às quartas-feiras, as da Primeira Câmara às segundas e quintas, as da Segun-

4 *Tribunal de Apelação — Livro de Atas n. 25 — 1940 — págs. 28 e 28v. — Arquivo do TJSC.*

da às terças e sextas; que as sessões comecem às 13 ½ horas e terminem às 16 ½ se antes se não esgotarem os processos em mesa; que as sessões da Primeira e da Segunda Câmaras se realizem na mesma sala destinada às sessões do Tribunal Pleno; que a presidência da Segunda Câmara caiba ao mais antigo dos seus Juizes; que quando o dia da sessão recair em feriado esta se realize no dia útil imediato, tendo neste caso a sessão do Tribunal Pleno preferência no horário ao da sessão de qualquer das Câmaras, desde que o dia designado para a sessão do primeiro coincida com o designado para o de uma das referidas Câmaras, continuando essa preferência quando pelo mesmo motivo a sessão de uma dessas Câmaras for transferida para o dia designado para a sessão do Tribunal Pleno". E, ainda com o intuito de regular o funcionamento das Câmaras, o Des. Urbano Salles "propôs que quando uma das Câmaras tiver de efetuar a sessão no dia designado para a da outra, a que realizar a sessão adiada reunir-se-á das dez horas às doze e meia". E o Des. Guilherme Abry submeteu à apreciação do Tribunal proposta no sentido de "que os processos já distribuídos continuem o seu curso sem nova distribuição, determinando a competência da Câmara para o julgamento dos mesmos pelo Relator do respectivo feito, que nele já tenha (no original consta "terão") posto o visto; funcionando no julgamento desses processos o Revisor ou Revisores que neles já tiverem posto o visto, mediante convocação para a sessão do julgamento, pelo Presidente da respectiva Câmara"⁵.

As propostas foram aprovadas à unanimidade pelo Tribunal.

Devidamente organizadas, e com as normas regimentais acima indicadas, as Câmaras iniciaram os seus trabalhos.

Assim, a 1ª Câmara, integrada pelos Desembargadores João da Silva Medeiros Filho, Presidente, Américo da Silveira Nunes, Urbano Müller Salles e Henrique da Silva Fontes, realizou a primeira sessão às 13,30 horas do dia 28 de março de 1940, presente à mesma o Dr. Manoel Pedro da Silveira, Procurador Geral do Estado.

A 2ª Câmara, composta pelos Desembargadores Gil Costa, Presidente, Gustavo Toledo Pizza, Alfredo von Trompowsky e Guilherme Luiz Abry, no dia 29 de março de 1940, no mesmo horário, e com a presença do Dr. Procurador Geral do Estado acima mencionada, realizou a sua primeira sessão⁶.

A existência de duas Câmaras, no entanto, não determinou a divisão do trabalho em áreas específicas, pois ambas as Câmaras eram com-

5 *Livro e págs. cit.*

6 *Livro cit., págs. 30v. E 31.*

petentes para o julgamento da matéria civil e da criminal (excetuados os pedidos de *habeas corpus*, com os recursos decorrentes, e revisão criminal, da competência do Tribunal Pleno), conforme decorria do artigo 94, do citado Decreto-Lei n. 431, segundo o qual, "Os feitos, logo que protocolados, serão distribuídos entre as Câmaras, na Secretaria do Tribunal, alternadamente, obedecendo a rigorosa igualdade (...)".

As Câmaras, com os designativos 1ª e 2ª, e com a competência cumulativa para julgamentos, funcionaram até dezembro de 1941, ou, mais especificamente, a 1ª Câmara realizou a sua última sessão no dia 22 de dezembro de 1941, enquanto a 2ª Câmara, levando a efeito a sua 141ª sessão, encerrou as suas atividades no dia 19 de dezembro de 1941.

Como é sabido, no dia 3 de outubro de 1941, e com vigência a partir de 1º de janeiro de 1942, foi promulgado o Decreto-Lei n. 3.689, que instituiu o Código de Processo Penal.

O Interventor Federal no Estado, com o objetivo de adaptar a organização judiciária estadual ao dito Código, editou o Decreto-Lei n. 614, de 2 de março de 1942, cujo artigo 2º dispunha: "O Tribunal de Apelação, que tem sede na capital, compõe-se de nove desembargadores e de duas Câmaras, com as denominações de Câmara Civil e Câmara Criminal, organizadas pela forma que o Regimento Interno determinar".

Mais uma vez defrontava-se o Tribunal com a questão da organização das suas Câmaras, agora para resolver a composição das Câmaras em razão da matéria.

Na sessão do dia 4 de março de 1942, e após a manifestação do Des. Guilherme Abry sobre a matéria regulada pelo Decreto-Lei n. 573, de 4 de novembro de 1942⁷, "o desembargador Presidente propôs que a primeira organização das Câmaras fosse feita tendo em vista a ordem de antiguidade dos desembargadores, que nelas seriam incluídos alternadamente, ficando uma composta dos desembargadores Gil Costa, Urbano Salles, Henrique Fontes e Guedes Pinto, respectivamente, pela antiguidade, 1º, 3º, 5º e 7º e a outra dos desembargadores Erico Torres, Alfredo von Trompowsky, Guilherme Abry e Silveira de Souza, respectivamente, 2º, 4º, 6º e 8º. Seriam, em seguida, para sorteio, colocadas numa urna duas cédulas, uma com as palavras Câmara Civil e a outra com as palavras

7 "Art. 1º — O presidente e o vice-presidente do Tribunal de Apelação do Estado serão nomeados por um biênio pelo chefe do Poder Executivo. — Parágrafo único — O biênio começará a primeiro de janeiro. — Art. Os atuais presidente e vice-presidente do Tribunal de Apelação completarão o mandato, para que foram eleitos, até trinta e um de dezembro do corrente ano. — Art. 3º — Este decreto entrará em vigor a primeiro de janeiro de 1942, revogadas as disposições em contrário".

Câmara Criminal. A que fosse tirada indicaria a Câmara dos desembargadores da ordem ímpar. Outro alvitre foi apresentado pelo des. Henrique Fontes, com fundamento no maior número de processos criminais e no fato de uma das Câmaras dever ter quatro desembargadores e a outra só três, por isso que o Corregedor é nomeado dentre os desembargadores. Propôs, por esses motivos, que a Câmara Criminal tivesse quatro desembargadores, constituindo-se a Cível com três. A proposta do des. Fontes, que teve preferência na votação foi rejeitada por maioria de votos, sendo em seguida adotada por maioria a do des. Presidente. Passando-se ao sorteio, foi retirada da urna uma cédula com os dizeres Câmara Criminal, pelo que ficou a dita Câmara constituída pelos desembargadores Gil Costa, Urbano Salles, Henrique Fontes e Guedes Pinto, compondo-se a Câmara Civil dos desembargadores Erico Torres, Alfredo von Trompowsky, Guilherme Abry e Silveira de Sousa".

Na mesma sessão ficou assentado "que os desembargadores, podem, por permuta, passar de uma para outra Câmara, e que, havendo vaga em uma delas, podem os desembargadores da outra, pela ordem de antiguidade, pedir sua transferência".

Quanto aos dias das reuniões das Câmaras, "ficou também decidido que as Câmaras se reunirão duas vezes por semana cada uma. Sendo que a Câmara Civil se reunirá às segundas e quintas-feiras e a Câmara Criminal às terças e sextas-feiras", e, quanto ao horário das sessões, tanto das Câmaras, quanto do Tribunal Pleno, foi mantido o início às 13:30 horas, e o término às 16 horas, "podendo ser prorrogadas".

Na mesma oportunidade, "Deliberou mais o Tribunal que o Vice-Presidente será o Presidente da Câmara a que pertencer e o desembargador mais antigo o Presidente da outra Câmara"⁸.

A ata não contém referência a uma eventual redistribuição dos feitos. Tudo leva a crer que cada qual dos julgadores permaneceu como relator dos feitos até então a si distribuídos, e, gradualmente, efetuado o julgamento em uma ou outra Câmara, independentemente da condição de ser integrante da Câmara Civil ou da Câmara. Não fica, é claro, afastada a hipótese de outra ter sido a solução adotada, como, por exemplo, a de redistribuir os processos nos quais não houvera sido, até então, lançado o relatório e aposto o visto do Revisor.

A primeira sessão da Câmara Civil, sob a presidência do Desembargador Erico Ennes Torres, e com a presença dos Desembargadores Alfredo von Trompowsky, Guilherme Abry, Alcebíades Valério Silveira

8 Livro de Atas n. 28 — 1942, págs. 13 a 14 — Arquivo do TJSC.

de Sousa e do Dr. Manoel Pedro Silveira, Procurador Geral do Estado, foi realizada no dia 5 de março de 1942, sendo adiado o julgamento das duas apelações civis que estavam em pauta, posto que deliberado que se publicasse um novo edital de julgamento⁹.

A Câmara Criminal, com a presença dos Desembargadores Gil Costa, Presidente, Urbano Müller Salles, Henrique da Silva Fontes, e dos Desembargadores convocados Guilherme Luiz Abry e Alcebíades Valério Silveira de Souza, e a do Dr. Manoel Pedro Silveira, Procurador Geral do Estado, realizou a sua primeira sessão no dia 6 de março de 1942. Na oportunidade, o Procurador Geral do Estado apresentou em mesa, ou seja, devolveu, com pareceres, de três (3) Recursos criminais, que, por despacho do Presidente da Câmara foram encaminhados aos respectivos Relatores. Ademais, foram adiados os julgamentos de três (3) Recursos criminais e de duas (2) Apelações criminais, "a fim de que fosse publicada nova pauta devido a mudança de Câmaras"¹⁰.

A Lei n. 634, de 4 de janeiro de 1952, manteve a mesma composição, qual seja, duas Câmaras, e as mesmas designações.

Com o advento da Lei n. 1.552, de 31 de outubro de 1956, que modificou vários dispositivos da Lei n. 634, de 4 de janeiro de 1952, ocorreu modificação na organização do Tribunal de Justiça.

Assim, o Tribunal de Justiça passou a ser composto de onze Desembargadores, e dividido em três (3) Câmaras, com as denominações de Primeira e Segunda Câmaras Cíveis e Câmara Criminal, e, em decorrência, passa a ter existência um novo órgão de julgamento, as Câmaras Cíveis Reunidas.

O novo ordenamento legal fixou que "A Primeira Câmara Cível é composta de quatro Desembargadores e a Segunda, de três. A Câmara Criminal é composta de quatro Desembargadores". Estatuiu, também, que "O desembargador que deixar o cargo de Presidente do Tribunal ou de Corregedor Geral da Justiça tomará assento na Câmara de que fazia parte o respectivo sucessor, continuando, entretanto, em exercício, até que este último tome posse". E mais, "Cada Câmara será presidida pelo Juiz mais antigo. O Vice-Presidente do Tribunal presidirá a Câmara a que pertencer". Ainda: "As Câmaras Cíveis Reunidas funcionarão sob a presidência do Vice-Presidente do Tribunal, caso este tenha assento em uma delas; ou, em hipótese contrária sob a presidência do Juiz mais antigo das mesmas Câmaras" (Art. 14 e §§ 1º, 2º, 3º e 4º, da Lei n. 634, de 4 de janei-

9 *Livro cit. Na nota anterior, pág. 18 — Arquivo do TJSC.*

10 *Idem, pág. 19 — Arquivo TJSC.*

ro de 1952, com a redação decorrente da Lei n. 1.552, de 31 de outubro de 1956).

A primeira sessão da Primeira Câmara Civil foi realizada no dia 14 de março de 1957, "às quatorze horas, na sala das sessões do Tribunal de Justiça", ..., "com a presença dos desembargadores Osmundo Wanderley da Nóbrega, Presidente, Severino Nicomedes Alves Pedrosa, Ivo Guilhon Pereira de Mello e o doutor Fernando Ferreira de Mello, 2º Sub-Procurador Geral do Estado"¹¹.

Anteriormente, no dia 11 de março de 1957, "reuniu-se às quatorze horas, na sala das sessões do Tribunal de Justiça, a 2ª Câmara Civil, com a presença do senhor desembargador José do Patrocínio Gallotti, Presidente, os juízes convocados doutores Adão Bernardes, Eugênio Trompowsky Taulois Filho e o doutor Fernando Ferreira de Mello, 2º Sub-Procurador Geral do Estado. Aberta a sessão o sr. des. Presidente convidou para tomarem assento à mesa os srs. des. Osmundo Nóbrega, Presidente, em exercício, do Tribunal e Arno Pedro Hoeschl, Corregedor Geral da Justiça, tendo, em seguida, convidado os srs. desembargadores e procuradores presentes para ocuparem os lugares aos mesmos destinados. Disse S. Excia., ao declarar abertos os trabalhos da 2ª Câmara Civil, que estava possuído de grande satisfação em ocupar a presidência dessa Câmara criada pela lei n. 1.552, de 31 de outubro de 1956, e que esperava que a mesma, com os seus componentes, acompanhasse, de perto, a 1ª Câmara, distribuindo justiça, para poder elevar, como aquela, o nome do Tribunal Catarinense, não só dentro das fronteiras do Estado, mas fora delas.

Com a palavra o dr. Fernando Ferreira de Mello, 2º Sub-Procurador Geral do Estado, congratulou-se com o sr. des. Presidente e com os demais membros da Câmara pela instalação dos trabalhos da mesma, dizendo, ainda, que o Ministério Público estava confiante, dada a cultura jurídica dos seus componentes, que a 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça haveria de se ombrear à 1ª Câmara, elevando o alto conceito do Tribunal de Justiça.

O dr. Adão Bernardes, como representante dos membros da Câmara, também, apresentou ao sr. des. Presidente as suas congratulações pela instalação dos trabalhos da 2ª Câmara Civil, dizendo que tudo fariam para que os trabalhos da mesma seguissem o mesmo ritmo que vem sendo seguido pela 1ª Câmara. Congratulou-se com a Câmara por ter na sua pre-

11 *Livro de Atas — 1957, pág. 24 — Arquivo do TJSC.*

sidência o des. Patrocínio Gallotti, que com a sua cultura saberá dirigir os seus destinos com sabedoria e dedicação"¹².

Na sessão do dia 18 de março de 1957, a segunda da Segunda Câmara Civil, foi retificada a ata da sessão anterior porque "Disse o sr. des. Presidente que o que havia declarado, ao instalar os trabalhos da 2ª Câmara Civil, era que se congratulava com a Magistratura Catarinense, na pessoa do exmo. sr. des. Osmundo Wanderley da Nóbrega, Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em exercício, e com o povo catarinense, pela instalação dos referidos trabalhos; e ainda, que manifestava a certeza de que a 2ª Câmara Civil, na sua composição atual e na futura, estaria à altura da missão que lhe foi confiada"¹³.

A instalação e a concomitante realização da primeira sessão das Câmaras Cíveis reunidas, ocorreu no dia 16 de março de 1957, às dez horas, na sala de sessões do Tribunal de Justiça, com a presença dos Desembargadores Osmundo Wanderley da Nóbrega, Presidente, Severino Nico-medes Alves Pedrosa, Ivo Guilhon Pereira de Mello, José do Patrocínio Gallotti, os Juizes de Direito, convocados, Adão Bernardes, Eugênio Trompowsky Taulois Filho e o Dr. Vitor Lima, Procurador Geral do Estado.

Na ocasião, o Des. Osmundo Wanderley da Nóbrega, Presidente do novo órgão de julgamento, "disse que era esta a primeira sessão das Câmaras Cíveis Reunidas. Disse S. Excia. que se tratava de um acontecimento de real importância para a Justiça Catarinense. As transformações por que, ultimamente, passou o Tribunal de Justiça, em virtude da sanção da Lei n. 1.522, de 31 de outubro de 1956, que criou dois cargos de Desembargador, trouxeram, para o seu funcionamento, grandes modificações, quais sejam, a criação de mais uma Câmara Civil e, como consequência, as Câmaras Cíveis Reunidas. Disse que a criação da nova Câmara Civil, nos mesmos moldes da que já existia, não trouxe inovação para o Tribunal, mas, as Câmaras Cíveis Reunidas trouxeram para as Câmaras Cíveis a sua autonomia, pois que, vários recursos, que, anteriormente, eram julgados em tribunal Pleno, agora, com a instalação das Câmaras Cíveis Reunidas passaram para a competência destas. Disse S. Excia. que, apenas, as ações rescisórias continuam na competência do Tribunal Pleno, mas que, futuramente, poderão vir a ser da competência das Câmaras Cíveis Reunidas, o que seria mais lógico. Continuando, S. Excia. se referiu às críticas, às vezes ostensivas, que vinham sendo feitas à Magistratu-

12 Idem, *ibidem*, pág. 16.

13 Idem, *ibidem*, pág. 32

ra, bem como à pressão das partes que desejam ver suas questões decididas. Disse que, entretanto, uma das tradições da Justiça Catarinense era a presteza e a precisão nos julgamentos. O atrazo, a demora dos julgamentos não decorrem de negligência da Magistratura. Explicou que, antes da criação das novas comarcas, recentemente instaladas, a divisão judiciária do Estado era a mesma que a de 1935. Ao acréscimo sempre constante dos trabalhos forenses, não houve um aumento correspondente de comarcas na divisão judiciária. A União, por sua vez, atribuiu aos Juízes a Justiça Eleitoral, que tem prioridade sobre as demais, e que criou uma série de dificuldades; a Justiça do Trabalho, também sobrecarregando os Juízes, além da justiça da própria União, quer civil, quer criminal. Como decorrência disso, ponderou S. Excia., só poderia haver acúmulo de serviço e, conseqüentemente, atrazo nas decisões. O Tribunal, em virtude desse sobrecarregamento dos juízes, sugeriu, primeiramente, a criação de novas comarcas e, em decorrência, a criação das duas vagas de Desembargador. Os Poderes Executivo e Legislativo atenderam, com presteza, as sugestões do Tribunal. Daí a instalação, hoje, das Câmaras Cíveis Reunidas. Finalizando disse S. Excia. Que, ao declarar instalados os trabalhos das Câmaras Cíveis Reunidas, queria congratular-se com os Exmos. Srs. Desembargadores, com a Justiça, com o Tribunal, com os advogados e com todo o povo catarinense, porque sabia que esse novo órgão do Tribunal de Justiça haveria de honrar as tradições da Magistratura Catarinense".

Ato contínuo, o Dr. Vitor Lima, Procurador Geral do Estado, "em nome do Ministério Público, disse que a instalação das Câmaras Cíveis Reunidas era um marco extraordinário na história judiciária do Estado. Disse S. Excia. Que, com a necessidade, sempre crescente, de justiça rápida e eficiente, imprescindível se tornou a última reforma da Lei de Organização Judiciária, que, tão intimamente se refletiu no Tribunal de Justiça, e que expressava a preocupação da gente judiciária catarinense no atender a essas justas aspirações do povo de Santa Catarina. Falou S. Excia. Da satisfação do Ministério Público, que representa toda a média das aspirações da gente catarinense, em ver instalados os trabalhos das Câmaras Cíveis Reunidas. O Ministério Público e a gente barriga-verde, disse S. Excia., confiam, com segurança, nos inegáveis méritos dos membros das Câmaras Cíveis Reunidas. Finalizando, apresentou ao sr. Desembargador Presidente e demais membros as suas congratulações, dizendo que o Ministério Público firma o seu propósito de uma colaboração real e franca, para o bom andamento dos trabalhos judiciários".

Ao agradecer as congratulações manifestadas pelo Procurador Geral do Estado, o Presidente das Câmaras Cíveis Reunidas disse "que esperava que, com a alteração sofrida pelo Tribunal, com a criação de mais uma Câmara Cível e, conseqüentemente, das Câmaras Cíveis Reunidas, houvesse, também, no Ministério Público da superior instância, uma alteração, com a criação de mais uma Sub-Procuradoria para que não houvesse solução de continuidade nos trabalhos do Tribunal"¹⁴.

Durante quase dezessete (17) anos a estrutura julgadora do Tribunal permaneceu inalterada. Somente em 1973 é que ocorrerá a criação de um novo órgão de julgamento.

Na sessão extraordinária do Tribunal Pleno, realizada no dia 5 de fevereiro de 1973, e que houvera sido convocada "para a discussão e votação dos anteprojotos de Resolução e de Ato Regimental, bem como para a organização de lista para promoção, pelo critério de merecimento, de um cargo de desembargador", após a discussão das emendas apresentadas pela Comissão que elaborara o anteprojoto, com a posterior votação das mesmas, restou aprovada unanimemente a Resolução n. 1/73, cujo teor era o seguinte: "O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no uso de suas atribuições, e tendo em vista dar cumprimento à Emenda Constitucional n. 3, de 11 de janeiro de 1973, resolve aprovar a seguinte Resolução: Art. 1º — Fica criada, com a composição, organização e competência das demais, a Terceira Câmara Cível. — § 1º — A Câmara Criminal fica acrescida de mais um Desembargador. — § 2º — Os Desembargadores que comporão a Terceira Câmara Cível, bem como o que irá integrar a Câmara Criminal, serão escolhidos mediante sorteio, dentro os que forem nomeados para preencher os cargos criados pela Emenda Constitucional n.º 3, de 11 de janeiro de 1973. — Art. 2º — Antes de composta a Terceira Câmara Cível e completada a Câmara Criminal, os atuais Desembargadores, a pedido e com aprovação do Tribunal, poderão se remover para qualquer delas. — Parágrafo único — Havendo mais de um pedido para a mesma vaga, terá preferência o Desembargador mais antigo no Tribunal. — Art. 3º (...)"¹⁵.

Independentemente de outras considerações acerca da aplicação das normas contidas na Resolução n. 1/73, basta lembrar, visto estarmos versando sobre a Terceira Câmara Cível, que na sessão extraordinária do Tribunal Pleno, no dia 28 de fevereiro de 1973, foi realizado o sorteio previsto no § 2º, do artigo 1º, da citada Resolução, passando o referido

14 *Idem ibidem*, págs. 30 e 30v. — *Arquivo do TJSC*.

15 *Livro de Atas do Tribunal Pleno — 1973 — págs. 10 e 10v.* — *Arquivo do TJSC*.

órgão de julgamento, cuja presidência seria exercida pelo Des. Aristeu Rui de Gouvêa Schiefler, a ser integrado pelos Des. Waldyr Taulois e Geraldo Salles¹⁶.

A instalação, bem como a realização da primeira sessão da Terceira Câmara Civil, ocorreu no dia 8 de março de 1973, às 9 horas, na sala de sessões do Tribunal de Justiça, presentes os Desembargadores Aristeu Rui de Gouvêa Schiefler, Presidente, Waldyr Pederneiras Taulois, Geraldo Gama Salles e o Dr. Ayres Cesário Pereira, Procurador do Estado.

Na ocasião, inobstante o caráter informal, mas, nem por isso, menos solene do ato, o Des. Presidente "disse que estava possuído de grande satisfação em ocupar a presidência desta Câmara, criada pela Resolução n. 1/73, datada de 5 de fevereiro de 1973, e de ser a mesma constituída pelos eminentes desembargadores Waldyr Pederneiras Taulois e Geraldo Gama Salles e estava certo de que a mesma acompanharia as demais Câmaras deste Tribunal, distribuindo justiça, para poder elevar, como aquelas, o nome do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina".

O Dr. Ayres Cesário Pereira, Procurador do Estado (hoje, Procurador de Justiça), "congratulou-se com o Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente e com os demais membros da Câmara pela instalação dos trabalhos da mesma, dizendo, ainda, que o Ministério Público estava confiante, dada a cultura jurídica de seus membros componentes, e que a 3ª Câmara Civil haveria de se ombrear às demais Câmaras, elevando o alto conceito do Tribunal de Justiça".

O Des. Geraldo Gama Salles, "como representante dos membros da Câmara, apresentou ao Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente, as suas congratulações pela instalação dos trabalhos, dizendo, também, que tudo fariam no sentido de que a 3ª Câmara Civil seguisse o mesmo ritmo das demais Câmaras deste tribunal. Congratulou-se com a Câmara, por ter na sua presidência o eminente desembargador Aristeu Rúi de Gouvêa Schiefler que, com sua cultura, saberá dirigir os seus destinos com sabedoria e dedicação"¹⁷.

O artigo 505, inciso I, alínea "a", da Resolução n. 1/75, de 22 de dezembro de 1975, criou a Segunda Câmara Criminal. Desta forma, a egrégia Câmara Criminal, instalada no agora longínquo mês de março de 1942, e após a realização de 2.178 sessões ordinárias, deixava de existir com a denominação que até então a caracterizara.

16 Idem, *pág. 21*.

17 *Livro de Atas da Terceira Câmara Civil — 1973 — pág. 1 — Arquivo do TJSC.*

No dia 20 de maio de 1976, às 9 horas, em sessão extraordinária na sala de sessões do Tribunal de Justiça, em caráter extraordinário, realizou-se a última sessão da Câmara Criminal, presentes os Desembargadores João de Borba, Presidente, Marcílio João da Silva Medeiros, Eugênio Trompowsky Taulois Filho, Francisco May Filho, Tycho Brahe Fernandes Neto e o Doutor Hélio Sacilotti de Oliveira, Procurador do Estado.

Após, conforme norma regimental, a conferência e publicação dos acórdãos referentes aos feitos julgados até aquela data, e o julgamento de quatro apelações criminais, o Des. João de Borba, "depois de fazer um levantamento geral dos trabalhos até o presente momento da Egrégia Câmara Criminal, pois de agora em diante irá funcionar como 1ª e 2ª Câmara Criminal," agradeceu "a dedicação e o trabalho de todos, e se despedia dos que ficavam na 1ª Câmara Criminal, esperando que mesmo divididos continuassem com a mesma amizade e harmonia, que sempre até agora existiu. Agradeceu a cooperação dos funcionários que serviram junto à Câmara", referindo-se, com palavras elogiosas, à "participação muito especial da Procuradoria Geral do Estado".

Em nome dos demais membros da Câmara, falou o Des. Marcílio Medeiros, fazendo referência "à dedicação e trabalho de S. Exa. o Presidente, e teceu considerações sobre a harmonia e dedicação dos membros da Câmara".

O Dr. Hélio Sacilotti de Oliveira, "em nome da Procuradoria Geral do Estado, agradecia as palavras elogiosas dos Exmos. Srs. Desembargadores Presidente e Marcílio Medeiros, e que tudo faria para continuar (a) colaborar, como até agora"¹⁸.

Conforme dito anteriormente, a matéria criminal seria, a partir da criação da Segunda Câmara Criminal, a ser distribuída entre três órgãos de julgamento: a Primeira Câmara Criminal e a Segunda Câmara Criminal, que, juntas, formavam as Câmaras Criminais Reunidas.

A instalação da 2ª Câmara Criminal ocorreu no dia 20 de maio de 1976, às 14 horas, na sala de sessões para esse fim destinada, com a presença dos Desembargadores Rubem Moritz da Costa, Presidente, Francisco May Filho, Ivo Sell, e o Dr. Hélio Sacilotti de Oliveira.

"Aberta a sessão o Exmo. Sr. Des. Rubem Costa, na presidência, disse: Senhor Presidente do Tribunal de Justiça, Senhores Desembargadores. Atendendo resolução do Egrégio Tribunal Pleno dou por instalada a 2ª Câmara Criminal e convido o Exmo. Sr. Des. João de Borba a assu-

18 *Livro de Atas da Câmara Criminal — 1976 — Arquivo do TJSC.*

mir a presidência, em face de uma permuta efetuada e deferida pelo Egrégio Tribunal Pleno"¹⁹.

O Des. João de Borba, assumindo a presidência da nova Câmara Criminal, após saudar os presentes àquela sessão, disse: "Acabou de ser instalada a 2ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Ela irá funcionar daqui para frente apenas com três membros, mas mesmo assim eu tenho certeza que tudo farão para não desmerecerem as tradições de serenidade processual, honestidade profissional, especialmente o desejo firme e inarredável de manter sempre elevado o ideal da própria Justiça.

Espero e peço a Deus nesse momento, que as nuvens que estão a conturbar os nossos horizontes desapareçam (o) mais breve possível e que volte a brilhar o sol esplendoroso, que sempre se fez presente nas relações entre os Poderes do Estado de Santa Catarina.

Assumindo a presidência desta Egrégia 2ª Câmara Criminal, quero renovar nesse instante os agradecimentos que fiz hoje pela manhã aos colegas que deixamos na extinta Câmara Criminal, funcionários deste Tribunal e a Procuradoria Geral do Estado, que em nenhum momento nos faltou, sempre se fez presente de maneira a mais elogiável possível. Esta Câmara, Senhores, eu tenho certeza e vou repetir há de manter as tradições do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Como não temos ainda distribuição, me resta apenas agradecer a presença de todos que aqui vieram, para nos animar, para dizer que estão conosco e finalmente para significar que acreditam no trabalho que haveremos de produzir neste Tribunal. Muito obrigado a todos".

Em seguida, pedindo a palavra, o Doutor Procurador Geral (*sic*) do Estado, disse, tendo, antes, saudado os presentes: "Esta Procuradoria Geral do Estado vê na instalação desta Câmara um momento histórico da vida judiciária, principalmente tendo em vista as dificuldades que ... são do conhecimento de Vossas Excelências. Mas apesar disso esse Tribunal que nunca desmereceu o conceito que desfruta perante a coletividade catarinense, o Tribunal, que com a Divisão e Organização Judiciárias, alterou substancialmente a estrutura judiciária do Estado, procurou contorná-las e o fez sensível às necessidades do bem comum e voltado para os altos interesses da Justiça.

Com as lições de experiência judicante, implantando, como já disse, os novos organismos judiciários, com novos padrões, que procurarão

19 Por força da permuta referida o Des. Rubem Moritz da Costa passou a integrar a egrégia Primeira Câmara Criminal.

superar as dificuldades de então e atendendo ao surto do progresso, não só do progresso jurídico, mas como o social e econômico, que a partir da última década experimenta o nosso país.

Apesar de tudo, não esqueceram Vossas Excelências, dentro da urgência de sua implantação, de por em prática sem mais demora o novo Código de Divisão e Organização, representado nessa sessão solene com a instalação da 2ª Câmara Criminal, a fim de que, acima de tudo, o interesse coletivo e ordem jurídica nacional, não sofram soluções de continuidade. E finalizando gostaria de repetir, em homenagem ao eminente chefe do Ministério Público, Dr. Napoleão Xavier do Amarante, as últimas palavras do seu discurso na sessão plenária de ontem, que são as seguintes: "O Ministério Público, em sua primeira e segunda instâncias, congratula-se com esta Casa pela feliz e inteligente iniciativa, porque a nova divisão deste Egrégio Tribunal, ajusta-se a uma aspiração generalizada de que se faz necessária a remodelação de estruturas, no Âmbito judiciário, desprendendo-se dos padrões clássicos.

A par desta manifestação quero desejar, também, que a Justiça Catarinense continue sendo sempre o órgão de segurança da liberdade individual e o instrumento restaurador do direito violado ou malferido"²⁰.

A primeira sessão ordinária da egrégia Segunda Câmara Criminal foi realizada no dia 27 de maio de 1976, com a presença dos Desembargadores João de Borba, Presidente, Francisco May Filho e Ivo Sell, e do Doutor Jádél da Silva, Procurador do Estado.

Por sua vez, a egrégia Primeira Câmara Criminal realizou a sua primeira sessão no dia 25 de maio de 1976, às 14 horas, presentes os Desembargadores Eugênio Trompowsky Taulois Filho, Presidente, Rubem Moritz da Costa e Tycho Brahe Fernandes Neto, e o Doutor Aloysio de Almeida Gonçalves, Procurador do Estado²¹.

No dia 9 de junho de 1976, às 14 horas, sob a presidência do Des. João de Borba, presentes os Desembargadores Marcílio João da Silva Medeiros, Eugênio Trompowsky Taulois Filho, Rubem Moritz da Costa, Francisco May Filho, Ivo Sell e Tycho Brahe Fernandes Neto, e o Doutor Hélio Sacilotti de Oliveira, ocorreu a instalação das Câmaras Criminais Reunidas.

O evento, simples como todas as demais instalações das outras Câmaras, mas solene por aquilo que representava, restou assinalado pelas palavras do Des. João de Borba: "Dentro da nova orientação dada pela

20 *Livro de Atas da 2ª Câmara Criminal — 1976 — págs. 1 e Iv. — Arquivo do TJSC.*

21 *Livro de Atas da 1ª Câmara Criminal — 1976 — pág. 1 — Arquivo do TJSC.*

Lei de Divisão e Organização Judiciárias, neste instante se instala um novo órgão julgador neste Tribunal: as Câmaras Criminais Reunidas.

Por força daquele diploma legal e dada (a) minha condição de Vice-Presidente deste Egrégio Tribunal, compete-me exercer sua presidência, quando Desembargadores mais antigos do que eu, e que a compõem, melhor o poderiam fazer, dada suas vastas culturas jurídicas e suas experiências adquiridas, inclusive, quando, com brilho invulgar, exerceram a presidência de nosso Tribunal.

Quero, porém, e mesmo assim, apresentar a todos os componentes desse órgão, meus votos de boas vindas e meu desejo de que, todos juntos, unindo esforços, consigamos das Câmaras Criminais Reunidas o mesmo respeito, o mesmo renome, a mesma certeza de julgamentos rápidos, estudados, humanos e justos, que detinha o Tribunal Pleno quando na sua antiga competência.

Agradecendo a presença de todos, e esperando que nossos trabalhos não de justificar, com o auxílio valioso e imprescindível da Procuradoria Geral do Estado e de nossa Secretaria, dou por instaladas as Câmaras Criminais Reunidas".

O Des. Marcílio Medeiros, em seu nome e dos demais membros, afirmou que "tudo fariam para cada vez mais elevar o nome do Poder Judiciário"²².

A partir de 1976, o arcabouço judicante do Tribunal de Justiça era integrado pelos seguintes órgãos: Tribunal Pleno; Câmaras Cíveis e Criminais Reunidas; Câmaras Cíveis Isoladas, com a denominação de primeira, segunda e terceira; Câmaras Criminais Isoladas, com a denominação de primeira e segunda.

Cabe salientar que até 1980, no período de férias coletivas, funcionava uma Câmara Especial, com competência para julgar *habeas corpus* e apreciar os pedidos de liminares em mandado de segurança.

A Constituição Estadual de 1989, ao estatuir que o Tribunal de Justiça "compõe-se de no mínimo vinte e sete Desembargadores" (Art. 82), e dispor que "no Tribunal de Justiça, a seu critério, poderá ser constituído Órgão Especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais do Tribunal Pleno" (Art. 78, XI), determinou a reformulação da estrutura judicante da Corte Catarinense.

22 Livro de Atas das Câmaras Criminais Reunidas — 1976 — pág. 1 — Arquivo do TJSC.

Para adaptar-se à nova realidade decorrente das normas constitucionais, o Tribunal de Justiça, em sessão extraordinária realizada no dia 22 de novembro, aprovou o texto do Ato Regimental n. 02/89, que alterou a composição dos órgãos de julgamento do Tribunal e a competência do Presidente e do Vice-Presidente.

Por força do contido no Art. 2º do referido Ato Regimental, os órgãos de julgamento do Tribunal de Justiça passaram a ser os seguintes: "I — o Tribunal Pleno, constituído em Órgão Especial com 15 membros, dos quais, natos serão o Presidente do Tribunal, o Vice-Presidente e o Corregedor Geral da Justiça, com as atribuições constantes dos arts. 87 e 89, da Lei n. 5.624, de 09/11/79; II — as Câmaras Cíveis e Criminais Reunidas; III — as Câmaras Cíveis Isoladas, com a denominação de primeira, segunda, terceira e quarta; IV — as Câmaras Criminais Isoladas, com a denominação de primeira e segunda; V — o Conselho Disciplinar da Magistratura".

Na oportunidade em que foi discutida a instituição do Órgão Especial, a questão que mais debates suscitou foi a referente ao número de componentes do novo órgão de julgamento.

No concernente ao número de integrantes do Órgão especial, prevaleceu a corrente de opinião que preconiza fosse o mesmo constituído por quinze membros, enquanto o entendimento minoritário propunha a composição com onze membros.

Na mesma sessão, também por maioria, ficou assegurada "...a participação dos atuais membros do Tribunal no Órgão Especial, observando-se o limite de quinze, a partir do momento em que tiverem vagado os cargos excedentes"²³.

Outra questão que ensejou discussão estava relacionada com a necessidade, ou não, de lei complementar instituindo formalmente o Órgão Especial, pois, conforme afirmado pelo Des. Norberto Ungaretti, "...o art. 83, II, da Constituição Estadual e o art. 96, I, "a", da Constituição Federal não se referem à criação de órgãos julgadores".

Quanto a este tópico, prevaleceu o entendimento de que o Tribunal dispunha de autonomia administrativa para criar o Órgão Especial independentemente de outra lei, visto tratar-se, em última análise, de assunto interno²⁴.

Ainda em relação ao Órgão Especial, é de ser dito que em mais de uma oportunidade, muitas vezes informalmente, e, mesmo, formalmen-

23 Vide o parágrafo único do artigo 2º, do Ato Regimental n. 2, de 22 de novembro de 1989.

24 Atas do Tribunal Pleno — 1989 — Arquivo do TJSC.

te²⁵, tem sido ventilada a sua extinção. No entanto, até os dias atuais, o mesmo permanece como um dos órgãos de julgamento do Tribunal de Justiça.

Conforme já consignado, o Ato Regimental n. 2/89, na parte final do inciso III do art. 2º, criou a Quarta Câmara Civil, sendo, desde logo, determinadas as providências administrativas, notadamente a fixação do prazo para a apresentação dos pedidos de remoção, e, de pronto, adotadas as soluções para a instalação da mesma.

25 *A este respeito, consulte-se a ata referente à sessão do dia 15 de maio de 1991.*

A ATUAL ESTRUTURA DAS CÂMARAS CIVIS DO TRIBUNAL

Des. João José Ramos Schaefer

1º Vice-Presidente

A Lei Complementar n. 195, de 22 de maio de 2000, elevou o número de membros do Tribunal de 27 para 40, dispondo que o preenchimento dos novos cargos seria feito de acordo com as possibilidades orçamentárias do Poder Judiciário.

A ampliação era de todo justificada desde que, ao ser elevado de 22 para 27 o total de Desembargadores, em 1989, o Tribunal julgava por ano cerca de 5.600 processos.

De então para cá esse número cresceu significativamente. A distribuição em 1999 foi de 24.339 recursos, só no Cível 20.669.

Inicialmente foram preenchidos três dos novos cargos criados, o que se deu em sessão de 2 de agosto de 2000, quando escolhidos os Desembargadores Volnei Carlin, Galvão Nery Caon e César Medeiros.

Com trinta membros, foi possível, então, adotar uma providência há muito cogitada, a especialização das Câmaras Cíveis, em relação às quais o aumento do número de processos fora mais significativo.

Levantamento da natureza das demandas objeto dos recursos cíveis indicou que cerca de 31% dos processos envolviam matéria de Direito Público e 69% de Direito Privado, mais da metade destes (36% do total de recursos cíveis) relacionada a operações bancárias.

Considerou-se, igualmente, que *“participando nos julgamentos, três Desembargadores, não há necessidade de que as Câmaras se componham de quatro membros permanentes, uma vez que, a cada julgamento, um apenas assiste aos debates, resultando, no cômputo geral, prejuízo de significativo tempo, que pode ser aproveitado no exame e deliberação de outros processos”* (da justificação do Ato Regimental).

As substituições eventuais de um dos três membros das Câmaras, na verdade, poderia ser feita pelos Juízes de Direito Substitutos de Segundo Grau.

O Ato Regimental n. 41/2000, de 9 de agosto de 2000 dispôs, então, que as Câmaras passariam a ter três membros. A par disso, criou a 5ª e 6ª Câmaras Cíveis, competentes para o julgamento de todos os recursos e ações originárias em matéria de Direito Público, instituindo, também o 3º Grupo de Câmaras de Direito Civil, integrado pelas duas novas Câmaras.

Estabeleceu o Ato Regimental, também, regra para a redistribuição, a partir de 11 de setembro daquele ano, dos recursos de competência das novas Câmaras, que estavam tramitando nas antigas, e dispondo que os envoltivos de Direito Público, protocolados a partir de 11 de setembro seriam distribuídos diretamente para as 5ª e 6ª Câmaras. Definiu, outrossim, a competência das 1ª e 2ª Câmaras para questões de Direito Civil e das 3ª e 4ª para as de Direito Comercial.

Tendo em vista o grande número de feitos que seriam redistribuídos das duas primeiras para as duas últimas Câmaras e vice-versa, ficou-se para tal fim o dia 1º de janeiro de 2001.

Paralelamente, o Ato Regimental em apreço criou a 2ª Vice-Presidência, para qual foi eleito o eminente Des. Francisco Borges, sendo-lhe atribuída competência para o exame de admissibilidade dos recursos extraordinários e especiais em matéria criminal, bem como a Presidência da Câmara Cível Especial.

Esta, que veio a ser popularizada com o nome de Câmara de Agravos, é composta, ainda, por mais três Juízes de Direito Substitutos de Segundo Grau. Foi instituída para a apreciação de pedidos de efeito suspensivo de agravos contra interlocutórias de primeiro grau, e para julgamentos dos recursos contra decisões de seus próprios membros.

A criação dessa Câmara tornara-se, de fato, imperiosa à vista da nova conformação dos agravos, distribuídos diretamente no Tribunal, com possibilidade de o relator conferir-lhes efeito suspensivo.

O número desses recursos, em verdade, cresceu extraordinariamente após a reforma processual, principalmente ante a criação da tutela

antecipada, a propiciar recurso do que pleiteou e não obteve a outorga da tutela, ou daquele contra o qual deferido o instituto.

A par disso, multiplicaram-se as ações revisionais de contratos bancários, generalizou-se o uso do *leasing*, vindo a inscrição de devedores nos cadastros restritivos de créditos a suscitar também inúmeros recursos, tudo o que tornava de fato inadiável a criação da Câmara Cível Especial que foi uma “*solução catarinense*” para o tormentoso problema dos agravos em sua nova configuração.

Estabeleceu-se, claramente (§ 2º do art. 12), que “*A distribuição e as decisões proferidas na Câmara Civil Especial não a tornam preventiva para o julgamento dos recursos ou pedidos posteriores, tanto na ação, quanto na execução, referentes ao mesmo processo, nos termos do art. 54 do RITJSC, na redação do Ato Regimental n. 22/93*”, de sorte que proferido o despacho inicial, de admissibilidade do recurso, de concessão ou não do efeito suspensivo requerido e mandada intimar a parte contrária, o agravo é distribuído à Câmara competente, já então com a resposta do agravado.

É claro que o novo relator procederá a um outro estudo dos autos para relatá-lo perante a Câmara, além daquele, mais sumário, que fizera o relator da Câmara de Agravos, o que seria uma desvantagem da sistemática adotada, mas os agravos, agora, são distribuídos, inicialmente, a julgadores voltados especificamente para o exame dos pedidos de efeito suspensivo, o que, a par de propiciar maior uniformidade de entendimento em relação às questões objeto desses pedidos, permite que os relatores das Câmaras ordinárias possam ter maior concentração na análise das apelações e das questões de mérito dos agravos, sem serem instados a cada dia, com novos pedidos de efeito suspensivo.

A especialização das Câmaras, medida que o eminente Des. Newton Trisotto, num improviso no Órgão Especial, considerou a “*novidade mais vitoriosa nos últimos anos no Tribunal*”, possibilitou um incremento notável no número de julgamentos da Corte. Não obstante ter sido implantada totalmente apenas a partir de janeiro de 2001, já mostra resultados palpáveis.

Julgados no cível 16.739 processos em 2000, neste ano, de janeiro a agosto, já foram julgados 11.920 feitos, o que prognostica um total de 19.866 recursos julgados nas Câmaras Cíveis em 2001.

O tempo de permanência dos processos no Tribunal desde o seu protocolo até a baixa à comarca de origem ou admissão dos recursos às instâncias superiores está se reduzindo gradativamente.

Há, é claro, um número considerável de processos pendentes de anos anteriores o que, a par da crescente distribuição de novos feitos, torna inafastável o preenchimento dos outros cargos de Desembargador já criados, mas os reflexos favoráveis da especialização já se mostram evidentes, traduzindo-se em prestação jurisdicional, sem dúvida alguma, mais célere.



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

APelação CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 00.016363-5, DE CHAPECÓ

Relator: Des. João Martins

Apelação cível em mandado de segurança — Lei municipal estabelecendo a obrigatoriedade de as instituições bancárias afixarem tabela de preços de seus serviços nas áreas interna e externa de suas agências — Assunto de interesse local — Recurso e remessa providos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 00.016363-5, da comarca de Chapecó, em que é apelante o Prefeito Municipal de Chapecó e apelado Unibanco — União de Bancos Brasileiros S.A.:

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e da remessa, e dar-lhes provimento.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Unibanco — União de Bancos Brasileiros S.A. impetrou, na comarca de Chapecó, mandado de segurança

com pedido de liminar contra ato do Prefeito Municipal de Chapecó e do Coordenador de Defesa do Consumidor por autuação para cumprimento da Lei Municipal n. 3.981/99, que dispõe sobre a afixação de tabela de preços dos serviços nas agências bancárias situadas no município.

Alega a inconstitucionalidade da referida lei, porquanto trata de matéria da competência da União Federal.

Deferida a liminar e seguindo o feito seus trâmites regulares, sobreveio a prestação jurisdicional monocrática concedendo a segurança.

Irresignados, apelaram o Prefeito Municipal de Chapecó e o Coordenador Municipal de Defesa do Consu-

midor, aduzindo não existir invasão de competência, mas somente exercício do poder de fiscalização.

Foram apresentadas contra-razões.

Ouvido o representante ministerial do primeiro grau, ascenderam os autos a esta instância, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Raul Schaefer Filho, opinado pelo conhecimento e provimento da remessa.

II — Voto

O cerne da questão está na alegada inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 3.981/99, que torna obrigatório às instituições bancárias fixar na área interna e externa de suas agências tabela de preços dos serviços oferecidos.

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 48:

“Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos artigos 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

(...)

“XIII — matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações”.

Por outro lado, o artigo 192 preceitua:

“O Sistema Financeiro Nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:

(...)

“IV — a organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central e demais instituições financeiras públicas e privadas”.

Quanto à competência dos municípios, o art. 30 da Constituição Federal dispõe que poderão “legislar sobre assuntos de interesse local” (inciso I) e “suplementar a legislação federal e estadual no que couber” (inciso II).

Cabe verificar se entre os assuntos de interesse local estaria inserida a competência dos municípios de legislar sobre a afixação de tabela de preços dos serviços oferecidos pelas agências bancárias.

O Promotor de Justiça Rogério Ponzi Seligman bem assinalou:

“É sabido competir à União legislar sobre direito financeiro e instituições financeiras, conforme dispõem os artigos 24, I, e 48, XIII, da Constituição Federal.

“Contudo a matéria sob exame parece não se referir àqueles dispositivos concernentes ao direito financeiro e às instituições financeiras, mas à relação de consumo e sua fiscalização.

“O ato normativo atacado — Lei n. 3.981/99 — que dispõe sobre a afixação de tabela de preços e serviços nas agências bancárias estabelece:

‘Art. 1º. Ficam as agências bancárias, no âmbito do Município, obrigadas a fixar nas áreas interna e externa das agências, em local visível e de fácil leitura, tabela de preços dos serviços oferecidos.

‘Parágrafo único. As tabelas deverão ter a dimensão de 100cm (cem centímetros) de altura e 60cm (sessenta centímetros) de largura’.

“À evidência, a norma não tem caráter financeiro, nem busca regulamentar o funcionamento e as atribuições das instituições bancárias e tampouco interfere na matéria cambial e monetária. Tutela, tão-somente, o direito do consumidor, consubstanciado no direito de acesso à informação.

“Fundamenta-se no art. 55, § 1º, da Lei n. 8.078/90 — Código de Defesa do Consumidor, in verbis:

‘Art. 55. ...

‘§ 1º. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias’.

“O fato de haver regulamentação sobre a obrigatoriedade de afixação da tabela de preços (Resolução n. 2.303/96, do Banco Central) não inibe a competência legislativa municipal. Ela subsiste, alimentada pelo art. 30, incisos I e II, da Constituição Federal, que atribuem ao Município, respectivamente, legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal no que couber.

“Cabe lembrar José Afonso da Silva, que, comentando o dispositivo constitucional, concluiu (Curso de Direito Constitucional Positivo, 9ª ed., 3ª tir., São Paulo, Malheiros, 1993, pág. 548):

‘Aí, certamente, competirá aos Municípios legislar supletivamente sobre: 1) proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; 2) responsabilidade por da-

no ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, turístico e paisagístico local; 3) educação, cultura, ensino e saúde no que tange à prestação desses serviços no âmbito local; 4) direito urbanístico local etc.’

“Aliás, a própria existência de regulamentação por parte do Bacen já autoriza o Procon — uma das autoridades impetradas — a proceder a medidas de cunho fiscalizatório, forte no art. 105 da Lei n. 8.078/90.

“A questão foi muito bem abordada pelo insigne Promotor de Justiça Paulo Antônio Locatelli, profundo conhecedor da matéria consumerista, no parecer de fls. 73/8:

‘Percebe-se que há proibições quanto à possibilidade do município legislar. Porém, não é vedado ao município legislar no sentido de defesa e proteção do consumidor. É bem verdade que, em se tratando de fixação de honorários bancários, já se decidiu, conforme inúmeras jurisprudências colacionadas na exordial, que é de competência exclusiva da União porque transcende ao interesse local do Município. Contudo, ao contrário do que alega o impetrante, essa matéria não possui ‘estreita ligação com a aqui alegada’. Ocorre que a legislação municipal em apreço trata da matéria referente à defesa do consumidor e não interfere na gerência ou administração do estabelecimento bancário’.

“A conclusão é que, não se tratando de norma de direito financeiro, mas visando à proteção do direito do consumidor, não houve qualquer invasão de competência legislativa por parte do Município, e o Procon agiu de forma legítima, cumprindo seu dever

de fiscalização, ao autuar a agência bancária do apelado” (fls. 103 a 105).

Assim, conhece-se do recurso e da remessa, dando-se-lhes provimento.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, à unanimidade, conhecer do recurso e da remessa, dando-lhes provimento.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Volnei Carlin e Torres Marques. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 15 de março de 2001.

João Martins,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 00.005417-8, DA CAPITAL

Relator: Des. Luiz César Medeiros

Tributário — Serviço de esgoto sanitário mediante concessão — Preço público caracterizado — Exegese dos arts. 30 e 175 da CF e 9º da Lei n. 8.987/95 — Precedentes do STF.

A compulsoriedade, por si só, não pode servir de critério absoluto para estabelecer a natureza jurídica da denominada “Taxa de Esgoto”. A obrigatoriedade da utilização do serviço colocado à disposição dos usuários, como critério para distinguir a taxa do preço público, só mostra-se relevante quando esse serviço é prestado diretamente pelo próprio Estado, e não quando realizado por meio de concessão, até porque, como sabido, é vedada a delegação dos serviços típicos do Estado.

Teoricamente, não há óbice à cobrança por meio de tarifa, tudo dependendo do regime jurídico que disciplina a prestação do serviço, pois tarifa é a sua contraprestação, sendo justa a remuneração do capital investido em favor dos usuários.

Para a conceituação de taxa, basta que a utilidade seja posta à disposição do contribuinte; em se tratando de preço público, a incidência concretiza-se com a efetiva utilização.

Quer seja por considerar que em se tratando de serviço prestado mediante concessão torna-se impraticável a remuneração por taxa do gênero tributo, quer seja pela incoerência de norma consti-

tucional obstativa à contraprestação via preço público, de acordo com a melhor doutrina, a tarifa cobrada pelo fornecimento de água e esgotamento sanitário é preço público, não possuindo, via de consequência, caráter tributário. Não padece, portanto, de qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade a cobrança do denominado faturamento de esgoto, patrocinada pela Casan, em obediência à Lei Estadual e Municipal, regulada pela Resolução n. 418/92.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 00.005417-8, da comarca da Capital (1ª Vara), em que é apelante Companhia Catarinense de Águas e Saneamento — Casan e apelada NC Hotéis Turismo Ltda.:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso e à remessa.

Custas pelo impetrante.

I — Relatório

Trata-se de apelação interposta pela Companhia Catarinense de Águas e Saneamento — Casan, pretendendo a reforma da respeitável sentença de fls. 229/237, proferida nos autos do Mandado de Segurança n. 023.99.030624-3, impetrado por NC Hotéis Turismo Ltda., pelo qual o digníssimo Juiz a quo, concedeu “a segurança pleiteada, em caráter definitivo, ratificando os termos da liminar, reconhecendo, assim, o direito líquido e certo do impetrante e declarando a ilegalidade e inconstitucionalidade da Resolução n. 418/92 (fl. 124) que fixou a taxa de esgoto sanitário em 80% (oitenta por cento) da tarifa de água”. Condenou, ainda, a requerida, ao pagamento de custas processuais.

Argumenta a recorrente, em síntese, que “o fator determinante da configuração da tarifa é a prestação de serviço público, quer seja compulsório ou facultativo, por meio de concessionária” defendendo, assim, a legalidade da cobrança da taxa. Aduz que a medida atende ao interesse dos próprios usuários, eis que vem lhes sendo cobrado valor menor que o previsto na Lei Municipal n. 5.054/97, que fixou a taxa de esgoto em 100% do valor da tarifa de água.

O recorrido ofertou suas contra-razões (fls. 255/268), rebatendo os argumentos expendidos na peça recursal.

O representante do Ministério Público de primeira instância manifestou-se às fls. 271/278, opinando pela manutenção do decisório recorrido.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Sérgio Antônio Rizelo, manifestou-se pelo desprovemento do apelo e da remessa necessária.

Além do recurso voluntário, a matéria comporta reexame necessário por força de expressa disposição legal (Lei n. 1.533/51, art. 12, parágrafo único).

II — Voto

Escudado na redação da Súmula 545 do Supremo Tribunal Federal — preços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias — e, também, em significativos precedentes desta Corte, o impetrante pretendo com o presente mandamus a sustação da cobrança pela Casan da denominada “taxa de esgoto” inclusa nas faturas de água com o rótulo de faturamento de esgoto.

A linha de raciocínio do impetrante, não diferente dos fundamentos que serviram aos precedentes colocados, é a seguinte:

A ligação do esgoto à rede pública, gerenciada pela Casan, é obrigatória por força do art. 11 da Lei n. 2.312/54 — Código Nacional de Saúde — e do art. 36 do Decreto n. 49.974/A/61. E, exatamente por ser obrigatória e não facultativa, é que o valor cobrado configura a taxa, espécie do gênero tributo, sujeitando-se pois, a todas as limitações constitucionais — princípio da estrita legalidade, proibição de delegação, anterioridade, igualdade, generalidade, irretroatividade etc. Desse modo, só poderia ter sido instituída por lei municipal em que fossem respeitadas as restrições constitucionais pertinentes.

A Casan, por seu turno, sustenta sua tese nas seguintes premissas:

a) a taxa de esgoto foi instituída regularmente pela Lei Municipal n. 1.827/81 — artigo 1º, e fixou a alíquota para a incidência da cobrança no art. 4º — equivalente a 100% do valor referente ao consumo de água;

Este dispositivo foi reproduzido nos artigos 401 e 404 da Lei Municipal n. 5.054/97 que estabelece a Consolidação da Legislação Tributária de Florianópolis.

b) atendendo a recomendações técnicas, editou a Resolução n. 418/92, pela qual diminuiu para 80% a equivalência preconizada em lei, harmonizando, assim, o valor da tarifa ao estabelecido no Decreto Estadual n. 3.537/93 — preservação dos aspectos sociais do referido serviço;

c) a interpretação do art. 145, II, da Constituição Federal deve ser feita em consonância com o disposto no art. 175 e não isoladamente, posto que além da taxa, a Carta Política prevê outra forma de remuneração dos serviços públicos, qual seja, a tarifa. O que confere a natureza de preço público à contraprestação cobrada pela Casan pelo serviço de esgoto sanitário é o próprio ordenamento jurídico, ou o regime a que está submetido, bem assim, o fato de seu pagamento só ser obrigatório para quem se utilizar desses serviços.

Primeiramente, vale ressaltar, assiste razão à apelante no que diz respeito à origem da fixação da tarifa como contraprestação aos serviços de esgoto por ela prestados.

Conforme deduz-se dos documentos trazidos aos autos e da legislação de regência, no município de Florianópolis, a prestação dos serviços de esgoto sanitário incumbe à Casan. Nesse sentido são os termos do Convênio n. 126/77, celebrado com respaldo no § 3º do art. 13 da Constituição Federal de 1967, e chancelado pela Lei Municipal n. 1.482/76.

A Lei Municipal n. 1.827/81, e que faz parte da Consolidação das Leis Tributárias do Município de Florianópolis — Lei n. 5.054/97 —, foi o instrumento legal que instituiu a “Taxa de Esgotos Sanitários” (art. 1º) e fixou a alíquota correspondente, assim estabelecendo em seu artigo 4º:

“Art. 4º — Esta taxa será apurada com base no consumo de água do contribuinte, na quantia equivalente ao valor da Tarifa de Água”.

Além disso, o Decreto Estadual n. 3.537/93 estatui em seu art. 22 que a tarifa de esgoto corresponderá no máximo a 100% (cem por cento) da tarifa de água.

A Casan, conclui-se, sempre observou os parâmetros definidos em lei. A Portaria n. 418/92, considerada pela r. sentença como ilegal e inconstitucional, na verdade, não instituiu ou fixou qualquer tarifa. Simplesmente ajustou o valor para um patamar inferior, em atendimento aos aspectos sociais subjacentes ao serviço em questão, tanto que nos núcleos habitacionais mais humildes a alíquota máxima é de 50%.

Assim, o ato a ser atacado deveria ser a lei instituidora da tarifa — Lei Municipal n. 1.827/81 — e não a Resolução n. 418/92.

De qualquer forma, o ponto central de toda a controvérsia, inclusive pretoriana, reside no correto estabelecimento da natureza jurídica da nominada “Taxa de Esgoto” que serve de base para a cobrança, pela Casan, da contraprestação dos serviços de esgotamento sanitário prestados aos municípios.

A tese sustentada no presente voto é a de que a compulsoriedade,

por si só, não pode servir de critério absoluto para estabelecer a natureza jurídica da denominada “Taxa de Esgoto”. A obrigatoriedade da utilização do serviço colocado à disposição dos usuários, como critério para distinguir a taxa do preço público, só mostra-se relevante quando esse serviço é prestado diretamente pelo próprio Estado, e não quando realizado por concessão, até porque, como sabido, é vedada a delegação dos serviços típicos do Estado.

Vale repetir: a distinção quanto à natureza jurídica do valor cobrado a título de “Taxa de Esgoto” somente tem sentido quando é o próprio Estado quem diretamente presta o serviço. Se há delegação por concessão ou permissão, o que exsurge é a contraprestação em forma da cobrança do preço público ou tarifa.

A culta e renomada administrativista Maria Sylvania Zanella Di Pietro patrocina com vigor a defesa desse entendimento:

“Ao meu ver, a distinção quanto à natureza da imposição com base no conceito constitucional de taxa só é cabível quando o serviço seja prestado diretamente pelo próprio Estado. Porém, não tem nenhum sentido quando o serviço é prestado por meio de concessão ou permissão, porque a esses institutos é inerente a cobrança de tarifa. Se a Constituição permite a prestação de serviço público por meio de concessão ou permissão, também está permitindo a cobrança de tarifa. Impor a instituição de taxa (sujeita ao princípio da legalidade) aos serviços públicos concedidos tornaria inviável a utilização da concessão, já que a taxa é inadequada como meio de asse-

gurar ao concessionário o seu direito ao equilíbrio econômico-financeiro.

“Afirmar que determinado serviço só pode ser remunerado por meio de taxa é o mesmo que afirmar que esse serviço não pode ser objeto de concessão ou permissão” (in parecer elaborado sobre contrato celebrado entre a Sabesp e o município de Avaré, tendo por objeto a execução e exploração de serviços de saneamento básico e a natureza jurídica da remuneração paga pelos usuários — fls. 62/78).

Conforme demonstrado anteriormente, o contrato de concessão celebrado entre o município de Florianópolis e a Casan deu-se sob os ditames da legislação então em vigor (art. 13, § 3º, da CF/67), ainda hoje em plena vigência, já que inteiramente compatível com a novel Constituição, mais precisamente com a redação do art. 175 que rege a matéria nos seguintes termos:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

O art. 30, inc. V, também da Constituição da República, no que tange à competência dos municípios para outorgar concessão ou permissão, preconiza:

“Art. 30. Compete aos Municípios:

“(…)

“V — organizar e prestar, diretamente ou em regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o transporte coletivo, que tem caráter essencial”.

É ainda a ilustre professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro quem chama a atenção para o fato da não distinção, pela Constituição Federal, dos serviços que podem e os que não podem ser executados por meio de concessão. Na verdade, obtempera, “o conceito de concessão, ao qual é inerente à remuneração por meio de tarifa, é possível para qualquer tipo de serviço de natureza comercial ou industrial, ou seja, para qualquer tipo de serviço que permita a remuneração pelo usuário; só é incompatível com aqueles serviços públicos em que se impõe a gratuidade. Nestes, os encargos são assumidos pelos cofres públicos” (Parecer citado).

Referindo-se às divergências doutrinárias acerca da distinção entre taxa e preço público, ensina a autora citada:

“Na realidade, nenhum dos critérios apontados pelos tributaristas permite distinção segura entre as duas imposições. Levar em conta o interesse — público ou particular — que prevalece é impossível, diante da consideração de que o Estado tem sempre que atender, preferencialmente, ao interesse público, ainda que, indiretamente, beneficie o interesse individual de cada cidadão. O critério da obrigatoriedade ou não também é insuficiente, uma vez que, se a atividade é prevista em lei como serviço público, ela é sempre obrigatória para o Poder Público, constituindo-se em poder-dever irrenunciável pelo ente ao qual a Constituição o atribui; por sua vez, o critério baseado na interpretação literal do artigo 145, II, da Constituição (correspondente ao art. 18, II, da Constituição de 1967) considera ape-

nas uma parcela da realidade e do sistema constitucional brasileiro.

“Com efeito, o artigo 145 cuida dos tributos, estabelecendo as suas modalidades e os respectivos conceitos. Em face do inciso II, se o Poder Público prestar um serviço público com as características de especificidade e divisibilidade, cabe a instituição de taxa, desde que o serviço seja posto à disposição do contribuinte, ainda que não utilizado efetivamente.

“Porém, essa possibilidade de instituição de taxa, como receita decorrente do exercício da soberania do Estado, convive com a possibilidade de cobrança de tarifa (preço público), quando o serviço for prestado por meio de concessão” (ibidem) (não grifado no original).

Na Constituição de 1967, a exemplo da atual, a possibilidade de instituição de taxa, prevista no artigo 18, I, convivia com o instituto da concessão de serviço público, ao qual é inerente a cobrança de preço público. Ao mesmo tempo em que o artigo 18, I, previa a taxa em termos iguais aos do atual art. 145, II, o artigo 8º, inciso XV, atribuía à União competência para explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, vários tipos de serviços, concessão essaagrada pelo art. 167 que dispunha:

“Art. 167. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:

“I — obrigação de manter o serviço adequado;

“II – tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e

assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; e,

“III — fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior” (não grifado no original).

Vê-se, pois, já naquela época, o instituto da concessão mostrava-se incompatível com a taxa modalidade de tributo. Se o serviço público fosse delegado a empresas particulares mediante concessão, a remuneração não poderia ser por meio do recolhimento de taxa e sim de preço público sob pena de inevitável descumprimento do estabelecido no citado art. 167 da Lei Maior de então. As diretrizes do atual art. 175 da Constituição Federal de 1988 não discrepam em muito do preconizado na Carta anterior. Por isso, inviável o estabelecimento de taxa como remuneração dos serviços executados mediante concessão do Poder Público.

Anota Jorge Miranda que “a Constituição deve ser tomada, a qualquer instante, como um todo na busca de uma unidade e harmonia de sentido. O apelo ao elemento sistemático consiste aqui em procurar as recíprocas implicações de preceitos e princípios em que aqueles fins se traduzem em situá-los e defini-los na sua inter-relação e em tentar, assim, chegar a uma idônea síntese globalizante, credível e dotada de energia normativa” (in Manual de Direito Constitucional. Coimbra Editora Ltda., V, II, págs. 228/229)

E complementa:

“A constituição deve assentar-se no postulado de que todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham

uma função útil no ordenamento. A nenhuma pode dar-se uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. Mais: a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê: a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação (...).”.

O fato de a Constituição prever expressamente a prestação do serviço público pelo do instituto da concessão ou da permissão impõe, como resultado de uma análise sistêmica e harmônica entre os dispositivos do art. 145, inc. II, e o art. 175, a conclusão de que a Lei Maior não veda a sua remuneração por meio de tarifa, mostrando-se, como já dito anteriormente, irrelevante a obrigatoriedade ou não da utilização do serviço pelo particular.

Além das características nitidamente publicistas, traduzidas pela previsão de prerrogativas públicas à empresa concessionária, como v.g., a desapropriação no interesse público, bem assim, a sua submissão aos princípios pertinentes à prestação de serviços públicos — continuidade, mutabilidade, igualdade dos usuários — desponha na figura jurídica da concessão a natureza contratual das cláusulas financeiras, cuja finalidade maior é a garantia do concessionário ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Essa garantia sob a égide da Constituição de 1967, norma vigente à época da celebração do Convênio n. 126/77, entre o município de Florianópolis e a Casan, era estabelecida de forma expressa no art. 167, II, que exigia o estabelecimento de tarifas que permitissem a justa remuneração do

capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurassem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

Atualmente, o art. 175 da Constituição Federal, em seu parágrafo único, inciso III, refere apenas que a lei disporá sobre a política tarifária. Cumpre essa tarefa a Lei n. 8.987, de 13/2/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, determinando em seu art. 9º que “a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato”. O § 2º do mesmo artigo preceitua:

“Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro”.

Em complemento, o artigo 11 do mesmo diploma legal cuida da possibilidade de, no edital de licitação, serem previstas outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas.

As disposições contidas na atual lei, que trata da política tarifária pela prestação de serviços em regime de concessão ou permissão, muito bem ilustra e reforça a base central da argumentação ora desenvolvida, no sentido de que a tarifa é inerente à concessão, tendo o seu valor e a sua forma de reajuste e revisão fixados no próprio contrato (art. 23, inciso IV, da Lei n. 8.987/95).

Vale gizar, porém, que o contrato de concessão celebrado entre o município de Florianópolis e a Casan, sacramentado pela Lei Municipal n. 1.482/76, rege-se pelos termos em que foi pactuado, já que anterior à Lei n. 8.987/95, conforme, aliás, disciplina o seu art. 42, que está em sintonia com a garantia constitucional insculpida no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal e art. 6º da LICC.

A concessão de serviço público pressupõe a sua remuneração mediante tarifa = preço público. A adoção da taxa implicaria a descaracterização da concessão, restando tão-somente um contrato de prestação de serviço remunerado pelos cofres públicos, o que, sem sombra de dúvidas, não é a situação da relação jurídica estabelecida entre a empresa apelante e o município de Florianópolis.

A idéia de taxa é totalmente avessa à estipulação contratual. O art. 150, I, da Constituição Federal veda a sua instituição por outra forma que não seja a lei. Assim, não há como aceitar-se uma concessionária cobrando taxa em vez de tarifa. Não tem competência para tal, com o gravame de que a fixação pela lei, com obediência ao princípio da anterioridade, choca-se com a natureza da concessão e principalmente com a natureza contratual das cláusulas financeiras que objetivam o equilíbrio econômico-financeiro, a ser mantido precisamente por meio da tarifa. Impraticável seria a utilização da taxa para essa finalidade.

De outro vértice, aceitar-se que o Poder Público institua e cobre a taxa e repasse o respectivo valor ao concessionário, como dito linhas atrás,

descaracterizaria totalmente o contrato de concessão, transformando-o em simples contrato de prestação de serviço. O concessionário passaria então à condição de mero locador de mão-de-obra para a execução do serviço público, o que é impraticável e inaceitável nos termos do art. 175 de nossa Constituição.

As posições sustentadas por Marçal Justen Filho não destoam das idéias aqui defendidas:

"(...) não se admite que da prestação direta pelo Estado de serviços públicos específicos e divisíveis, de consumo espontâneo ou compulsório, possa resultar em outra exação que não a taxa com o regime tributário correspondente.

"A situação muda de figura quando se tratar de serviço público delegado a particulares, por via de concessão ou permissão. Alguns aspectos fundamentais do problema passaram despercebidos aos tributaristas. A peculiaridade não reside em que o serviço concedido continua a ser público — o que é inquestionável. O ponto nodal reside em que o concessionário assume o serviço por conta e risco próprios estruturando-os segundo os postulados de direito privado.

"O regime jurídico da prestação dos serviços públicos concedidos continua a ser público. Mas o particular os exercita de acordo com as regras privadas. Promove investimento às custas de seu patrimônio, custeia as atividades necessárias. Tudo se faz para a obtenção de lucro, o que é assegurado contratualmente.

"A concessão do serviço público produz, portanto, inovações no re-

gime jurídico aplicável. Passa-se a considerar cabível o dado da lucratividade — o que é inconcebível na atividade administrativa desempenhada pelo Estado. O particular tem assegurado o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial. Enfim o insucesso será arcado pelo particular.

“A concessão estrutura-se sobre o pressuposto de uma modalidade de remuneração norteadas por princípios distintos que disciplinam a remuneração do serviço desempenhado pelo próprio Estado. O concessionário tem direitos perante o Estado, no tocante à remuneração pela prestação dos serviços públicos, que se retratam na impossibilidade de modificação da equação econômico-financeira do contrato, na garantia de lucro e na recomposição compulsória de valores. Somente é possível atribuir ao particular o desempenho dos serviços por conta e risco próprios se a remuneração a ele atribuída estiver sujeita a um regime jurídico específico.

“Esse regime jurídico específico pressupõe mutabilidade a qualquer tempo. Como o particular não é dotado de estruturas e garantias inerentes ao Estado, há risco de sua insolvência. A contrapartida de assumir o serviço por conta e risco próprios é a garantia estatal de alteração da tarifa a qualquer tempo. Quando reconhece o direito à manutenção da equação econômico-financeira e o cabimento de sua recomposição, constrói-se um regime jurídico distinto do tributário”.

Mais adiante, complementa:

“O regime tributário é incompatível com o regime jurídico da remuneração ao concessionário (permissio-

nário). Quando o Estado outorga concessão, não se altera o regime jurídico da prestação do serviço público, mas se modifica o regime jurídico da sua remuneração. A Constituição Federal, ao tutelar a intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo, produz uma espécie de redução da amplitude eficaz do sistema tributário. Retira do seu âmbito a remuneração atinente aos serviços públicos outorgados aos particulares por via de concessão ou permissão” (in *Concessões de Serviços Públicos — Comentários às Leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995*, São Paulo: Dialética, 1997, págs. 143/144).

O festejado tributarista Geraldo Ataliba (in *Hipótese de incidência tributária*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, pág. 161) critica com insistência e muita propriedade a doutrina e jurisprudência que sustenta ter o legislador a faculdade de poder escolher o regime de remuneração dos serviços públicos. Supõe-se por essa interpretação ter o legislador liberdade para escolher o regime de taxas ou de preço público.

Acentua o citado doutrinador que a única liberdade que a Constituição dá ao legislador é para decidir se a prestação de dado serviço público típico será remunerado ou não. Em se tratando de serviço público divisível e específico, ou seja, que possa ter prestação individual e fruição singular pelos destinatários, caso o legislador decida pela remuneração, obrigatoriamente terá que optar pela taxa (ATALIBA, Geraldo. *Op. cit.*, pág. 161).

Ressalta, ainda, que a atividade de que a Constituição qualifica como

serviço público é originariamente pública, que se apresenta como conteúdo de uma prestação da qual advém uma utilidade ao destinatário. Esse tipo de atividade, típica do Estado, é distinta daquelas inerentes à produção de riqueza, à exploração de atividade econômica que não incumbe necessariamente ao Estado e que a Constituição reservou à iniciativa privada na conformidade das disposições contidas no art. 173. Nesse tipo de atividade a remuneração é a finalidade e a garantia do equilíbrio econômico-financeiro. Na prestação de serviço público pelo próprio Estado, a remuneração é meio de seu custeio, vedada a perspectiva de lucro.

Objetando o critério da compulsoriedade como elemento de distinção entre taxa e preço público (tarifa), e valendo-se dos argumentos de Hamilton Dias de Souza e Marco Aurélio Greco (*A natureza jurídica das custas judiciais*, ed. OAB/SP e Resenha Tributária, 1983, pág. 54) professa:

"Atualmente, o discrimen entre taxa e preço é fornecido pelo Texto Maior na medida em que separa os campos próprios da atuação pública ou particular, reservando à primeira o instrumento gerador de receitas que é a taxa" (ob. cit., pág. 110).

E prosseguem: "Portanto, toda a discussão doutrinária a respeito da distinção entre taxa e preço público não pode mais calcar-se na compulsoriedade ou facultatividade da figura, pela simples razão que a discussão tinha origem num dispositivo constitucional que não mais existe. Aquilo que, em 1946, era tratado de forma separada (taxas e outras rendas), hoje é englobado no art. 18, I, que prevê as ta-

xas por serviço posto à disposição e efetivamente utilizado" (pág. 111).

Para advertirem, com ênfase: "Se o dado normativo mudou — e substancialmente — a interpretação do direito positivo não pode permanecer a mesma" (idem).

E concluem categoricamente: "Destarte, na Constituição vigente o critério para identificar a taxa e o preço não é mais a compulsoriedade ou a facultatividade, mas o tipo de atividade exercida. Se for uma atividade econômica, tal como definida no Título III da Constituição Federal, haverá preço; se for uma atividade própria do Estado teremos taxa" (pág. 111) (op. cit., pág. 172) (não grifado no original).

E arremata peremptoriamente:

"Pondo esta corretíssima conclusão em termos da Constituição de 1988, impõe-se afirmar que:

"Se se tratar de atividade pública (art. 175) o correspondente será taxa (art. 145, II); se se tratar de exploração de atividade econômica (art. 173) a remuneração far-se-á por preço" (ibidem, idem).

Com efeito, assinalam Souza e Greco, na obra acima citada, que é totalmente inconsistente o critério tradicional adotado para diferenciar a taxa do preço público, visto não oferecer uma distinção segura a ser utilizada nos casos práticos.

Relatam que essa dificuldade não escapou a eminentes membros do próprio Supremo Tribunal Federal, tanto que o Ministro Rodrigues Alckmin, após invocar a Súmula 545 e adotar o critério tido como clássico, segundo o qual há coerção nas taxas e não nos preços, observa que, se

doutrinariamente o critério é de fácil compreensão, não o será na prática. Daí por que conclui que “a rigor, é a disciplina jurídica aposta à espécie que permitirá configurá-la como obrigação ex lege ou como prestação facultativa (ALCKMIN, José Geraldo Rodrigues de. Os tributos e sua classificação. São Paulo: IBDT, Resenha Tributária, 1975, págs. 18/19).

Verdade que Hamilton Dias de Souza e Marco Aurélio Greco, contrariamente à posição de Maria Sylvia Di Pietro, perfilham-se ao entendimento de que “o fato de o serviço ser prestado por concessionário não o desnatura como essencialmente público”. Aduzem que “o intuito lucrativo do concessionário não interfere com a finalidade e mesmo a forma de prestação do serviço, pois este — o concessionário — é utilizado como meio para atingir-se uma finalidade eminentemente pública”. Mesmo assim, deixam claro que a remuneração desses serviços será por tarifa, cujo valor máximo será estabelecido pelo Poder Público (in *A natureza jurídica das custas judiciais*. São Paulo: OAB/SP, Resenha Tributária, 1983, pág. 92).

In casu, conforme descrito no início, tanto a legislação estadual, quanto a municipal, além de instituírem a taxa, estabeleceram o patamar máximo para a cobrança da tarifa de esgoto — 100% do valor correspondente ao consumo de água. Também se viu que a Casan aplica a alíquota de 80%, portanto, inferior ao teto estabelecido em lei.

Especificamente sobre os termos da Súmula 545 do STF e a sua inaplicabilidade após a edição da Constituição de 1967, que, sobre a

matéria aqui ventilada, guarda similitude com a Carta em vigor, esclarecem Souza e Greco:

“A observação fundamental a ser feita é a de que esta Súmula consagra concepções normativas compatíveis com o regime constitucional vigente sob a égide da Constituição de 1946.

“Com efeito, quando a Súmula se refere à ‘prévia autorização orçamentária’ o faz em atendimento ao que dispunha o § 34 da Constituição de 1946. Esta exigência, porém, desapareceu com a Emenda Constitucional n. 18, de 1965, que a substituiu pela simples anterioridade em relação ao exercício financeiro, e que, depois de outras alterações, encontra-se explícita no atual § 29 do artigo 153.

“Isto já é o suficiente para mostrar que devemos compreender e interpretar esta Súmula em função do contexto que a originou e segundo as normas constitucionais vigentes na época em que foram proferidos os acórdãos que a fundamentaram” (op. cit., págs. 104/105).

E mais à frente, logo após minucioso estudo acerca das modificações das disposições tributárias da Constituição de 1946 pela Emenda Constitucional n. 18/65 que, conforme já referido, com pequenas alterações, foram recepcionadas pela Carta de 1967, bem assim, pela atual, argumentam:

“Por estas razões entendemos que, hoje, a concepção consagrada na Súmula 545 deve ser reestudada. Ela era perfeita à época em que foi editada, pois no regime de 1946, a compulsoriedade e a facultatividade eram os elementos possíveis para ex-

plicar o item III do artigo 30. Mas, hoje, o artigo 18, I, da Constituição Federal e a existência dos dois campos constitucionais não comportam a aplicação desse critério" (op. cit., págs. 111/112).

Na verdade, a força da Súmula 545 arrefeceu, não só pela mudança operada na doutrina, mas principalmente em razão do fato de o próprio Excelso Pretório ter entendido como insuficiente o critério nela estabelecido (RTJ 98/23-C) porque existem taxas que são impostas obrigatoriamente ao particular, que só as pagará se, facultativamente, quiser utilizar-se de um serviço público, como é o caso da taxa judiciária.

Além disso, importantes precedentes da Alta Corte, de forma expressa, contrariam a tese de que a contraprestação pelo serviço de água e esgoto tem natureza tributária:

"Preço público. Essa a natureza jurídica da tarifa cobrada pelo fornecimento de água. Não incidência, na hipótese, da Lei n. 4.591/64, artigo 11, porquanto aí se estabelece regra a observar para efeito tributário, não para efeito de preço público. Recurso extraordinário não conhecido" (RE n. 77.162/SP, Min. Leitão de Abreu, RTJ 82/763).

"A jurisprudência desta Corte é no sentido de ter como preço público, e, portanto, tarifa, o quantitativo cobrado a título de água e esgoto. Confira-se com os seguintes precedentes: Recursos Extraordinários ns. 54.194, 54.491 e 77.162, relatados pelos Ministros Luiz Gallotti, Hermes Lima e Leitão de Abreu, com acórdãos publicados nos Diários da Justiça de 28 de novembro e 17 de dezembro, ambos

de 1963, e 24 de maio de 1977, respectivamente. Vê-se, assim, que o decidido está em harmonia com a óptica emprestada à espécie, não se podendo vislumbrar violência aos preceitos constitucionais evocados pela Agravante" (AI n. 225.143/SP, Min. Marco Aurélio).

"As contraprestações cobradas pelo Departamento Sanitário do Estado pelos usuários das redes de água e esgotos do Recife são preço público, pois nem toda contribuição por serviços prestados é taxa, conforme está no art. 30 da Constituição que diz competir à União, ao Distrito Federal, aos Estados e Municípios cobrar contribuição de melhoria, taxas e quaisquer outras rendas que possam provir do exercício de suas atribuições e da utilização de um bem e serviço instalado e operado pelo Estado. A renda dessas contraprestações não vem de taxa, mas de um pagamento que, na técnica fiscal e administrativa, se denomina de preço público. Além disso, a cobrança determinada pelo Departamento de Saneamento do Estado estava autorizada pela Lei n. 3.821 de 21/12/60" (RE n. 54.491, Min. Hermes Lima).

"Não há como prosperar a irrisignação. Efetivamente, esta Corte já confirmou o entendimento de que a contraprestação, cobrada pelo Estado, dos usuários da rede de água e esgoto, é preço público" (RE n. 207.609/DF, Min. Néri da Silveira).

Em posição que se ajusta a que ora se preconiza, o Ministro Victor Nunes, em voto proferido no ERE n. 54.194, ao referir-se a respeito da natureza da denominada taxa de água e esgoto, assim se manifestou:

“(…) o critério da obrigatoriedade é absolutamente insuficiente para caracterização do tributo (...)”

“No caso presente, é preciso distinguir se a obrigatoriedade resulta do serviço, que se remunera, ou se resulta de outras considerações, vindo a obrigatoriedade da remuneração do serviço por via de consequência.

“(…)”

“A obrigatoriedade, no caso em exame, de pagar a taxa de água e esgoto não está vinculada ao uso, ou não uso do serviço. Resulta de uma imposição de ordem sanitária, segundo a qual quem quer que construa imóvel urbano há de dotar esse imóvel dos serviços de água e esgoto (...)”

“A obrigatoriedade do pagamento é indireta. Direta é a obrigatoriedade de equipar o imóvel urbano com esse serviço (...)”

“O que se discute é precisamente isso: saber quando um pagamento obrigatório é taxa ou não é taxa. Não estou sustentando que não possa haver taxa que não seja obrigatória; o que estou sustentando é que há pagamentos obrigatórios, os quais, não obstante, não são taxas” (RTJ 33/374).

Importante e elucidativa é a lição extraída do julgado da Segunda Câmara de Direito Privado do Estado de São Paulo, referente à Apelação Cível n. 021.552.4/7, da comarca de Presidente Epitácio, na qual figuram como partes a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo e o Ministério Público, verbis:

“Ação civil pública — Exoneração do pagamento de tarifa de esgoto — Propositura pelo Ministério Público

— Admissibilidade — Defesa de interesses coletivos — Improcedência, no entanto, porque legal a remuneração por tarifa, inexistindo óbice para tanto, havendo base em lei federal que instituiu o Planasa — serviço público, outrossim, concedido nos termos do artigo 175 da Constituição Federal permitindo a remuneração (...)” (não grifado no original).

E do corpo do acórdão extrai-se:

“O art. 175 da Constituição Federal, em que se baseia o pedido para justificar que, sendo serviço público primário a coleta e tratamento de esgotos, não deve ser remunerada, é exatamente o dispositivo que trata dessa remuneração, ao referir-se à possibilidade de que os serviços públicos sejam repassados por concessão ou permissão, sempre através de licitação. Ora, quem fala em licitação, fala em valor, em preço, no caso, tarifa.

“Teoricamente, não há óbice à cobrança por meio de tarifa, tudo dependendo do regime jurídico que disciplina a prestação do serviço, pois tarifa é a sua contraprestação, sendo justa a remuneração do capital.

“Para que fosse remunerado por taxa, que integra, a arrecadação do Poder Público, a receita pública, aí sim, haveria necessidade de lei específica, o que não ocorre no caso, posto que a Sabesp é uma empresa e a tarifa é a forma adequada.

“Isto é o que ocorre, aliás, na maioria dos municípios paulistas e na própria capital, onde se paga tarifa de água e esgotos, correspondendo a medição do consumo de água e proporcional, no caso oitenta por cento, nada havendo de arbitrário em sua fi-

ção, que leva em conta critérios técnicos, não sendo impossível aferir-se sua medição exatamente por essas considerações, que parece, não percebeu o apelado, posto que a apelação é composta por técnicos de mais elevado padrão, nada constando em seu desabono.

“Acaso entenda o consumidor que a cobrança do serviço está sendo supervalorizada, poderá buscar seus direitos no âmbito administrativo ou mesmo judicial, porém no caminho adequado, e não por meio desta ação que, absurdamente, pretende a isenção do pagamento de um serviço, pura e simplesmente”.

E prossegue o decisum:

“Saliente-se que, embora a remuneração possa ser feita por taxa, posto que há lei, a cobrança não se afigura a mais adequada porque, em tese, injustamente faria o pequeno consumidor de água pagar o mesmo que aquele de grande consumo. Ainda que a lei dispusesse o pagamento por faixas sociais, ainda assim, haveria injustiças, ao passo que a tarifa, que considera a medição de consumo, apresenta-se mais justa, porque mais próxima da realidade”.

Nesta Corte de Justiça, vale ser citado, por percuciente e altamente judicioso, o voto vencido proferido pelo eminente Des. Cesar Abreu, no Agravo de Instrumento n. 99.017857-9, da Capital, encimado pela seguinte ementa:

“Direito tributário. Abastecimento de água e esgoto. Preço público caracterizado. Nomen juris emprestado ao serviço: taxas de esgotos sanitários. Irrelevância. O nome não dá natureza às coisas. Obrigatorieda-

de da utilização do sistema. Critério não absoluto para diferenciação da receita. Preço público x taxa. Confusão que decorre da constatação de que a taxa é o tributo mais próximo das receitas de direito privado denominadas preços. Controvérsia doutrinária e jurisprudencial acentuada. Obrigação, entretanto, vista sob o prisma das exigências do convívio coletivo e não em decorrência do poder de império do estado, hipótese última caracterizadora da taxa.

“Precedentes da Suprema Corte. Autoridade moral das decisões superiores, prestigiada pelo legislador ao estabelecer os diversos graus de jurisdição.

“Tratando-se de preço público, não se tem por relevantes os fundamentos invocados, que dizem respeito aos princípios constitucionais a serem observados na hipótese de taxa. Dano irreparável. Impossibilidade do reconhecimento. Justa remuneração do serviço. Importância devida ao controle jurídico e não à natureza da paga.

“Violação de direito líquido e certo. Exame restrito à esfera do direito subjetivo do impetrante. Intrincado e controvertido aspecto de direito que não inviabiliza o mandamus.

“A solução da controvérsia passa por se conferir importância ao controle jurídico e não à natureza da paga (sic). Importa ao usuário a constatação de que o preço público guarda relação real com o serviço disponibilizado e que não há abuso ou excesso nos preços praticados. Pouco interessa a ele se o serviço a ser remunerado está no campo da receita industrial (preço público) ou da receita tributária (taxa). A contraprestação pecuniária é

devida exclusivamente pelo usuário do serviço, para não incidir o enriquecimento sem causa, impondo-se à sociedade como um todo, que já investe no sistema, a responsabilidade da manutenção de um serviço de utilização ainda restrita.

“Para a conceituação da taxa basta que a utilidade seja posta à disposição do contribuinte; na compreensão do preço de serviço só aparece a incidência com a utilização.

“Procura-se na obrigatoriedade a diferença entre taxa e preço para se concluir que, sendo o preço obrigatório, confunde-se com a taxa, incidindo com ela na exigência da legalidade formal e da previsão orçamentária. Esse critério, entretanto, não é absoluto e não oferece resistência lógica de uma diferença específica, porque variável como o próprio critério da obrigatoriedade. Efetivamente, o conceito de obrigatoriedade, além de não ser peculiar à taxa, não desnatura a configuração do preço público, também obrigatório para todos que se utilizam do serviço. Assim, na ausência de um elemento diferencial oriundo da técnica de imposição tributária, que eu me abalanço a insistir em que só a tipificação do fato jurígeno permite a distinção procurada” (STF, Min. Pedro Chaves, RTJ 33-147/151).

No desenvolvimento do brilhante voto destaca o culto Magistrado:

“Não deve impressionar, para efeito de conclusão, o nome (taxa) emprestado ao serviço de esgoto. Comentando o sistema tributário na Constituição de 1988 Sacha Calmon Navarro Coêlho (Comentários à Constituição de 1988, Sistema Tributário, 3ª ed., Rio: Forense, 1991, pág. 53)

assinala que o nome pouco importa na espécie e tampouco as parvoíces extrajurídicas. É que, como diria o poeta, o nome não dá natureza às coisas e o perfume de uma mulher será sempre o perfume de uma flor, pouco importando a sua graça.

“No sistema tributário uma taxa deveria ser sempre uma taxa e o preço público sempre um preço público. A confusão estabelecida pelos operadores do direito decorre da omissão legislativa e da ausência de rigor na definição da receita.

“Delano Carneiro da Cunha Câmara, em trabalho publicado na Revista Consulex, Doutrinas, Pareceres e Pontos de Vista, ao tratar da matéria Taxa, Tarifa & Preço Público, citando Kiyoshi Harada (in Direito Financeiro e Tributário), ressalta que a confusão existente entre taxa e preço público tem sido uma constante, tanto no campo legislativo como no campo jurisprudencial, apesar da nítida diferenciação do regime jurídico de uma e de outro. Conclui dizendo que ninguém é dono da verdade de forma absoluta. Assim, a presente proposta de fixação de diferença entre taxa, tarifa e preço público não constitui fato imutável, mas, sim, uma tentativa de contribuir para a elucidação dos questionamentos que pairam a respeito do polêmico assunto. Dentro de um mundo globalizado, as amarras e conceitos do passado são inadequados para a compatibilidade com as rápidas transformações, o surgimento de novas tecnologias e diferentes necessidades sociais (págs. 325/333).

“A. D. Giannini, invocado por Mário Jorge Góis Lopes, em comentário publicado na Revista de Direito Tri-

butário (Ed. RT, vol. 2, pág. 275), adverte que as dificuldades surgem quando se trata de aplicá-la às situações concretas, como ocorre nos casos de exercício estatal de atividades industriais, nas quais nem sempre é fácil reconhecer a natureza pública ou privada da relação jurídica entre o Estado e o usuário. Mais adiante afirma o comentarista: Ao que parece, doutrina e jurisprudência jamais chegaram a um critério firme de distinção. O critério teórico de Giannini e o enunciado da Súmula 545 bem comportam aquela crítica de Waline à noção jurisprudencial francesa de serviço público, concepção variável segundo as conseqüências que dela se trata de tirar nos casos concretos a propósito dos quais a questão é posta (Précis de Droit Administratif, vol. 1, Ed. Montchérrien, 1969, pág. 455).

“Héctor Villegas (Curso de Direito Tributário, SP: RT, 1980, págs. 23/25), no capítulo em que alude às taxas, procurando estabelecer a diferença em relação ao preço, evidencia que a taxa é o tributo mais próximo das receitas de direito privado denominadas preço; daí a distinção entre ambas as categorias jurídicas ser um dos mais intrincados problemas do direito tributário.

“De qualquer modo, ao relacionar as diversas teorias, exalta: [...] d) finalmente, a dos que distinguem a taxa do preço, afirmando que a execução de atividades inerentes à soberania (que tenham a possibilidade de ser divisíveis) só pode dar lugar a taxas, e que todas as outras somas que o Estado venha a exigir como contraprestação de um bem (a concessão de um uso, a execução de uma obra ou a prestação de um serviço não ine-

rente) dá lugar a um preço, que poderá ser um preço público, mas que não é o tributo denominado taxa. Esclarece, ainda, que [...] para os adeptos desta última posição, as somas de dinheiro que se exigem, por exemplo, pelos serviços postais, telegráficos, telefônicos e de comunicação em geral, de provisão de eletricidade e energia, de gás natural, de água corrente e esgoto, de instrução pública, de transporte estatizados etc., outra coisa não são senão preços públicos. E não é só. Aceitamos, desde o plano conceitual estas colocações, embora reconheçamos que em nosso direito positivo várias atividades que não podem ser consideradas inerentes à soberania dão lugar a prestações que os legisladores denominam taxas. Assim, na legislação argentina são consideradas taxas as de varreção e limpeza das ruas, as de recolhimento de lixo e as de correio e comunicação. Não são consideradas taxas as somas pagas em retribuição aos serviços de transporte e de energia elétrica, existindo grandes dúvidas e discrepâncias jurisprudenciais acerca da provisão de água corrente e dos serviços de esgoto. Porém, os critérios de distinção são caprichosos e não correspondem a nenhum conceito jurídico racional (ver, a respeito, Giuliani Fonrouge, Derecho, t. 2, pág. 999)”.

Por derradeiro, ainda rebatendo a questão do critério da Súmula 545 do STF, é de se considerar que as legislações federal (Lei n. 2.312/94, Código Nacional de Saúde, art. 11) e estadual (Código Sanitário, Lei n. 6.320/83, art. 40, § 2º, e Decreto n. 24.980/85), que dispõem sobre a obrigatoriedade da ligação das construções habitáveis à rede pública de

água e esgoto, não constituem elemento tipificador da remuneração do serviço, eis que, conforme esclarecido pelo Min. Hermes Lima no pronunciamento antes citado, denunciam apenas uma exigência do convívio em sociedade e não uma decorrência do poder de império do Estado.

Assim, quer seja por considerar que em se tratando de serviço prestado mediante concessão torna-se impraticável a remuneração por taxa do gênero tributo, quer seja pela incoerência de norma constitucional obstativa à contraprestação via preço público = tarifa, de acordo com a melhor doutrina, a tarifa cobrada pelo fornecimento de água e esgotamento sanitário é preço público, não possuindo, via de consequência, caráter tributário. Não padece, portanto, de qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade a cobrança do denominado faturamento de esgoto patrocinado pela Casan em obediência à Lei Estadual e Municipal, regulado pela Resolução n. 418/92, cuja eficácia foi sustada pela r. sentença ora examinada.

Vale ressaltar, por fim, que a edição da Lei Complementar Municipal n. 58, de 7 de fevereiro de 2000, que instituiu o ISS sobre a remuneração dos serviços de eliminação de dejetos, não interfere de forma alguma na legalidade da tarifa de esgoto.

Conforme deflui do próprio texto legal, por meio desta lei o município de Florianópolis pretende, na verdade, instituir um imposto de 0,3% sobre a tarifa de esgoto, estabelecendo critérios para a sua cobrança.

Portanto, as inadequações e eventuais inconstitucionalidades da citada lei, repita-se, não trazem consequência alguma ao direito da Casan cobrar pelos serviços de coleta e tratamento de resíduos.

Pelas razões expostas, dou provimento ao recurso voluntário e à remessa necessária para reformar a sentença e cassar a segurança.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, deram provimento ao recurso e à remessa.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Doutor Sérgio Antônio Rize-lo.

Florianópolis, 15 de fevereiro de 2001.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente com voto;
Luiz César Medeiros,
Relator.

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.013681-6, DE ABELARDO LUZ

Relator: Des. João Martins

Apelação cível — Remuneração do defensor dativo — Cobrança — Advogado — Legitimidade ativa — Estado de Santa Catarina — Legitimidade passiva — Recurso não provido — Custas processuais — Isenção — Remessa parcialmente provida.

Partindo do Conselho Seccional da OAB/SC a suspensão da prestação dos serviços de Defensoria Pública no período compreendido entre 11/10/95 e 9/7/98, não possui esta entidade interesse processual nem legitimidade ativa ad causam para a cobrança dos honorários remuneratórios dos serviços prestados pelos defensores dativos nomeados naquele período, cabendo a cada advogado agir em nome próprio (cfe. Apelação Cível n. 00.020798-5, deste Relator).

Tendo a Lei Complementar n. 155/97 instituído o regime de remuneração, pelo Estado de Santa Catarina, em favor dos advogados que promovam a Defensoria Pública (art. 3º), é o ente público parte legítima a figurar no pólo passivo da relação processual, e não a OAB/SC, que exerce função meramente redistributiva dos recursos repassados pelo Estado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.013681-6, da comarca da Abelardo Luz, em que é apelante o Estado de Santa Catarina e apelado Idalino de Andrade:

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por maioria de votos, conhecer do recurso voluntário negando-se-lhe provimento, e, à unanimidade, conhecer da remessa dando-se-lhe provimento parcial, tão-somente para isentar o

Estado do pagamento das custas processuais.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Idalino de Andrade ajuizou, na comarca de Abelardo Luz, ação de cobrança contra o Estado de Santa Catarina, objetivando o recebimento de 337,5 (trezentas e trinta e sete vírgula cinco) URHs, referentes ao exercício de defensoria dativa, prestada no período entre 11/10/95 e 9/7/98, naquela Comarca.

Regularmente processado o feito, a Dra. Juíza julgou procedente o pedido exordial.

Irresignado, apelou o vencido, alegando sua ilegitimidade passiva ad causam, pois é a OAB/SC a responsável pelo pagamento da remuneração dos assistentes judiciários e defensores dativos, tal como prevê o art. 20, in fine, da Lei Complementar n. 155/97.

Contra-arrazoado o apelo, ascenderam os autos a esta Instância, tendo a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Procurador Carlos Henrique Fernandes, opinado pelo conhecimento do recurso e da remessa, negando provimento àquele e dando parcial provimento a esta, tão-somente para isentar o apelante do pagamento das custas processuais.

II — Voto

1. Primeiramente, impende verificar a legitimidade ativa ad causam do advogado pleiteante.

Como é cediço, a Lei Complementar Estadual n. 155/97 instituiu a Defensoria Pública no Estado de San-

ta Catarina, estabelecendo que esta será exercida pela Defensoria Dativa e Assistência Judiciária Gratuita, sendo organizada pela OAB/SC (art. 1º), cujos serviços serão prestados às pessoas que comprovarem insuficiência de recursos (art. 2º).

Prima facie poder-se-ia questionar a legitimidade ativa do apelado, uma vez que a Defensoria Pública é organizada pela OAB/SC, e a esta são repassados, pelo Estado de Santa Catarina, os recursos necessários ao pagamento dos advogados que exercerem o múnus público (art. 4º). Diante disso, seria a OAB/SC a parte legitimada ao exercício do direito de ação e não o assistente judiciário.

Todavia, pleiteia o autor/apelado, no presente feito, a cobrança dos honorários pelo exercício da defensoria dativa e assistência judiciária gratuita no período compreendido entre 11/10/95 e 9/7/98, período este em que foram suspensos, por deliberação unânime do Conselho da Seccional de Santa Catarina da Ordem dos Advogados do Brasil, os serviços de Defensoria Dativa e Assistência Judiciária Gratuita, em razão de que o Governo do Estado de Santa Catarina não estava repassando, à época, as verbas destinadas à remuneração dos advogados prestadores de tal serviço (cfe. Apelação Cível n. 00.020798-5, de Coronel Freitas).

Não obstante tal deliberação, sendo o exercício da advocacia indispensável à administração da justiça e a Defensoria Pública instituição essencial à função jurisdicional (CF, arts. 133 e 134), advogados continuaram a ser designados para a prestação da assistência judiciária, os quais,

cientes de sua responsabilidade, e para que fosse possível o estabelecimento do devido processo legal nos processos de interesse dos hipossuficientes, permaneceram cumprindo tal encargo.

Ora, como partiu da própria OAB/SC a suspensão dos serviços de defensoria dativa, deixou ela de possuir interesse processual e, conseqüentemente, legitimidade para exercer o direito de ação, cabendo, por isso, aos advogados agir em nome próprio.

Daí estar presente a legitimidade ativa do autor/apelado, cujo crédito deflui das certidões acostadas aos autos, expedidas na forma exigida pelo art. 20 da Lei Complementar Estadual n. 155/97.

2. Alega o apelante a ilegitimidade passiva ad causam do Estado de Santa Catarina, haja vista que o art. 20 da Lei Complementar Estadual n. 155/97 estabelece que, "transitada em julgado a sentença, o Escrivão, a pedido verbal ou por escrito do Assistente Judiciário ou do Defensor Dativo, expedirá, gratuitamente, a certidão visada pelo Juiz, na qual deverá constar o valor da remuneração fixada na decisão, para fins de apresentação e pagamento pela OAB/SC", devendo, por esse fato, esta figurar no pólo passivo da relação processual, em vez do apelante.

No entanto, o art. 20 deve ser analisado em consonância com o art. 3º, o qual é explícito ao estabelecer que "institui-se, nesta Lei, o regime de remuneração, pelo Estado de Santa Catarina, em favor dos advogados que (...) promovam, no juízo cível, criminal e varas especializadas, a De-

fensoria Dativa e Assistência Judiciária às pessoas mencionadas no art. 2º".

Daí inferir-se que a OAB/SC exerce função meramente redistributiva dos recursos repassados pelo Estado para pagamento dos advogados que prestaram assistência judiciária, até porque o serviço é prestado para o Estado em prol da sociedade e não para a entidade de classe.

Nesse sentido, precedente do Des. Nestor Silveira:

"Legitimidade passiva. Estado. Ação de cobrança. Honorários de assistente judiciário. Preliminar rejeitada.

"Sendo do Estado a responsabilidade pelo fornecimento da verba remuneratória do assistente judiciário, contra ele deve ser proposta a ação de cobrança de honorários. A OAB, no caso, exerce simples função de repasse que não elide a obrigação do Estado, fixada por norma legal (CF, art. 5º, inciso LXXIV, e Decreto n. 7.037/79, art. 18, com a redação dada pelo art. 1º do Decreto n. 5.506/90).

"Honorários de assistente judiciário. Ação de cobrança. Pedido instruído com as certidões comprobatórias dos serviços prestados. Procedência do pedido" (Ap. Cível n. 47.439, da Capital).

Vide também: Ap. Cível n. 99.011864-9, da Capital, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, e Ap. Cível n. 00.020798-5, de Coronel Freitas, deste Relator.

No mesmo norte, o Superior Tribunal de Justiça também já decidiu:

"Honorários advocatícios — Assistência Judiciária — Causas cri-

minais. Em ação de cobrança contra o Estado do Rio Grande do Sul, o autor nomeado defensor dativo em vários processos crime de réus pobres, onde o Estado não possuía defensoria pública, faz jus a honorários.

“O colendo Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária, no RE 103950-7/SP, entendeu cabível o pagamento pela Fazenda Nacional da verba honorária aos advogados nomeados pelo juiz” (REsp n. 26644/RS, rel. Min. Garcia Vieira).

Diante do exposto, sendo o Estado de Santa Catarina parte legítima a figurar no pólo passivo da relação processual, nega-se provimento ao recurso.

3. Quanto à remessa, dá-se-lhe provimento parcial, tão-somente para isentar o Estado do pagamento das custas processuais, na forma do art. 33, caput, do Regimento de Custas e Emolumentos do Estado de Santa Catarina.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, decide a Câmara, por maioria de votos, conhecer do recurso voluntário, negando-lhe provimento, e, à unanimidade, conhecer da remessa dando-lhe provimento parcial, tão-somente para isentar o Estado do pagamento das custas processuais.

Participaram do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Volnei Carlin. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Procurador Carlos Henrique Fernandes.

Florianópolis, 15 de fevereiro de 2001.

*João Martins,
Presidente e Relator.*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Volnei Carlin:

A matéria sub judice versa sobre a cobrança de valores referentes aos serviços de Assistente Judiciário prestados por Idalino de Andrade, no período de 11/10/95 a 9/7/98, correspondentes a 337,5 URHs.

A Constituição da República Federativa do Brasil, no parágrafo único do art. 134, remete a Lei Complementar a organização da Defensoria Pública. Cuida-se da Lei Complementar n. 80, editada em 12/1/1994, que organiza a matéria no âmbito da União e do Distrito Federal, bem assim dita as normas gerais para sua organização nos Estados.

O art. 109 da já mencionada Lei Complementar remete a competência para efetiva organização da Defensoria Pública Estadual aos próprios Estados.

Em 15/4/1997 foi promulgada a Lei Complementar Estadual n.155, instituidora da Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina, que, por sua vez, prescreve a maneira a ser efetuada a remuneração dos advogados que exercerem a função de Assistente Judiciário, in verbis:

“Art. 4º. Para os fins da remuneração de que trata esta Lei, o Poder Executivo consignará, anualmente, no orçamento estadual, dotação específica para atender os encargos decorrentes, tomando-se por base as despesas efetuadas no exercício anterior.

“§ 1º. Caso a destinação orçamentária não venha a ser suficiente, o Poder Executivo suplementará a quantia necessária para o adimplemento das despesas, mediante prévia aprovação da Assembléia Legislativa do Estado.

“§ 2º. Aprovada a matéria pelo Poder Legislativo, fica o Poder Executivo obrigado ao repasse dos valores suplementares.

“§ 3º. A liberação dos repasses à OAB/SC será feita pela Secretaria de Estado da Fazenda em duodécimos, devendo a entidade dos advogados prestar contas trimestralmente.

“§ 4º. Os repasses posteriores ao trimestre ficarão condicionados à prestação de contas pela OAB/SC à Secretaria do Estado da Fazenda, que após análise e aprovação, encaminhará o processo ao Tribunal de Contas do Estado.

“§ 5º. Os recursos financeiros serão depositados no Banco do Estado de Santa Catarina S.A., em conta específica, vinculada à OAB/SC, vedada a transferência para outra conta ou outro estabelecimento bancário” (original sem grifos).

Pela análise do dispositivo supratranscrito, resta hialino que cabe tão-somente à Ordem dos Advogados do Brasil a cobrança relacionada aos valores referentes ao encargo da Defensoria Pública contra o Estado de Santa Catarina. O autor poderia cobrar a importância em tela da OAB/SC, que é intermediária entre o Estado e os advogados exercentes do múnus público em questão, mas não do ente público.

Esta egrégia Corte de Justiça possui decisão recente acerca da matéria em análise:

“Cobrança — Assistência judiciária — Unidades Referenciais de Honorários advocatícios (URHs) — Lei Complementar Estadual n. 155, de 15/4/97 — Crédito suscitado — Ilegitimidade ativa ad causam reconhecida — Processo extinto — Apelo inacolhido.

“Disciplinando a Lei Complementar Estadual n. 155, de 15/4/97, que a Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Catarinense, receberá os respectivos valores consignados no orçamento, prestando inclusive contas, a fim de liquidar créditos de Unidades Referenciais de Honorários Advocatícios, não podem advogados, ainda que ostentando documentos adequados, exigir o implemento da obrigação, eis que a legitimidade ativa ad causam é da relevante entidade de classe.

“Inobservada essa regra o processo não pode subsistir” (AC n. 00.012141-0, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

Por estas razões, divergi da douta maioria e fiquei vencido, votando no sentido de dar provimento à remessa e ao apelo, reconhecendo a ilegitimidade ativa do demandante, nos termos do art. 295, II, do Código de Processo Civil, e, via de consequência, julgar extinto o procedimento recursal, ex vi do art. 267, I, do mesmo Código.

Volnei Carlin.

APELAÇÃO CÍVEL N. 96.005149-0, DE CANOINHAS**Relator: Des. Alcides Aguiar**

Apelação cível — Ação anulatória cambial e sustação definitiva de protesto — Ajuizamento lídimo, ainda que após o trintídio legal previsto no art. 806, CPC — Inobservância, porém, pelo juiz, da perda da eficácia da cautelar preparatória acabando por julgá-la procedente — Revogabilidade em face do desfecho da ação principal — Transação comercial — Dúvida a respeito da finalidade dos títulos de crédito emitidos pelo comprador dirimida pelo conjunto probatório dos autos — Pagamento efetuado por meio de cheques sustados pela apelante sob a acusação de inadimplemento parcial das obrigações contratuais da outra parte, o que não restou comprovado — Inadmissibilidade da sustação por ausência de motivos ensejadores, bem como em virtude dos atributos do cheque — Via inidônea eleita pela apelante para defender seus supostos direitos — Recurso desprovido — Reforma da sentença cautelar.

O serôdio ajuizamento da ação principal não tem o condão de extingui-la. A consequência da perda do prazo é a decadência do direito à cautela, ou seja, a medida deferida liminarmente perde sua eficácia, conforme dispõe o inciso I do art. 808 do CPC, bem como o processo cautelar é extinto. O direito material da parte autora permanece porém intocado, e, portanto, possível é a interposição da ação principal, ainda que extemporânea.

A sentença proferida em processo cautelar não faz coisa julgada material, sendo possível sua substituição, modificação ou revogação.

O descumprimento parcial da avença por parte de um dos contratantes não abre ao outro a possibilidade de obstar o pagamento dos cheques que emitiu, mas buscar o status quo anterior ao contrato pelos meios competentes.

O cheque, por expressa determinação legal, é ordem de pagamento à vista, a despeito da pós-data impressa no título, não podendo ser sustado alegando-se o inadimplemento parcial do outro contratante ou sua emissão como garantia de dívida, mormente quando o conjunto das provas amealhadas nos autos denota o pagamento do contrato por meio das cártulas emitidas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.005149-0, da comarca de Canoinhas (2ª Vara/Fazenda Pública), em que é apelante Parthenon S/C — Empreiteiros Associados Ltda., sendo apelada Formiline S.A.:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, desprover o recurso.

Custas na forma da lei.

Parthenon S/C — Empreiteiros Associados Ltda. ajuizou, perante a 2ª Vara da comarca de Canoinhas, ação cautelar de sustação de protesto cambial e sua principal, ação anulatória de cambial e sustação definitiva de protesto contra Formiline S.A., visando à anulação dos cheques que emitiu em favor da demandada, e que por esta foram levados a protesto.

Alega que em 21/3/1992 recebeu, por meio do cartório de notas e protestos de títulos, as notificações acostadas aos autos, cientificando-lhe do protesto de quatro cheques emitidos em favor da ré, cada um no valor de CR\$ 4.086.657,00 (quatro milhões, oitenta e seis mil, seiscentos e cinquenta e sete cruzeiros).

Diante do ocorrido intentou a ação cautelar de sustação de protesto, medida esta que restou deferida.

Explicou que os cheques, emitidos com data pré-fixada, são oriundos de um malsinado negócio pactuado entre as partes, e que foram dados em garantia de dívida contraída em razão de uma compra e venda, no qual a demandada não cumpriu com suas obrigações, deixando de entregar parte das mercadorias vendidas. Desta for-

ma, a autora sustou os títulos emitidos, razão pela qual a ré apontou-os a protesto.

Anexou cópias dos cheques, das notas fiscais e do instrumento de protesto, requerendo ao final a procedência do pedido para declarar a imprestabilidade dos títulos e ratificar a sustação do protesto deferida in limine.

Contestando, a ré alega que entregou a totalidade das mercadorias negociadas, e que a autora não cumpriu com sua parte na avença, ou seja, o pagamento das duplicatas, emitidas pela requerida, no seu prazo legal.

Sustenta ainda que, amigavelmente, procurou a autora com o intuito de receber seu crédito, e um acordo foi celebrado, resultando na emissão dos cheques ora apontados a protesto. Diz-se surpresa com a medida, pois a transação comercial foi realizada em agosto de 1991, e a propositura da cautelar ocorreu em março de 1992. Colacionou doutrina e ao final requereu a improcedência da ação.

Impugnando a defesa, a autora postulou pelo julgamento antecipado da lide e procedência da ação, ante a inexistência de prova documental juntada pela ré que se prestasse a comprovar suas alegações.

Anteriormente à audiência de instrução e julgamento, a ré peticionou, com fulcro nos arts. 806 e 808, I, do CPC, pleiteando a improcedência do processo em virtude do serôdio ajuizamento da presente ação principal em relação à cautelar de sustação de protesto. Aduz que a distribuição e efetivação da cautelar se deu em 25/3/1992, e a ação principal só veio a ser protocolada no dia 27/4/1992, ou

seja, três dias após o prazo assinalado em lei.

Trouxe aos autos fotocópias das notas fiscais da compra e venda efetuada pelas partes, com os respectivos comprovantes de entrega da mercadoria à autora, asseverando que os cheques emitidos foram dados em pagamento do valor das referidas notas, acrescido de correção monetária do período entre o vencimento das duplicatas e as datas estampadas nos versos dos títulos, nos quais constam, inclusive, a destinação dos cheques da requerente. Reiterou, diante dos documentos apresentados, que as mercadorias foram entregues em sua totalidade.

Assinalado o prazo para se manifestar acerca dos documentos juntados pela ré, a autora permaneceu inerte.

A audiência de instrução e julgamento foi designada para o dia 9/8/1995, quando foram apresentadas, oralmente, as razões finais das partes. Contou, ainda, com o depoimento pessoal do representante legal da autora.

Sentenciando, o Togado a quo julgou improcedente o pedido formulado na inicial, pois, ao sopesar as provas coligidas nos autos, entendeu ter havido, entre as partes, um contrato de compra e venda perfectibilizado. Assim, nem mesmo a deficiência na quantidade do produto entregue, que cabia à parte autora demonstrar e não o fez, seria motivo à sustação do pagamento dos cheques emitidos, já que para socorrer tais casos há o respectivo remédio jurídico. Arrematando, concluiu pela impossibilidade da lavratura do protesto, uma vez que

a sentença prolatada na ação cautelar que sustou tal providência restou irrecorrida e, portanto, imutável diante do instituto da coisa julgada material (468 e 471 do CPC).

Dessa decisão, irresignada, recorre a autora. Sustenta em sua apelação que a apelada não logrou comprovar a entrega da totalidade das mercadorias, limitando-se a alegar a novação da dívida, gerada com a compra e venda efetuada, que foi solvida com os cheques apontados a protesto.

Aduz ainda que o pagamento da transação ocorreria trinta dias após a emissão das faturas, conforme consta dos documentos acostados aos autos. Diz que a parte contrária, em sua defesa, sustenta o descumprimento da obrigação pela autora na data aprazada, e que os cheques, pré-datados, não foram entregues à ré para quitação da operação mercantil no momento da entrega das mercadorias.

Afirma que recebeu apenas parte das mercadorias, que os cheques foram emitidos como garantia de pagamento e não para solver a obrigação, já que, conforme admitiu a ré, a autora não efetuou o pagamento das faturas no prazo previsto. Por consequência, ante o descumprimento de parte do encargo pela apelada sustou o pagamento dos títulos emitidos.

Diz que a novação da dívida, suscitada pela ré, é derogada pela ordem cronológica dos fatos, pois a apelante não teria como entregar os cheques para a satisfação integral da dívida, já que o vencimento das faturas seria trinta dias após a entrega dos bens, mormente diante dos argumentos apresentados pela apelada

que afirmam o atraso do pagamento em relação à data constante nas faturas.

Sustenta a inexigibilidade dos cheques, por não ter a ré cumprido integralmente com sua obrigação, aduzindo ainda que a entrega dos títulos, por seu motorista ao departamento financeiro da apelada, não poderia levar à presunção de pagamento do contrato.

Alega que a diferença entre os valores constantes nas notas fiscais e os valores dos cheques não induziriam à conclusão de que estes foram emitidos para o total adimplemento da avença, uma vez que não houve a entrega integral das mercadorias.

Postulou pelo provimento do apelo.

Contra-arrazoando o pleito, a apelada pugnou pela manutenção do decisor.

Aventou a intempestividade, e, por consequência, a extinção da presente ação, pois ajuizada trinta e três dias após a efetivação da medida concedida liminarmente na cautelar preparatória.

Alega que a compra e venda efetuada entre as partes restou perfeita e acabada com a entrega da totalidade das mercadorias, e que os cheques foram emitidos para o pagamento do negócio pactuado.

Disse que a apelante não a interpelou para cientificar-lhe a respeito de deficiências nas mercadorias entregues, e, ainda se assim ocorresse, cumpriria àquela ajuizar a ação competente a socorrer seu direito, mas não sustar o pagamento dos títulos de crédito que emitiu. Mencionando o de-

poimento do representante legal da apelante, pediu a improcedência do recurso.

Os autos ascenderam a esta Corte, e, em acórdão relatado por este Signatário, em 8/2/1996, determinou-se a remessa do processo à Turma de Recursos, competente para conhecer da apelação em face do valor da causa, conforme disposição do art. 6º, inc. I, da Lei n. 077/93.

Aquele órgão jurisdicional, em julgamento proferido no dia 27/5/1996, decidiu não conhecer do recurso e ordenar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça, competente para julgar a apelação, conforme expressa disposição do art. 8º, § 1º, da Lei n. 9.099/95, que proíbe a contenda de pessoas jurídicas nos juizados especiais. Retornaram, então, os autos a esta Casa.

É o relatório.

Trata-se de recurso de apelação ajuizado por Parthenon S/C — Empreiteiros Associados Ltda. contra Formiline S.A., visando à reforma da decisão que julgou improcedente o seu pedido formulado na ação anulatória de cambial c/c com sustação definitiva de protesto.

A apelada, no decorrer do processo, bem como em sua peça recursal, sustenta a intempestividade da ação principal, por ter sido deflagrada fora do prazo admitido em lei. Com razão a recorrida.

De acordo com o artigo 806 do Código Processual Civil, cabe à parte propor a ação no prazo de trinta dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório, sob pena de extinção da eficácia da medida, prevista no art. 808, I, do

CPC. Saliente-se que este prazo é contado na forma do artigo 184 do CPC, ou seja, excluindo da contagem o dia do começo e incluindo o dia do vencimento; nesse sentido, o prazo do art. 806 é de decadência; não se interrompe nem se suspende. Inicia-se na forma determinada pelo art. 184 (RT 621/102, maioria, JTA 93/109).

De uma análise superficial dos autos, infere-se que a efetivação da medida cautelar ocorreu em 25/3/1992, mesma data da propositura da ação preparatória, conforme certidões emitidas pelos cartórios de protestos de títulos acostadas ao processo cautelar. Assim sendo, o prazo de trinta dias para a propositura da ação principal teve início no dia 26/3/1992 e seu término em 24/4/1992. A ação anulatória de cambial c/c sustação definitiva de protesto foi protocolada em 27/4/1992, portanto, de forma extemporânea. Em certidão remetida a este órgão julgador, o cartório da segunda vara da comarca de Canoinhas certificou que, tanto no dia a quo, 26 de março de 1992, quanto no dies ad quem, 24 de abril de 1992, não houve suspensão ou qualquer anormalidade no expediente forense. Destarte, a interposição da ação anulatória de cambial é manifestamente intempestiva.

Requeru a apelada, nos autos da ação principal, a sua extinção, ante a sua inépcia, já que intempestiva. Todavia, elegeu via imprópria para tal pleito. Quando não ajuizada no prazo legal a ação principal, deverá a parte interessada alegar a matéria nos autos da ação cautelar, e não no presente processo, como fez a ré. Os tribunais já julgaram:

“A alegação de que a ação principal foi ajuizada após trinta dias da sustação de protesto deve ser feita nos autos do pedido de sustação e não naquela” (RT 503/151, 1º TACivSP, v.u.).

Ademais, o serôdio ajuizamento da ação principal não tem o condão de extingui-la. A consequência da perda do prazo é a decadência do direito à cautela, ou seja, a medida deferida liminarmente perde sua eficácia, conforme dispõe o inciso I do art. 808 do CPC, bem como o processo cautelar é extinto. O direito material da parte autora permanece intocado, e, desta forma, permite-lhe a interposição da ação principal, ainda que extemporânea. Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, comentando o Código de Processo Civil, esclarecem:

“Não ajuizada a principal no prazo de trinta dias, opera-se a decadência do direito à cautela. Matéria de ordem pública que é, a decadência deve ser pronunciada de ofício pelo juiz. A norma só se aplica às cautelares antecedentes, pois, quanto às incidentes, a ação principal já se encontra em curso. A decadência atinge somente o direito à cautela, permanecendo íntegro eventual direito material de que seja titular o requerente. Assim, mesmo após verificar-se a decadência da cautela, o requerente pode ajuizar ação principal, se o direito nela pleiteado ainda não tiver sido extinto” (in Código de Processo Civil Comentado, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 3ª edição, pág. 918).

Ilustrando a explicação, os referidos autores citam ainda o seguinte julgado:

“A decadência é da medida cautelar, e não da pretensão material a ser deduzida na ação principal. Esta só se extingue no prazo assinalado nas normas de direito material. Assim, ainda que tenha deixado transcorrer in albis o trintídio, pode o requerente da medida cautelar ajuizar a ação principal” (JTACivSP 111/165).

Por conseguinte, malgrado se mostre lídimo o ajuizamento da ação principal, o processo cautelar deveria ter sido julgado extinto sem a apreciação do mérito pelo eminente Togado de primeiro grau. Conforme acima exposto, a tardia deflagração da ação principal gera a esterilidade da medida cautelar, e, por conseqüência, a extinção da ação instrumental é providência que se impõe. Senão vejamos:

“Processo cautelar. Liminar. CPC, art. 808, I. Não ajuizado o processo principal no prazo de trinta dias, estabelecido no artigo 806 do CPC, não apenas perde eficácia a medida liminar, como se há de extinguir o próprio processo cautelar” (STJ, REsp n. 176301/RS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, julgado pela Terceira Turma em 26/6/2000).

Na esteira desse entendimento, gizou a colenda Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“Cautelar de sustação de protesto. Procedimento preparatório da ação principal. Extinção do processo por não ter sido intentada esta última, no trintídio legal, a contar da efetivação da liminar. Afronta aos arts. 806 e 808, I, do CPC. Sentença confirmada. Remessa desprovida.

“Segundo entendimento reiterado dos Tribunais, em se tratando de

procedimento preparatório, a ação principal deve ser ajuizada no prazo de trinta dias a partir da efetivação da liminar. Decorrida essa dilação sem a providência prometida na cautelar, impõe-se a cessação da eficácia da provisão judicial e bem assim a extinção do processo” (Ap. Cív. n. 38.600 — rel. Des. Napoleão Amarante) (Ap. Cív. n. 97.007472-7, de Ituporanga, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

E ainda:

“Cautelar preparatória de sustação de protesto — Não ajuizamento da principal no trintídio legal — Extinção do feito sem julgamento do mérito — Recurso improvido” (Ap. Cív. n. 96.002418-2, de São Francisco do Sul, rel. Des. Orli Rodrigues).

Assim, sendo matéria de ordem pública, a decadência do direito de cautela, com a perda da eficácia da medida liminar e a conseqüente extinção do processo cautelar, por infringência aos artigos 806 e 808, I, do CPC, deveriam ter sido decretadas de ofício pelo Sentenciante Monocrático. Tal, porém, inoocorreu, e acabou a cautelar por ser julgada a final.

Passo à análise do mérito da causa.

O cerne da questão está situado na existência de uma transação comercial malsucedida, efetuada entre os litigantes, bem como na destinação dos cheques emitidos pela recorrente no negócio pactuado.

Segundo a apelante, os cheques entregues à recorrida não se destinavam ao pagamento das faturas emitidas, mas eram garantia da dívida assumida. Sustenta que devido a falta de entrega de parte das mercadorias compradas, sustou o pagamento dos

títulos de crédito, o que fez com que a apelada apontasse-os a protesto.

De acordo com o depoimento pessoal do representante legal da autora, na audiência de instrução e julgamento, as negociações entre as partes, sempre satisfatórias, ocorriam da seguinte forma: após solicitar, via telefone, as mercadorias desejadas, um caminhão da empresa autora deslocava-se até a sede da ré, quando o motorista do veículo entregava os cheques para pagamento e trazia de volta a encomenda. Do contentamento demonstrado pelas partes, em suas constantes transações, não exsurge motivo para que tenham diversificado o modo de contratar.

No verso dos cheques levados a protesto, e juntados à ação cautelar pela própria apelante, consta o destino das referidas cártulas. Percebe-se claramente que os títulos emitidos pela autora tinham como desiderato o pagamento das faturas ns. 001299 e 001334, que documentaram a venda feita à recorrente.

As provas coligidas nos autos convergem no sentido de admissão da tese de que os cheques que tiveram sua compensação sustada foram dados em pagamento do negócio mercantil efetuado entre as partes.

Como se não bastasse, cai em contradição a parte autora, quando na peça exordial da presente ação, fl. 3, admite que o pagamento da transação comercial operacionalizada com a apelada se deu por meio dos cheques protestados. Extrai-se da inicial:

“Dito negócio deu-se da seguinte forma: — em setembro de 1991 a requerente efetuou uma compra de

lâminas de fórmica industrializadas, consoante as notas fiscais anexas.

“O pagamento da transação negocial deu-se por via dos cheques ora apontados para protesto, com vencimentos pré-fixados”.

Ora, não pode a autora em determinada fase processual, qual seja, a postulatória, admitir um fato, e posteriormente, em seu recurso, dele dissuadir esperando que tal atitude não lhe acarrete efeitos. Ou bem os cheques serviriam de garantia da dívida, ou bem serviriam para solvê-la. Muito embora o valor da soma dos cheques seja superior ao da soma das faturas, tenho como certo que os aludidos títulos de crédito destinavam-se a quitar as faturas suso mencionadas, e não apenas a servir como garantia da dívida assumida. Conforme aduziu a apelada em sua contestação, é provável que os valores sejam diversos em virtude da incidência de encargos pelo tardio pagamento do contrato, pois não me parece que tenha havido novação, já que não foi demonstrado implícita ou explicitamente o *animus novandi*, imprescindível à extinção da dívida antiga e surgimento de uma nova. Nesse sentido já decidi este *Sodalício*:

“Para que se configure a novação, a intenção de extinção do débito que se quer novado deve resultar expressa ou, na pior das hipóteses, implícita dos termos contratuais ou da natureza da obrigação, uma vez que, diante da lei, o *animus novandi* não se presume. Desta forma, não definido expressa ou implicitamente esse *animus*, a conclusão óbvia é de que a obrigação contraída em segundo lugar é meramente confirmatória da pri-

meira (Ap. Cív. n. 98.008195-5, de Sombrio, rel. Des. Trindade dos Santos).

Despicienda, por igual, a tese de inexigibilidade do valor total dos cheques, diante do descumprimento de parte da obrigação assumida pela ré. O cheque é ordem de pagamento à vista, e, mesmo que pré-datado, como no caso vertente, conserva seus atributos de liquidez, certeza e exigibilidade, ex vi do disposto no art. 32 da Lei n. 7.357, de 1985 (Lei do Cheque), que considera inexistente qualquer disposição contrária ao pagamento à vista do título em questão, podendo ser apresentado a desconto antecipadamente, a despeito da pós-data.

Assevera Fábio Ulhoa Coelho:

“O cheque é uma ordem de pagamento à vista, sacada contra um banco e com base em suficiente provisão de fundos depositados pelo sacador em mãos do sacado e decorrente de contrato de abertura de crédito entre ambos. O elemento essencial do conceito do cheque é a sua natureza de ordem à vista, que não pode ser descaracterizada por acordo entre as partes. Qualquer cláusula inserida no cheque com o objetivo de alterar esta sua essencial característica é considerada não escrita e, portanto, ineficaz (Lei n. 7.357, de 1985, Lei do Cheque, art. 32). Desta forma, a emissão de cheque com data futura, a pós-datação, não produz nenhum efeito cambial, posto que, pelo contrário, importaria em tratamento do cheque como um título de crédito a prazo. Um cheque pós-datado é pagável em sua apresentação, à vista, mesmo que esta se dê em data anterior àquela indicada como a de sua emissão (art. 32,

parágrafo único)” (Manual de Direito Comercial, Saraiva, 1988, pág. 220, apud Ap. Cív. n. 97.010448-0, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Trindade dos Santos) (apud Apelação Cível n. 97.010448-0, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Trindade dos Santos).

Na mesma esteira, acentuou o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“O cheque pós-datado emitido em garantia de dívida não se desnatura como título cambiariforme, tampouco como título executivo extrajudicial. A circunstância de haver sido aposta no cheque data futura, embora pos-sua relevância na esfera penal, no âmbito dos direitos civil e comercial traz como única consequência prática a ampliação real do prazo de apresentação” (STJ, REsp n. 16.855-0, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU de 7/6/93, pág. 11.261).

Desta Corte extrai-se:

“O cheque tem natureza de ordem de pagamento à vista, sendo exigível quando da sua apresentação ao sacado, considerando-se como não escrita qualquer menção em contrário” (Ap. Cív. n. 52.046, de São Domingos, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Ou seja, ainda que se admita que os cheques foram dados em garantia da dívida, tal fato não lhe subtrai as características essenciais, como a imediata exigibilidade.

Assim, o descumprimento parcial da avença por parte de um dos contratantes não abre ao outro a possibilidade de obstar o pagamento dos cheques que expediu, mas buscar o status quo anterior ao contrato pelos meios competentes. Uma vez emitido, é mister do devedor possibilitar ao cre-

dor a compensação do cheque sem causar-lhe empecilhos.

Concludentemente, a emissão das cártulas pela autora, acarretou-lhe a responsabilidade de honrar com a compensação dos cheques a seu credor. Não poderia, ao seu alvitre, salvo motivo que o justificasse, sustar a solvabilidade dos títulos em face do parcial cumprimento da obrigação pela outra parte. Ao se deparar com o suposto lote deficitário de mercadorias, deveria a apelante tomar providências no sentido de fazer valer o seu direito à totalidade dos objetos adquiridos, por meio do remédio jurídico competente, mas não frustrar o pagamento dos títulos de crédito, atitude que se mostra, no presente caso, infundada e arbitrária.

No tocante à entrega dos bens comprados pela apelante, melhor sorte a esta não socorre. A alegação de deficiência na quantidade da mercadoria adquirida deveria ter sido comprovada pela autora na fase instrutória do presente processo. Insurge-se em seu recurso de apelação, dizendo não ter a apelada trazido aos autos prova cabal da entrega do montante integral dos objetos negociados. Ora, é consabido que ao autor cabe o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, consoante dispõe o art. 333, inc. I, do CPC. Não poderia, a apelante, desse ônus se eximir, imputando-o à outra parte. Esta, aliás, apenas negou a entrega parcial dos bens e trouxe à baila as faturas da transação efetuada, acompanhadas dos comprovantes de entrega das mercadorias assinados por um funcionário que, conforme se extrai da sentença monocrática, presume ser da apelante. Cabia a este preposto, no momento da transa-

ção comercial, ter um mínimo de diligência ao receber o objeto da negociação, evitando assim futuros dissabores. Se assinou o comprovante de entrega das mercadorias, consentiu em recebê-las da forma que se encontravam.

Pairaram em meras alegações as assertivas da autora de que o lote de mercadorias entregue pela apelada não continha a quantidade avençada. Tentou, aliás, desincumbir-se do ônus de provar o fato constitutivo de seu direito e assacá-lo à apelada, o que só pode levar ao caminho da improcedência da ação. Cumpre aqui recordar a repartição do ônus da prova estabelecida pelo art. 333 do CPC, segundo o escólio de Ovídio A. Baptista da Silva (Curso de Processo Civil, vol. I, Fabris Editor, pág. 282, apud Ap. Cív. n. 44.421, de São José, rel. Des. Francisco de Oliveira Filho):

“...o réu poderá, certamente, limitar-se a negar os fatos afirmados contra si pelo autor e esperar que este tente demonstrar sua veracidade. Se o réu limitar-se a simples negativa, sem afirmar a existência de outros fatos que possam elidir as conseqüências pretendidas pelo autor dos fatos por este afirmados, nenhum ônus de prova lhe caberá”.

In casu, a apelada, por meio dos comprovantes, apenas negou a entrega parcial das mercadorias, cabendo, portanto, à autora, a comprovação do fato que assevera constituir seu direito. Ausentando-se fazê-lo é de se proceder o pedido exordial.

Finalmente, como bem observou o eminente Juiz singular em sua decisão, não se vislumbram, no caso em foco, motivos relevantes que per-

mitam a frustração do pagamento dos títulos creditícios emitidos. Inicialmente, não logrou a autora comprovar a entrega das mercadorias em quantidade menor do que a pactuada. E ainda que o fizesse, ou seja, que tivesse recebido apenas parte da mercadoria comprada, os meios idôneos à satisfação de seu crédito seriam aqueles, no que pertinem à matéria versada, colocados à disposição do consumidor lesado em nossa legislação civil, e não a sustação dos cheques que deu em pagamento.

Ao contrário, porém, do entendimento do nobre Magistrado de primeiro grau, o fato de haver sido proferida sentença a final no processo cautelar, suspendendo o protesto, não é impeditivo à sua revogabilidade em face do desfecho da ação principal e à provisoriedade da medida preventiva preparatória. Como bem leciona Humberto Theodoro Júnior:

“A sentença proferida em processo cautelar não faz coisa julgada material, que é a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença de mérito não mais sujeita a recurso (art. 467).

“É característica da medida cautelar como provimento emergencial de segurança, a possibilidade de sua substituição (art. 805), modificação ou revogação, a qualquer tempo (art. 807).

“E, além do mais, é inadmissível falar em decisão de mérito nas

ações cautelares, porque não versam elas sobre a lide”. Enfim, conclui:

“Decorrem, outrossim, a mutabilidade e a revogabilidade da medida cautelar de sua própria natureza e objetivos. Se desaparece a situação fática que levou o órgão jurisdicional a acautelar o interesse da parte, cessa a razão de ser da precaução” (Curso de Direito Processual Civil — Processo de Execução e Processo Cautelar, Forense, RJ, 1998, pág. 364).

Em síntese, resta mantida a decisão de primeiro grau de indeferimento do pedido inicial, inclusive no que tange à pretendida sustação definitiva de protesto, sob pena de contradição em face da solução dada à lide principal. Revogada, pois, resulta a decisão proferida no processo cautelar.

Pelo exposto, e com o adendo supra, nega-se provimento ao apelo.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar, e dele participaram, também com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Pedro Manoel Abreu e Nelson Schaefer Martins. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer, o Exmo. Sr. Dr. João Fernando Q. Borrelli.

Florianópolis, 15 de fevereiro de 2001.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente para o acórdão;
Alcides Aguiar,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 96.007428-7, DE SÃO MIGUEL DO OESTE**Relator: Des. Alcides Aguiar**

Ação de busca e apreensão (alienação fiduciária) — Sentença que ao julgar procedente a ação decreta a rescisão do contrato — Admissibilidade, vencido o relator.

Recurso adesivo conhecido — Revelia caracterizada — Defesa realizada nas razões da apelação — Matéria de ordem pública — Limitação da discussão somente cabível quando legítimas as exigências do credor fiduciário — Multa contratual — Aplicação do § 1º do art. 52 do CDC — Redução ex officio de 10% para 2% em segundo grau — Capitalização possível apenas semestralmente — Juros constitucionais — Limitação auto-aplicável (art. 192, § 3º, CF/88) — Comissão de permanência — Exclusão — Juros e multa — Computação cumulativa inadmissível.

“Na ação de busca e apreensão, o limite à contestação previsto no art. 3º, § 2º, do DL n. 911/69, é para os casos em que o autor formula pedido nos termos do contrato e da lei, mas não impede ao réu alegar, em sua defesa, contrariedade à lei ou contrato” (REsp n. 186644/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 15/3/99, pág. 244 — RSTJ 118/327).

Possível é ao julgador, inclusive ex officio, pelo controle judicial que lhe é conferido pelo Código de Defesa do Consumidor, limitar juros e multa contratual, por se tratar de matéria de ordem pública.

Em se tratando de cédula de crédito comercial a capitalização de juros é autorizada, porque respaldada em lei; contudo, deve ser ela semestral e nos moldes do art. 5º do DL n. 413/69.

“A multa contratual e os juros de mora podem ser exigidos simultaneamente, desde que não computados cumulativamente, sob pena de dupla penalização do devedor inadimplente” (Ap. Cív. n. 97.010452-9, de Anita Garibaldi, relator Des. Eder Graf).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.007428-7, da comarca de São Miguel do Oeste (1ª Vara da Infância/Juventude e Registros Públicos), em

que são apelantes e apelados Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc e Signor — Transportes Rodoviários Ltda.:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por maioria de votos, desprover o recurso do autor, vencido o Exmo. Relator, e à unanimidade, conhecer do recurso adesivo dando-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

O Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc ajuizou ação de busca e apreensão em face de Signor Transportes Rodoviários Ltda., alegando que recebeu em alienação fiduciária o bem descrito na inicial, dado em garantia à Cédula de Crédito Comercial n. 94/00622-1, emitida em 19/12/94, no valor de R\$ 30.000,00, resgatáveis em três parcelas mensais, com vencimentos previstos de 19/1/95 a 19/3/95, e avalizada por Lírio Signor e Celi Laire de Bona Signor.

Afirma que a ré deixou de cumprir suas obrigações contratuais, estando inadimplente em relação às três parcelas ajustadas, que restaram impagas, razão pela qual a constituiu em mora, e, tendo em vista o disposto no art. 3º do Decreto-Lei n. 911/69, requer a expedição de mandado liminar de busca e apreensão do bem e, ao final, a procedência do pedido com a consolidação da posse e da propriedade plena em suas mãos, condenada a ré ao pagamento das despesas processuais.

Deferida e efetivada a liminar de busca e apreensão (fls.), a devedora deixou passar in albis o prazo para manifestar-se sobre o pedido formulado pelo autor.

Sentenciando, a ilustre Toga da, Dra. Janice Goulart Garcia Ubialli, ante a revelia, julgou procedente o pedido formulado pelo autor para declarar rescindido o contrato pactuado en-

tre as partes e consolidar nas mãos do autor o domínio e a posse plenos e exclusivos do bem, tornando a liminar definitiva.

Irresignado o autor recorreu, aduzindo que a sentença declarou rescindido o contrato celebrado entre as partes, merecendo a decisão ser reformada neste tópico, porque realizou um julgamento extra petita, já que não havia pedido para a rescisão da avença.

Nas contra-razões, a apelada requereu a manutenção do julgado e que a cédula de crédito comercial deixou de obedecer as normas de ordem pública, cujo uso é exclusivo das atividades comerciais, para ser um refinanciamento, requerendo, assim, o improvimento do recurso.

Em recurso adesivo, a ré afirma que o contrato contém diversas ilegalidades, evidenciadas no item 7 da petição inicial, no qual o autor reclama juros remuneratórios de 9% ao mês, acrescidos de juros de mora de 12% ao ano e multa de 10%, contrariando a lei, posto que a cumulação da multa sobre juros de mora não é permitida, porque o parágrafo único do art. 5º do Decreto-Lei n. 413/69, determina que os juros de mora sejam de 1% ao ano.

Assim, requer o provimento do recurso.

O Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc ofereceu contra-razões, pleiteando o improvimento do recurso adesivo interposto.

É o relatório.

Cinge-se a controvérsia, no que respeita ao recurso do autor, à possibilidade ou não de rescisão do contrato celebrado entre as partes.

Pedi vista dos autos após o voto do eminente Des. Pedro Abreu que se posicionou contrariamente ao entendimento primeiro deste Relator, no que tange ao provimento do recurso do autor. Enquanto acolhia o apelo no sentido de não ser possível ao Juízo extinguir o contrato na espécie vertente; já o Des. Pedro Abreu considera viável tal rescisão no âmbito da ação de que cuida, por isso que o Banco, em pretendendo manter incólume a avença, busca executá-la diante de um possível saldo devedor quando, a teor do que contém o Código de Defesa do Consumidor, art. 53, falece ao credor tal pretensão. A teor do citado artigo:

“Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações bem como nas alienações fiduciárias em garantia consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabelecem a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleiteia a resolução do contrato e a retomada do produto alienado”.

Em que pese o respeitável entendimento suso esposado pelo Des. Pedro Abreu, ousou dele discordar no que concerne ao núcleo da matéria em discussão: se mantém-se ou não válido o contrato de financiamento sob garantia fiduciária diante da norma citada no Código de Defesa do Consumidor diante do caso concreto.

O credor propôs a ação de busca e apreensão objetivando apenas consolidar a posse e a propriedade plenas em suas mãos, para, após, extrajudicialmente, vender o bem alienado fiduciariamente e aplicar o preço

arrecadado pela venda no pagamento do seu crédito e despesas decorrentes da cobrança, entregando ao devedor o saldo apurado, se houver.

Não há negar que ao Judiciário é possível intervir nas relações contratuais entre particulares, de forma a limitar a liberdade contratual, e, assim, restringir o princípio da autonomia de vontade das partes diante das normas de ordem pública.

Henri de Page, citado por Orlando Gomes, define lei de ordem pública como aquela que “entende os interesses essenciais do Estado ou da coletividade, ou que fixa, no Direito Privado, as bases jurídicas fundamentais sobre as quais repousa a ordem econômica ou moral de determinada sociedade” (Contratos, Rio de Janeiro, Forense, 1990, pág. 128) (A Proteção Jurídica do Consumidor, de João Batista de Almeida, 2ª ed., Saraiva, 2000, pág. 134).

No escólio de Cláudia Lima Marques:

“A vontade continua essencial à formação dos negócios jurídicos, mas sua importância e força diminuíram, levando à relativização da noção de força obrigatória e intangibilidade do conteúdo do contrato.

“(…)”

“As leis, aqui chamadas de leis intervencionistas, autorizarão o Poder Judiciário a um controle mais efetivo da justiça contratual e ao exercício de uma interpretação mais teleológica, onde valores da lei tomam o primeiro plano e delimitam o espaço para o poder da vontade. O juiz ao interpretar o contrato não será um simples servidor da vontade das partes, será, ao contrário, um servidor do interesse geral.

Ele terá em vista tanto o mandamento da lei e a vontade manifestada, quanto os efeitos sociais do contrato e os interesses das partes protegidos pelo direito em sua nova concepção social" (in *Contratos no Código de Defesa do Consumidor — O novo regime das relações contratuais*, RT, São Paulo, 1992, págs. 60/61).

Por seu turno:

"O Código de Defesa do Consumidor é um reflexo de uma nova concepção mais social do contrato, onde a vontade das partes não é a única fonte das obrigações contratuais, onde a posição dominante passa a ser a da lei, que dota ou não de eficácia jurídica aquele contrato de consumo.

"O princípio clássico da autonomia da vontade vai ser relativizado por preocupações de ordem social. Tentando harmonizar os interesses envolvidos numa relação de consumo, as novas normas de tutela valorizam tanto a vontade, como a boa-fé, a segurança e o equilíbrio das relações contratuais. O direito passa a ser orientado pelo conteúdo dos contratos, o realizador da equitativa distribuição de obrigações e direitos nas relações contratuais e não só o garante da livre manifestação de vontade" (in Cláudia Lima Marques, ob. cit., págs. 100/101).

No que diz respeito à preponderância do CDC ou do Decreto-Lei n. 911/69, necessário se faz dizer, antes de mais nada, que ambas coexistem e, naquilo que forem incompatíveis, deve prevalecer aquele, porque norma jurídica de ordem pública constitucional.

A respeito dos critérios para resolver conflitos entre leis, discorre a já mencionada Cláudia Lima Marques:

"Os critérios para resolver os conflitos (contradições) entre duas leis são três: a superioridade, a anterioridade e a especialização, usados tanto para suprimir a vigência (revogação), quanto para afastar no caso concreto a aplicação de uma das leis (solução da antinomia). A força do CDC está na sua superioridade (ordem pública constitucional).

"As normas presentes nas leis especiais continuam válidas para regular todos os contratos civis ou comerciais a que se destinam, tratando-se de contrato de consumo, sua aplicação será afastada naquilo que incompatíveis com o espírito protetor do CDC.

"Como ensina Oscar Tenório, pode haver a coexistência da nova lei geral em face da anterior lei, desde que compatíveis. A lei especial anterior continua em vigor, ao lado da lei geral nova, no que não for incompatível, sendo necessário examinar a finalidade das duas leis. É a regra da incompatibilidade das leis. Mas de regra 'leis que tratam de determinadas matérias se revogam com o advento de um código que veio dispor sobre aquelas matérias', ocorre que o CDC não trata de nenhum contrato em especial, mas se aplica a todos, a todos os tipos de contratos, se contratos de consumo". Mais adiante, prossegue a ilustre doutrinadora: "Este parece ser o espírito do CDC, que em seu art. 7º considera aplicáveis todos os outros 'direitos' (direitos do consumidor como afirma o capítulo) que estejam previstos na legislação ordinária. Já as limitações

aos novos direitos dos consumidores são consideradas nulas se previstas nos contratos, art. 51, I, e afastadas pela nova lei de ordem pública, se previstas em leis especiais e incompatíveis com o espírito do CDC (ob. cit., pág. 98).

A par disso, ao julgador é permitido, pelo controle judicial que lhe confere o Código de Defesa do Consumidor, declarar, ex officio, nulas as cláusulas contratuais que não se coadunem com o seu espírito social.

Destarte, em face do caso concreto, para saber da possibilidade da rescisão contratual, é mister conhecer o real valor do quantum debeatur, após a análise e exclusão se for o caso de cláusulas abusivas e exageradas e o da venda extrajudicial do bem, por isso que os recursos se confundem e o deslinde somente ocorrerá pela conjugação deles.

No que se refere ao recurso adesivo da ré, é de consignar-se: “O art. 3º, § 2º, do Decreto-Lei n. 911/69, assim dispõe: ‘Na contestação só se poderá alegar o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais’.

“Parece bem evidente que essa regra há de ser aplicada quando a exigência formulada pelo autor da ação esteja de acordo com o contrato e com a lei. Quando o que se pede é ilegal, ou tem base em cláusula inválida, ou fica além do que é permitido no contrato, cabe ao réu formular defesa que tiver sobre tais questões, pois a lei, ao mesmo tempo em que apressa o procedimento, para a melhor satisfação do credor, não pode deixar o réu desamparado de defesa em processo judicial do qual lhe pode resultar, além

dos prejuízos de ordem patrimonial, a perda da liberdade por um ano” (REsp n. 186644/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 15/3/99, pág. 244 — RSTJ 118/327).

No mesmo sentido, REsp n. 167356/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJU 13/10/98; REsp n. 209109/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJU 13/12/99.

Sublinhe-se que a devedora é revel e exerceu seu direito de defesa somente agora em grau de recurso, podendo esta egrégia Quarta Câmara conhecer apenas das matérias de ordem pública.

É de ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor tipificou, exemplificativamente, nos seus arts. 51 e 53, as cláusulas contratuais que não terão eficácia, porque são absolutamente nulas. A Secretaria de Direito Econômico, por sua vez, obedecendo o art. 56 do Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1997, divulga anualmente uma lista de cláusulas contratuais abusivas. As Portarias ns. 4, de 13 de março de 1998, publicada no DOU, Seção I, de 16/3/98, e, 3, de 19 de março de 1999, publicada no DJU de 22/3/1999, cumprem a determinação legal.

Portanto, passa-se à análise da cédula de crédito comercial e suas cláusulas contratuais. Do contrato celebrado entre as partes, colaciona-se:

“Encargos financeiros.

“Sobre o crédito ora aberto incidirá juros à taxa de 9,00% de 0,0393 ao dia útil pagos no vencimento ou liquidação da cédula.

“A emitente pagará neste ato a comissão de abertura de crédito no valor de R\$ 10,97 (dez reais e noventa e sete centavos).

“O imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, será cobrado de acordo com a legislação vigente (fl. 7).

“(…)

“Do Anexo único — Orçamento, colaciona-se;

“9. Ocorrendo uma das hipóteses previstas no item 8 (oito) poderá o Besc também considerar vencidos antecipadamente todos os demais contratos de empréstimos e obrigações cambiais de responsabilidade da emitente, diretores, sócios cotistas e avalistas, junto ao Besc, independentemente de qualquer procedimento judicial ou extrajudicial.

“10. Caso a emitente não satisfaça as obrigações nos prazos estabelecidos, obriga-se ao pagamento da comissão de permanência calculada às mesmas taxas pactuadas ou, a exclusivo critério do Besc, para esse tipo de operação, àquelas vigentes no dia da cobrança ou liquidação do débito, juros de mora de 12% (doze por cento) ao ano, além de uma multa contratual irredutível de 10% (dez por cento) sobre o que dever, compreendendo o principal e acessórios, mais honorários de advogado de 20% (vinte por cento) sobre o montante que daí resultar” (fl. 10).

A taxa de juros fixada em 9% ao mês é abusiva e contrária ao § 3º do art. 192 da CF/88, que é norma constitucional auto-aplicável, entendimento este pacífico nesta egrégia Quarta Câmara Civil, não podendo

eles assim extrapolar o limite ali imposto.

Logo, é de limitar-se em 12% ao ano a taxa de juros a incidir no contrato em debate, considerando-se nula a cláusula que disponha de forma diversa.

A propósito vem assim decidindo esta egrégia Corte:

“O § 3º do art. 192 da CF é norma auto-aplicável e de incidência imediata, não dependendo de regulamentação por lei complementar. Trata-se de norma autônoma, não condicionada à lei prevista no caput do artigo.

“Estabelecida a regra da taxa de juros reais de 12% ao ano, com ou sem lei complementar, os juros não poderão ser superiores a esse limite. A lei a ser elaborada é que estará subordinada ao § 3º do art. 192, e não este subordinado àquela; tudo que prescreverá a lei complementar deverá estar de acordo com a norma constitucional, ou então será inconstitucional.

“O limite de juros de 12% ao ano, previsto na Constituição, chega a ser elevado diante do atual quadro econômico do país. Não se pode permitir a cobrança de juros excessivos e de forma em que todos são obrigados a aceitar. Fica muito difícil suportar as taxas de juros da maneira em que são praticadas, não podendo o Judiciário ficar omissos, devendo intervir ainda que se trate de contrato firmado ‘livremente’ entre as partes...” (Ap. Cív. n. 98.011495-0, relator Des. Carlos Prudêncio, j. 10/12/98).

No tocante à capitalização dos juros, ressalte-se que em nosso orde-

namento jurídico ela é permitida nas cédulas de crédito, ex vi do art. 5º do Decreto-Lei n. 413/69; assim, é de se considerá-la legal, mas nos termos do mencionado artigo, ou seja, capitalizáveis semestralmente, que, se não pactuadas as datas, serão nos dias 30 de junho e 31 de dezembro.

No que pertine à comissão de permanência, impossível é cumulá-la à correção monetária, e a sua cobrança, nos moldes pactuados ou sem prévia fixação, revela-se inviável porque potestativa (art. 115, CC, e art. 6º, III, CDC).

Em relação aos juros de mora, parágrafo único do art. 5º do Decreto-Lei n. 413/69, não são eles capitalizáveis e podem ser fixados em 1% (um por cento) ao ano, não sendo possível cumulá-los à multa contratual.

No que tange à multa convencionada em 10% (dez por cento) sobre o principal e os acessórios, é de se reduzi-la para 2% (dois por cento), conforme preceitua o art. 52, § 1º, do CDC.

A cobrança de honorários advocatícios, fixados em 20% sobre o total do débito, independentemente do ajuizamento de ação por parte do advogado é abusiva e nula, estando prevista inclusive na lista divulgada pela Secretaria de Direito Econômico na Portaria n. 4, de 13/3/98.

Assim, realizado o controle da legalidade das cláusulas contratuais ajustadas, percebe-se que o quantum debeatur irá sofrer efetiva redução. De qualquer modo não se sabe o real valor da dívida, ou se ela ainda existe, porque não se tem notícia da quantia pela qual o bem foi vendido.

O contrato, pois, a priori, não se revela rescindido, dès que não se pode afastar desde logo a discussão sobre a existência de um possível saldo devedor, e, nessa eventualidade, o credor terá que fundar sua ação no contrato ou, como no caso, na cédula de crédito industrial.

A respeito, colaciona-se do corpo do acórdão relatado pelo eminente Des. Trindade dos Santos, na Ap. Cív. n. 96.010855-6, de Concórdia:

“Nesse sentido, ensina Norberto da Costa Caruso Mac Donald:

‘...poderá o credor mover ação de busca e apreensão contra o devedor e respectivos garantes, ficando a exclusivo critério daquele a eleição do meio que se lhe afigurar mais adequado, iniciando por qualquer deles, para, depois, não estando integralmente pago, valer-se do outro; (b) a extinção da garantia fiduciária não provoca a extinção do débito, o que só se verifica pela integral satisfação do credor, mediante o recebimento da totalidade do saldo devedor; (c) assim, se após a aplicação do preço da venda do bem alienado fiduciariamente em garantia, ainda restar saldo devedor, por ele continuam obrigados o devedor (financiado) e seus garantes (fiadores e avalistas), e o credor, para cobrar-se, fundará sua ação no contrato ou nas notas promissórias vinculadas ao mesmo’ (Ajuris 6/33).

“Como bem observa o Min. Moreira Alves, in RE n. 84.695/SC, in RTJ 80/934:

‘A circunstância de ter sido, primeiramente, excutida a garantia real representada pela garantia fiduciária — e pouco importa que o devedor tenha entregue a coisa sem ser por

meio de ação de busca e apreensão (o que, aliás, é o correto por parte do devedor) — não implica extinção da dívida originária (que decorre do financiamento, e não do contrato de alienação fiduciária), transformando-se o seu saldo em débito personalíssimo. O que se extinguiu, com a extinção da garantia, foi apenas a propriedade fiduciária; o saldo devedor e as demais garantias (como a decorrente da nota promissória e, às vezes, até da fiança) continuam a existir, independentemente daquela extinção' (RTJ, vol. 80, pág. 938).

"Observa, de outro lado, José Carlos Moreira Alves:

'É preciso considerar, ainda, que é o contrato de que nasce o crédito que tem valor de título executivo, e, não, o contrato de alienação fiduciária; e, assim sendo, não se lhe pode retirar esse valor — embora lhe advenha da constituição da garantia —, sem que haja texto expresso que o condicione à permanência da propriedade fiduciária'" (Da Alienação Fiduciária em Garantia, São Paulo, Saraiva, 1973, pág. 215).

Destarte, extinta pela via da ação em tela emerge a garantia (alienação fiduciária) e não o contrato de que se originou o crédito.

Por outro lado, forçoso é de reconhecer-se que o autor não havia formulado pedido relativo à rescisão contratual, por isso que não poderia a Dra. Juíza de Direito tê-la declarado. Assim agindo, o fez fora dos limites propostos na inicial, decidindo além do pedido — ultra petita.

Cite-se, do Código de Processo Civil:

"Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado".

Desta forma, é de se reduzir a sentença aos limites do pedido realizado, excluindo-se dela a rescisão do contrato.

Nesta linha, é salutar colacionar:

"Enquanto a sentença extra petita é nula, porque decide causa diferente da que foi posta em Juízo" (...) (RT 502/169), "não ocorre o mesmo com a sentença ultra petita, i.e., que decide além do pedido (ex.: a que condena o réu 'em quantidade superior' à pleiteada pelo autor). Ao invés de ser anulada pelo tribunal, deverá ser reduzida aos limites do pedido (STJ — RT 673/181; RTJ 89/533, 112/373, RJTJESP 49/129, RP 4/406, em. 193)" (in CPC e legislação processual em vigor, Theotônio Negrão, 23ª ed., pág. 292).

Divergi, por tais motivos, da douta maioria, a propósito do recurso do autor, dando-lhe provimento, para excluir da sentença a declaração de rescisão do contrato.

Por tais razões, por maioria de votos, desprovê-se o recurso do autor, e, à unanimidade, conhece-se do recurso adesivo e dá-se-lhe provimento para determinar que os juros remuneratórios sejam os constitucionais (12% ao ano — art. 192, § 3º, CF/88); a capitalização dos juros seja semestral; reduzir os juros de mora para 1% ao ano, não capitalizáveis senão semestralmente e não cumulados à multa contratual, que é fixada em 2% do sal-

do devedor; excluir a comissão de permanência e os honorários de advogado contratuais. Ante a sucumbência recíproca, as custas são rateadas proporcionalmente e os honorários advocatícios fixados em 5% sobre o crédito, em prol do credor embargado já sopesado o sucumbimento parcial.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar, e dele participou, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins e la-

vrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. João Fernando Q. Borrelli.

Florianópolis, 15 de fevereiro de 2001.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente para o acórdão com voto;
Alcides Aguiar,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 96.011239-1, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Alcides Aguiar

Apelação cível — Procurador que firma assinatura tão-somente na petição de interposição do recurso — Irrelevância — Conhecimento — Extratos bancários, ficha cadastral e cartão de assinaturas — Documentos hábeis à propositura da ação monitória — Carência da ação — Inocorrência — Recurso provido.

“Se os extratos bancários, a ficha cadastral e o cartão de assinaturas demonstram a presença da relação jurídica entre credor e devedor e denotam indícios da existência do débito, mostram-se hábeis a instruir a ação monitória” (REsp n. 220887/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 3/11/99).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.011239-1, da comarca de Balneário Camboriú (2ª Vara Cível/Registro Público), em que é apelante Banco Real S.A., sendo apelado Alexandre Pasqualini:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, prover o recurso.

Custas na forma da lei.

Banco Real S.A. ajuizou ação monitória em face de Alexandre Pasqualini, alegando que firmaram, em 26/1/95, um contrato denominado “Proposta de Abertura de Conta Corrente e Poupança”, com opção para aprovação de posterior Contrato de Limite de Crédito, modalidade Realmaster, que veio a se concretizar no dia 6/2/95, com a colocação de um crédito rotativo destinado à provisão de fundos na conta n. 3.705.434-1.

Afirma que o “Referido instrumento, muito embora não firmado pelo

requerido, foi por ele efetivamente utilizado, conforme extratos de conta corrente ora apresentados. Teve sua duração inicialmente fixada até 5 de maio de 1995 e foi automaticamente renovado ante a falta de denúncia das partes contratantes. Não mais interessando ao banco a continuação da avença, já que o requerido deixou de depositar em sua conta corrente numerário suficiente à cobertura do saldo negativo..." (fls.).

Diz que, efetuados os lançamentos na conta corrente, apurou-se o saldo devedor em R\$ 2.963,83. Requer a expedição de mandado de pagamento da quantia devida, atualizada e acrescida da multa fixada na cláusula décima primeira do contrato, que não paga deve ser convertida em mandado executivo, e, se embargada a ação, a rejeição dos embargos.

Citado, o devedor ofereceu embargos, arguindo, preliminarmente, a carência da ação, porque o contrato não foi celebrado e os documentos trazidos aos autos não estão assinados nem lhe foram apresentados para firmá-los, estando ausente, por isso, a possibilidade jurídica do pedido.

Aduz que não cabe ação monitória, uma vez que inexiste prova escrita a fim de garantir certeza ao documento juntado, a teor do art. 1.102a do CPC.

No mérito, diz que jamais deixou de depositar numerário suficiente para a cobertura de cheques e que não mais opera a conta corrente pela falta de interesse em mantê-la. Não existe débito com a instituição financeira autora, já que não firmou qualquer avença com ela e os extratos trazidos ao feito são unilaterais, não se

prestando à finalidade de prova escrita.

Assim, requer a decretação da carência da ação com a extinção do feito ou, caso ultrapassada esta fase processual, a improcedência do pedido monitório, ainda porque os extratos exibidos revelam lançamentos unilaterais, com capitalização de juros, cumulação indevida de juros com comissão de permanência e multas, nulos portanto.

O autor ofereceu réplica reiterando o pedido vestibular realizado (fls.).

Instado a se manifestar, o embargante rebateu os argumentos deduzidos pelo banco e renovou o pedido de extinção do feito sem o julgamento do mérito ou a improcedência do pedido monitório.

O Dr. Juiz de Direito, José Ildelfonso Bizatto, acolheu os embargos promovidos por Alexandre Pasquali em face do Banco Real S.A., e extinguiu a ação monitória sem o julgamento do mérito, acatando a preliminar de carência da ação, e condenando o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% sobre o valor da causa.

Irresignado, o autor embargado recorreu, alegando que a ficha cadastral do devedor encontra-se assinada e contém declaração de que havia recebido cópia das cláusulas e condições reguladoras da conta corrente e de poupança e estava de pleno acordo com os seus termos, evidenciando a prova escrita.

Ademais, se entendesse o Magistrado ser necessária a autenticação dos documentos apresentados,

deveria ter dado prazo para sanar tal irregularidade, uma vez que o réu não lhes negou veracidade.

“De outra forma, se ‘A nota escrita pelo credor em qualquer parte de documento representativo de obrigação, ainda que não assinada, faz prova em benefício do devedor’ (art. 377, CPC), com mais razão os documentos exibidos, mesmo que não autenticados, fazem prova em benefício do credor, pois ao Poder Judiciário cabe dar tratamento igualitário aos litigantes, o que no presente feito, com todo respeito, não ocorreu”.

Requer a anulação da sentença.

Nas contra-razões, o apelado ressalta que o recurso do banco não veio devidamente assinado, não merecendo, assim, ser conhecido.

Inexiste qualquer cerceamento de defesa, porque, instado a sanar o feito (fl. 10), o apelante deixou de fazê-lo, não podendo alegar falta de oportunidade.

Não obstante, ficou claro que jamais assinou qualquer contrato e quando dada oportunidade ao recorrente para justificar a pretensão limitou-se ele a juntar fotocópia de “ficha cadastral”. Logo, é de negar-se provimento ao recurso, mantendo inalterada a sentença atacada.

É o relatório.

Cumpra inicialmente dizer que o advogado do apelante não assinou as razões da apelação, tendo apostado sua firma tão-somente na petição de interposição do recurso, o que, todavia, não prejudica o seu conhecimento, porque, a uma, é idêntica à apontada na exordial, e, a duas, pela similitude de

forma e padrão da peça recursal em relação às outras manifestações escritas do banco recorrente.

Ademais, em que pese a impugnação do apelado, não traz ele fundamentos relevantes a ensejar dúvida sobre a autenticidade das razões recursais ou a evidenciar má-fé da parte adversa, por isso não é de prevalecer o seu entendimento.

A propósito, colaciona-se sobre o assunto:

“Recurso — Falta de assinatura nas razões — Irrelevância — Conhecimento” (Ap. Cív. n. 70.932-1, São Paulo, RJTJESP 104/231).

É de ser conhecido e provido o recurso. É que há nos autos indício de prova escrita para a constituição de título executivo a embasar o pedido monitorio, estando presente, assim, a possibilidade jurídica, ex vi do inc. VI do art. 267 do CPC.

Do egrégio Superior Tribunal de Justiça, colaciona-se da Quarta Turma, REsp n. 220.887/MG, da lavra do eminente Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicada no DJ em 3/11/99, que trata de assunto idêntico, qual seja, a admissibilidade de extratos bancários, ficha cadastral e cartão de assinaturas como documentos hábeis a propor a ação monitoria, assim ementado:

“Processual civil. Procedimento monitorio. Extratos bancários de conta corrente, ficha cadastral e cartão de assinaturas. Viabilidade. Índícios de existência do débito. ‘Prova escrita sem eficácia de título executivo’. Art. 1.102a, CPC. Caracterização. Embargos ao mandado monitorio acolhidos. Procedimento ordinário. Art. 1.102c, CPC. Recurso provido.

"I — O procedimento monitorio, também conhecido como injuntivo, introduzido no atual processo civil brasileiro, largamente difundido e utilizado na Europa, com amplo sucesso, tem por objetivo abreviar a formação do título executivo, encurtando a via procedimental do processo de conhecimento.

"II — A ação monitoria tem a natureza de processo cognitivo sumário e a finalidade de agilizar a prestação jurisdicional, sendo facultada a sua utilização, em nosso sistema, ao credor que possuir prova escrita do débito, sem força de título executivo, nos termos do art. 1.102a, CPC.

"III — Se os extratos bancários, a ficha cadastral e o cartão de assinaturas demonstram a presença da relação jurídica entre credor e devedor e denotam indícios da existência do débito, mostram-se hábeis a instruir a ação monitoria

"IV — Em relação à liquidez de débito e à oportunidade de o devedor discutir os valores, a forma do cálculo e a própria legitimidade da dívida, assegura-lhe a lei a via dos embargos, previstos no art. 1.102c, que instauram amplo contraditório e levam a causa para o procedimento ordinário.

"V — Uma vez opostos embargos ao mandado monitorio, instaura-se a via ampla do contraditório, através do procedimento ordinário, de modo que a sentença que acolhe esses embargos passa a constituir título executivo judicial, nos termos do art. 584, I, CPC, incumbindo ao credor ajuizar a execução, após encerrado o processo de conhecimento".

Do corpo do acórdão, extrai-se como razão de decidir:

"A respeito, escreve Carreira Alvim:

'Entre nós, tanto a prova escrita, despida de eficácia executiva, quanto a que constitua começo de prova por escrito, igualmente destituída dela, sempre puderam embasar ação ordinária, com cognição plena; em qualquer caso, dependiam de título judicial, só possível de obtenção em sede de conhecimento. Embora a lei não conceitue a prova 'escrita', para fins monitorios, inexistente dúvida de que tal só pode ser considerada a escrita stricto sensu, quer dizer, a grafada, compreendendo tanto as provas 'preconstituídas' quanto as 'casuais'.

"(...)

"Destarte, no âmbito do procedimento monitorio, a 'prova escrita' pode ser constituída por escritura pública, documento particular, documento demonstrativo de relação jurídica material ou de simples valor probatório (Hellwing, System), podendo ser também documento não-subscrito, como as anotações constantes de escrita comercial, manual ou reproduzido por qualquer meio de reprodução mecânica (Calamandrei)' (Ação Monitoria e Temas Polêmicos da Reforma Processual, 3ª ed. rev., atual. e amp., Belo Horizonte, Del Rey, 1999, cap. I, n. 11, págs. 37/39) (grifei).

"(...)

"No tema, assinala Antônio Carlos Marcato:

'Isso significa que deve ser considerado documento hábil a respaldar a pretensão à tutela monitoria, aquele produzido na forma escrita e dotado de aptidão e suficiência para influir na formação do livre convencimento do juiz acerca da probabilidade do direito

afirmado pelo autor, como influiria se tivesse sido utilizado no processo de cognição plena. Em síntese — e aqui lançamos mão de entendimento jurisprudencial já consolidado na Itália —, qualquer documento que seja merecedor de fé quanto à sua autenticidade.

(...)

‘A prova escrita exigida pela lei deve, portanto, ser completa, no sentido de justificar plenamente o pedido de injunção, podendo o juiz, diante de sua insuficiência, permitir ao autor, quando muito, a sua complementação, no prazo para tanto assinado, sob pena de indeferimento da petição inicial (CPC, arts. 283, 284, 295, n. VI, conjugados, do CPC). De modo algum está autorizado, no entanto, a suprir a insuficiência da prova escrita através de provas orais (testemunhos e interrogatórios), seja porque essa possibilidade acarretaria a inversão do procedimento (pois só haverá instrução probatória se e quando opostos os embargos ao mandado), seja porque, mostrando-se insuficiente a prova escrita e não podendo ser oportunamente complementada pelo autor, impor-se-á, como dito, o puro e simples indeferimento da petição inicial.

‘A variedade da prova documental hábil a instruir a petição inicial é atestada pela doutrina brasileira, ao indicar, como exemplos, a sentença meramente declaratória e os títulos de crédito fulminados pela prescrição, o documento assinado pelo devedor, mas sem testemunhas, os vales, reconhecimentos de débito em contas e faturas, confissões de dívida carentes de testemunhas instrumentárias, acordos e transações não homologados,

documentos referentes a débitos vinculados a cartões de crédito e outros, as cartas ou bilhetes de que se possa inferir confissão de dívida e, de modo geral, documentos desprovidos de duas testemunhas (contrato de abertura de crédito) ou títulos de crédito a que falte algum requisito exigido por lei, a transação escrita sem referendado, a duplicata sem aceite, sem protesto e sem o comprovante de entrega da mercadoria, a carta confirmando a aprovação do valor do orçamento e a execução dos serviços etc.’ (O Processo Monitório Brasileiro, São Paulo, Malheiros, 1998, págs. 64/65).

“No mesmo sentido da amplitude dos documentos a instruir a ação monitoria, Cândido Rangel Dinamarco (A Reforma..., 3ª ed. rev., amp. e atual., Malheiros, 1996, n. 168-F, págs 234/236).

(...)

“Na espécie, os extratos bancários de conta corrente, a ficha cadastral e o cartão de assinaturas que instruíram a inicial da monitoria demonstram a presença da relação jurídica entre credor e devedor e denotam indícios da existência de débito, ajustando-se ao conceito de ‘prova escrita sem eficácia de título executivo’.”

É de ressaltar-se que, no caso em tela, o banco ao instruir a petição inicial juntou contrato de limite de crédito (fl. 5), com suas cláusulas e condições (fls. 6/8), e extratos da conta corrente sob o n. 3.705.434-2, em nome do réu, ora apelado (fls. 9/14). É verdade que o contrato trazido aos autos não se acha firmado pelo réu, estando o local indicado para receber a assinatura do correntista em branco. Não obstante, ao manifestar-se sobre

embargos promovidos, o banco acossou à lide fotocópia da avença denominada "Proposta de abertura de conta corrente e poupança" e da ficha cadastral, devidamente assinadas pelo embargante, comprovando, assim, a relação jurídica existente entre as partes; e portanto sanando o feito e cumprindo os requisitos exigidos pelos arts. 282 e 283 do CPC.

Ressalte-se que Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery defendem, inclusive, que "a emenda da petição inicial é direito subjetivo do autor", constituindo "cerceamento desse direito, portanto de defesa (CF, 5º, XXXV e LV), o indeferimento liminar da petição inicial, sem dar-se oportunidade ao autor para emendá-la, em sendo a emenda possível" (Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, 3ª ed., rev. e amp., 1997, nota 2 ao art. 284, pág. 568).

Embora as fotocópias ressimtam-se da falta de autenticação, o réu não impugnou o conteúdo dos documentos, não lhes retirando, portanto, a veracidade.

O mesmo entendimento extrai-se do corpo do acórdão prolatado pelo ilustre Des. Carlos Prudêncio, na Apelação Cível n. 49.529, da Capital:

"A ausência de autenticação em documentos só é relevante se a parte, fundamentadamente, impugna a veracidade de que estão investidos (JTA 117/448)' (Apelação Cível n. 50.821, de São Miguel do Oeste, deste Relator, publicada no DJE de 2/5/96).

"No mesmo sentido:

'É sem importância a não autenticação de cópia de documento, quando não impugnado o seu conteúdo' (Boletim do Superior Tribunal de Justiça n. 11, de 15/8/96, pág. 27)".

Sublinhe-se que a assinatura constante dos documentos anexados a posteriori confere com a firmada na procuração outorgada ao ilustre mandatário do embargante.

Por fim, destaque-se que, pela "Proposta de abertura de conta corrente e poupança", o réu autorizou a contratação nas modalidades de limites de crédito em Realmaster e Conta Garantida e/ou Empréstimo Pessoal (fl. 13v.), com o ajuste quanto ao prazo, juros, valor e demais condições se tratado em documento próprio. Tal se configurou, muito embora sem a sua assinatura, revelando os extratos bancários a efetiva utilização de créditos fornecidos pelo autor.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para anular-se a sentença e determinar o prosseguimento do feito.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Pedro Manoel Abreu e Trindade dos Santos, e funcionou como Procurador de Justiça o Exmo. Sr. Dr. João Fernando Q. Borrelli.

Florianópolis, 15 de fevereiro de 2001.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente para o acórdão;
Alcides Aguiar,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.019170-2, DE ITAJAÍ**Relator: Des. Anselmo Cerello**

Danos morais — Devedor que deu motivo à inscrição de seu nome como inadimplente no SPC — Apelo negado.

A inclusão do nome do avalista nos cadastros dos órgãos protetivos de crédito tem supedâneo legal quando este, devedor inadimplente, não cumpre com suas obrigações, razão pela qual não pode ser o Banco titular do crédito, no exercício regular de um direito, compelido a excluí-lo dos mesmos cadastros.

Havendo norma interna da instituição titular de crédito inadmitindo a inscrição do avalista como inadimplente em seu rol, contra este deveria ter sido direcionado o pedido de ressarcimento de danos morais e não contra o Banco credor que encaminhou o respectivo nome.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.019170-2, da comarca de Itajaí (1ª Vara), em que é apelante Evandro Concatto, sendo apelado o Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, desprover o recurso.

Custas legais.

Evandro Concatto ajuizou ação de indenização por danos morais contra o Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc, alegando que em 17/11/97 dirigiu-se a um estabelecimento comercial pretendendo efetuar compras, contudo, na oportunidade, teve informações de que seu cadastro era negativo, haja vista o registro no Serviço de Proteção ao Crédito em Itajaí feito pelo Banco requerido.

Obteve, então, o autor, certidão corroborando tal assertiva, sendo que o caso em tela trata-se de aval presta-

do à pessoa jurídica e que contraria o parágrafo único do artigo 15 do Regimento Interno do SPC que veda tal procedimento nesta hipótese.

Finalizou requerendo a condenação do requerido ao pagamento de indenização por danos morais no valor de 200 (duzentos) salários mínimos e a exclusão de seu nome no SPC em antecipação de tutela.

Contestando às fls. 13/34, o Banco alegou, preliminarmente, a carência da ação por falta do interesse de agir, inépcia da inicial pela ausência de pedido certo e determinado, e falta de documentos indispensáveis à propositura da ação. No mérito, suscitou a inexistência de prova do dano moral, uma vez que não demonstrou, o autor, ato culposo da requerida, onexo causal e o resultado lesivo. Finalizou entendendo ser injusta a atitude adotada contra o Banco, requerendo, portanto, a improcedência do pedido inicial.

Sentenciando, às fls. 48/53, o Magistrado julgou improcedente o pedido formulado na inicial entendendo não ter sido devidamente provado o cometimento de qualquer ato ilícito pelo Banco.

Revogou a tutela antecipada deferida às fls. 39/40 e condenou o autor nas custas e honorários de lei.

Irresignado com a sentença prolatada, o autor interpôs recurso de apelação, fls. 54/62, rebatendo o entendimento exposto na decisão ataca-da com a colação de diversos julgados que entende ampará-lo.

Requeru, ao final, o julgamento procedente do pedido exordial, além da inversão do ônus da sucumbência.

Contra-arrazoando, às fls. 64/69, o Banco expôs seu entendimento sobre dano moral, juntando tanto doutrina como jurisprudência a fim de que seja mantida a decisão a quo.

É o relatório.

Não obstante entendimento diverso do nobre Julgador a quo, desnecessária faz-se a prova da alegada situação vexatória, porque é fato incontestado o prejuízo decorrente do lançamento de nome de devedor no índice de instituição protetora de crédito. Ademais, há naturais dificuldades na obtenção de comprovação de dano, o que, em tais circunstâncias, não pode ser óbice à reparação moral (RT 716/270; Yussef Said Cahali, O Dano Moral no Direito Brasileiro, RT, 1980, pág. 93; in Apelação Cível n. 98.011210-6, da egrégia 1ª Câmara, relator o Des. Carlos Prudêncio; RT 681/163; TJSP, Terceira Câmara, Apelação Cível n. 36.464; Carlos

Alberto Bittar, Reparação Civil por Danos Morais, RT, SP, 993, pág. 202; TJSC, Apelação Cível n. 98.005530-0, Segunda Câmara, relator Des. Xavier Vieira; STJ, REsp n. 51.158, DJU de 29/5/95, rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar; TJSC, Ap. Cív. n. 98.012727-0; RT 725/347).

Não obstante todo o entendimento anteriormente exposto, o avaliador pode ter seu nome lançado no rol negativo das instituições de crédito — TJSC, 98.007231-0, relator Des. Nilton Macedo Machado, de Balneário Camboriú; RT 725/347. Contudo, deve ser consultado antes de o fazê-lo, possibilitando que se defenda e/ou cumpra a obrigação.

A questão em tela gira em torno da reparabilidade ou não do abalo de crédito sofrido pelo apelante, em razão da inclusão de seu nome, por determinação do apelado, no cadastro do Serasa e SPC.

A despeito do alegado pelo Banco Itaú, depreende-se, à fl. 8, declaração fornecida pela Câmara de Dirigentes Lojistas de Itajaí — Serviço de Proteção ao Crédito, afirmando, “para o fim de comprovação, constar em nossos registros os apontamentos da inadimplência ou mora abaixo discriminados em nome do Sr. Evandro Concatto”, no valor de R\$ 187.199,48 (cento e oitenta e sete mil, cento e noventa e nove reais e quarenta e oito centavos) em favor do Banco Besc (grifei). Restou evidente, portanto, a inclusão do nome do autor nos cadastros do Serasa.

A despeito, ainda, da alegativa de inexistência de prova do dano moral, colaciona-se jurisprudências, apli-

cáveis à espécie, deste egrégio Tribunal de Justiça:

“Danos morais. Inscrição indevida no Serasa — Centralização de Serviços dos Bancos Ltda. Negativação que submeteu a autora à situação vexatória. Obrigação de indenizar.

“A negativação indevida e prolongada no Serasa, por si só, satisfaz a possibilidade de indenização por danos morais, sendo a ofensa à imagem, vertida na reação desgostosa suportada pelo autor, fato probatório dos prejuízos sofridos, mormente quando há dificuldade no arbitramento dos danos materiais.

“É sabido que o SPC e o Serasa constituem-se em organizações privadas, que têm por fim lançar anátema e execração sobre aqueles que deixam de cumprir com alguma obrigação ligada ao sistema financeiro. Nelas não se admite a contestação do débito ou qualquer escusa, pairando sobre os negativados a ignomínia de inadimplente que somente é levantada após burocrático e moroso processo” (Apelação Cível n. 98.017042-7, de Criciúma, relator Des. Carlos Prudêncio).

Nesse mesmo sentido o precedente desta eg. Primeira Câmara, da Apelação Cível n. 50.463, de Balneário Camboriú, relator Des. Orli Rodrigues:

“A negativação desprovida de sustentáculo legal, afrontando, inclusive, os próprios Regulamentos Internos do Serviço de Proteção ao Crédito, enseja indenização moral.

‘Uma vez constatada a conduta lesiva, ou definida objetivamente a repercussão negativa na esfera do lesado, surge a obrigação de reparar o da-

no para o agente’ (in Carlos Alberto Bittar, *Reparação Civil por Danos Morais*, RT, 1993, SP, pág. 203).

“Não é possível negar que quem vê injustamente seu nome apontado nos tais Serviços de Proteção ao Crédito que se difundem por todo o comércio sofre um dano moral que requer reparação” (TJRJ, Ap. Cív. n. 3700/90, rel. Des. Renato Manesch, in *ADCOAS/93 — 134760*).

Ainda nesse mesmo sentido, o aresto da lavra do eminente Des. Trindade dos Santos:

“— O indevido e ilícito lançamento do nome de alguém no Serviço de Proteção ao Crédito, consequenciando um efetivo abalo de crédito para o inscrito, lança profundas implicações na vida comercial do negativado, irradiando, ao mesmo tempo, drásticos reflexos patrimoniais, acarretando-lhe vexames sociais e atentando, concomitantemente, contra os princípios de dignidade e de credibilidade, inerentes, de regra, a todo ser humano. Presentes esses elementos, configurado resulta, por excelência, o dano moral, traduzindo a indelével obrigação, para quem assim atua de prestar indenização ao ofendido” (Ap. Cív. n. 49.415, da Capital, in *DJE de 20/9/96*).

Finalmente, na Apelação Cível n. 99.002854-2, da comarca de Balneário Camboriú, da lavra do Des. Sérgio Paladino:

“Apelação cível. Ato ilícito. Devolução de cheque. Provisão de fundo existente. Abalo de crédito. Dano moral. Indenização devida. Recurso desprovido.

“A reputação pessoal integra-se no direito da personalidade, co-

mo atributo da honra do ser humano, merecendo, assim, a proteção das normas penais e das leis civis reparatorias (Cahali, Yussef Said. *Dano Moral*, 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, pág. 358).

“Ademais, infringiu o apelado, ainda, o § 2º do art. 43 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe:

“A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

“Neste sentido, já se decidiu:

‘Responsabilidade civil — Ilícitude da abertura de cadastro no Serasa sem comunicação ao consumidor — Relevância e cabimento da demanda de reparação — Liquidação do dano moral.

‘Constitui ilícito, imputável à empresa de banco, abrir cadastro no Serasa sem comunicação ao consumidor (art. 43, § 2º, da Lei n. 8.078/90). O atentado aos direitos relacionados à personalidade, provocados pela inscrição em banco de dados, é mais grave e mais relevante do que lesão a interesses materiais’ (TJRS, AC n. 597118926, 5ª CC, rel. Des. Araken de Assis, j. 7/8/1997)”.

Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, comentando o dispositivo, sustenta que não é admissível que a informação relativa ao consumidor, constante em bancos de dados, “seja colocada à disposição de terceiros antes do cumprimento do dever de comunicação” (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor — Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 5ª ed.,

Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1998, pág. 332).

Fernando Noronha, em sua obra *Direito das Obrigações*, obra inédita, cap. 10, pág. 17, leciona:

“Os danos morais, que por sua própria natureza extrapatrimonial e ideal, dispensa a prova, bastando que se caracterize o fato objetivo que, em circunstâncias normais, caracteriza-se como ofensivo a um dos direitos da personalidade, ou tende a gerar uma dor pungente e ilegítima ao ser humano. Por isto, diz-se que se trata de um *damnum in re ipsa*”.

Todavia, muito embora não se reclame a comprovação do abalo moral no tocante à inscrição do nome do devedor inadimplente no cadastro negativo das instituições titulares de créditos, entendo que não é irregular a remessa do nome do avalista caso este não honre o aval.

Nesse norte, não comprovada a regular adimplência, bem como o prejuízo sofrido pelo abalo de crédito, por parte do avalista, nada obsta a inclusão de seu nome, por parte da instituição financeira, nos cadastros de controle de crédito do Serasa e SPC, eis que se tratou de exercício regular de um direito, e não de violação deste.

Nesse sentido o acórdão do Agravo de Instrumento n. 99.007320-3, da Capital, da lavra do Des. Trindade dos Santos:

“Ação revisional de contrato bancário. Tutela antecipada. Vedação ao credor de inscrever o nome do devedor nos cadastros mantidos por órgãos protetivos do crédito. Decisão insubsistente. Insurgência acatada.

“A inscrição do nome do devedor nos órgãos protetivos do crédito não é providência abusiva ou ilegal, revelando, acima de tudo, o exercício regular de um direito, decorrente do próprio contrato celebrado entre as partes. Destarte, não é conferido ao Judiciário de, uma vez configurada a inadimplência do devedor, impedir que o credor anote a circunstância nos organismos de proteção ao crédito aos quais esteja ele filiado.

— Ainda que tenha havido o ajuizamento, pelo devedor, de ação revisional do contrato ajustado, a inscrição de seu nome nas entidades de proteção ao crédito não assume o caráter de ato ilegal ou abusivo, quando o devedor sequer oferece qualquer garantia à eventual satisfação do crédito, no caso de ser vencido no litígio revisório, optando por, simplesmente, aguardar o seu desfecho”.

Nesse mesmo sentido o Acórdão n. 96.006119-3, de Lages, deste Relator:

“Danos morais — Devedor que deu motivo à inscrição de seu nome como inadimplente no SPC — Apelo negado.

“Não tem direito a reclamar indenização por danos morais quem age de forma reprovável, ensejando as medidas contra si tomadas e que deram suporte à postulação, porquanto foram praticadas pelo lesado no exercício regular de um direito” (Ap. Cív. n. 97.002636-6, de Joinville).

Do corpo do acórdão se depreende:

“Medida cautelar inominada — Pedido de retirada de nome do rol de devedores em instituição de proteção ao crédito (Serasa) — Inexistência de

ofensa ao Código de Defesa do Consumidor (artigos 42 e 71) — Ademais, demonstrada a inadimplência, o Banco tem amparo legal à demonstração do perfil financeiro dos pretendentes a negócios bancários (JTJ — LEX 170/33).

“Acentue-se, outrossim, que:

“...a providência de inclusão dos nomes dos autores no rol de inadimplentes, não possui a finalidade de coação ao pagamento de dívidas, mas se presta à informação do limite de capacidade aquisitiva em termos creditícios, tomados tais elementos em caráter individual entre credores e devedores, sejam pessoas físicas ou jurídicas, até mesmo os próprios Bancos” (TJSP, 6ª Câmara Civil, Ap. Cív. n. 220.726.1/11)”.

No mesmo sentido, o Agravo de Instrumento n. 96.005001-9, da comarca de São José, relator Des. Trindade dos Santos:

“Comprovada a inadimplência da parte devedora, a inclusão do seu nome nos cadastros mantidos pelos órgãos de proteção ao crédito goza do mais amplo respaldo legal, pelo que não pode ser compelido o titular do crédito a excluir dos mesmos cadastros os nomes de devedores que, por inadimplentes, ali se encontram registrados”.

Do Agravo de Instrumento n. 96.007879-7, de Pomerode, da lavra do Des. Trindade dos Santos, se depreende:

“A inclusão do nome da parte devedora e de seus avalistas nos cadastros mantidos pelos órgãos de proteção ao crédito goza de respaldo legal, pelo que não pode ser compelido o titular do crédito a excluir dos mes-

mos cadastros nomes de devedores que, por inadimplentes, ali se encontram registrados”.

Sobre o assunto, disse mais este Tribunal:

“O envio de informações aos cadastros mantidos por instituições financeiras como o SPC/Serasa não se mostra abusivo, mas exercício regular de um direito, decorrente de contrato firmado entre as partes. Não se pode impedir que o credor, a fim de resguardar seu crédito, inscreva o nome do devedor inadimplente nos organismos de proteção ao crédito” (AI n. 96.007200-4, rel. Des. Wilson Guarany).

“Anotação de inadimplemento de cliente nos cadastros do 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” (AI n. 96.010459-3, de Ibirama, rel. Des. Nelson Schaefer Martins).

“Inexiste ilegalidade ou abusividade na inscrição do devedor nos cadastros de órgãos controladores, como SPC ou Serasa, cuja atividade, tendente à proteção e segurança do sistema creditício, é autorizada regularmente, com previsão, inclusive, no Código de Defesa do Consumidor (art. 43), ainda que o processo de execução esteja garantido por penhora” (AI n. 96.012667-8, de Brusque, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

“Se o devedor não ofereceu a devida garantia, no assegurar o cumprimento de eventual obrigação advinda do insucesso ou sucesso parcial da ação revisional, não é plausível

proibir não seja o seu nome registrado no órgão de proteção ao crédito. Prevalece, assim, o estado de inadimplência motivador do registro, nos termos da lei (TARGS, Agr. Reg. e Agr. Instr. n. 196703763, rel. Juiz Aldo Ayres Torres)” (AI n. 97.007813-7, de Capinzal, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

“Medida cautelar inominada. Liminar. Exclusão do nome da agravada de arquivo de inadimplentes mantido por estabelecimentos bancários. Inviabilidade. Exercício regular de direito. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Recurso provido” (AI n. 96.004171-0, de Lages, rel. Des. Paulo Gallotti).

E mais:

“É tempo de se afastar sutilezas de teses jurídicas ou de interpretações de lei, para se acobertar maus pagadores e fraudadores conciliados na prática de lesões ao patrimônio alheio. É já ocasião de se afirmar que quem deve, e não paga e nem tem como satisfazer obrigações assumidas, é insolvente, porque a insolvência é um fato e, por isso, provado o fato, não há como negá-lo, em benefício dos que agem contra a lei e ainda buscam a impunidade junto ao Judiciário” (Desembargador Olavo Silveira, de São Paulo, JB 113/242-4).

Destarte, a inclusão do nome da parte, in casu, do avalista, nos cadastros mantidos pelos órgãos de proteção ao crédito, tem supedâneo legal. Diante disso, não pode ser compelido o Besc, banco titular do crédito, a excluir dos mesmos cadastros o nome do avalista devedor que, por inadimplente, ali foi registrado.

Diante desse contexto, desprovejo o recurso.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Mazoni Ferreira.

Florianópolis, 8 de junho de 2000.

João Martins,
Presidente;
Anselmo Cerello,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.020127-9, DA CAPITAL

Relator: Des. Anselmo Cerello

Apelação cível — Quitação da dívida tributária — Isenção de honorários a teor do art. 26 da Lei n. 10.789/98 — Sentença reformada — Apelo provido.

“Não incidirão honorários advocatícios sobre o crédito tributário, ajuizado ou não, para os casos em que deferido ao sujeito passivo o benefício da redução da multa, em recolhimento integral ou parcelado...”.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.020127-9, da comarca da Capital (Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho — 1º Cartório), em que é apelante Disvel Distribuidora de Peças e Veículos Ltda., sendo apelado o Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, prover o recurso.

Custas legais.

Contra Disvel Distribuidora de Peças e Veículos Ltda. o ente estatal aforou ação de execução perante a comarca da Capital, postulando o pagamento do valor constante da Certidão de Dívida Ativa, decorrente de descumprimento do pagamento de ICMS.

Em petição formulado pelo Estado de Santa Catarina, requereu a suspensão do presente feito por trinta dias, por integral pagamento do débito conforme documento de fl. 43 da PGE (R\$ 2.689,01) com os abatimentos da Lei n. 10.789/98.

O Estado de Santa Catarina à fl. 43 requereu a extinção do processo pela quitação da CDA n. 19940052009.

Sentenciando (fl. 48), o nobre Magistrado a quo deu por extinta a obrigação tributária, pelo pagamento (art. 156, inciso I, do CTN), bem como julgou extinto o feito, a teor do insculpido no art. 794, I, do CPC.

Inconformada com a prestação jurisdicional, a empresa Disvel Distribuidora de Peças e Veículos Ltda. apelou (fls. 51/53), em razão de a dita sentença extintiva do feito tê-la con-

denado ao pagamento de honorários advocatícios, uma vez que, no caso, segundo afirma a Lei Estadual n. 10.789/98, estava aquela exonerada.

O Estado de Santa Catarina ofertou suas contra-razões (fls. 56/58), manifestando-se no sentido de ser acolhido o inconformismo.

Por força de reexame necessário seguido de recurso voluntário interposto pela empresa Disvel Distribuidora de Peças e Veículos Ltda., os autos alçaram a esta Superior Instância, e a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se (fls. 62/64) pelo conhecimento e provimento do apelo, para reformar a decisão hostilizada, exclusivamente para isentar a apelante do pagamento de honorários advocatícios.

É o relatório.

Dispõe o art. 26 da Lei n. 10.789/98:

“Não incidirão honorários advocatícios sobre o crédito tributário, ajuizado ou não, para os casos em que, deferido ao sujeito passivo o benefício da redução da multa, em recolhimento integral ou parcelado...”.

A apelante ao quitar integralmente o débito tributário (fl. 39), com redução da multa (fl. 46), restou beneficiada pela Lei n. 10.789/98.

Os arts. 26 e 27 da Lei Estadual n. 10.789/98 contemplam hipóteses diversas, pois enquanto o primeiro trata da não incidência dos honorários advocatícios sobre o crédito tributário, ajuizado ou não, em que for deferida ao contribuinte a redução da multa, o segundo estabelece que o contribuinte que desistir da demanda de natureza tributária e renunciar judicialmente

ao direito sobre o qual ela se funda, proposta contra a Fazenda Pública, estará dispensado do “recolhimento dos honorários de sucumbência”, desde que satisfeitos os requisitos dos seus incisos I e II.

Portanto, tendo em vista que a apelante pagou seu débito integralmente, não incidem honorários na espécie.

Da jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça:

“— Tributário. Débito por ICMS apurado até 30/11/98, a que estendido o benefício concedido pelo artigo 23 da Lei n. 10.789/98, pela Lei n. 11.072, de 11/1/99.

“— Extinção do processo sem julgamento do mérito, na forma do art. 267, VI, do CPC, se comprovado pagamento da dívida, com as vantagens da Lei n. 10.789/98, antes de 31/3/99.

“— Inexigibilidade dos honorários na forma do disposto no art. 26 da Lei n. 10.789/98” (Apelação Cível n. 97.013739-7, de Ibirama, rel. Des. João José Schaefer).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para isentar a apelante do pagamento de honorários advocatícios.

É o voto.

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

Florianópolis, 21 de setembro de 2000.

*Anselmo Cerello,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.009537-0, DE JOINVILLE**Relator: Des. Anselmo Cerello**

Indenização por danos morais — Protesto de duplicatas — Títulos quitados — Protesto indevido — Possibilidade de pedido indenizatório formulado por pessoa jurídica — Culpa evidenciada do apelante na realização do protesto — Quantum indenizatório mantido, não se constituindo enriquecimento sem causa — Preliminares rechaçadas — Recurso provido parcialmente.

“Constitui realmente culpa inescusável da empresa vendedora que leva a protesto título já quitado pelo comprador, o qual, indubitavelmente, sofreu sério abalo, quer emocional, como de ordem comercial, afetando o seu crédito e abalando suas relações, desmerecendo-o, enfim, perante seus clientes, amigos, familiares, sócios, concorrentes etc., que o põe em condições de merecer uma reparação moral, sem que, para tanto, reclame-se a comprovação de um déficit econômico e financeiro conseqüente do ato, a toda evidência, abusivo.

“É que por força do disposto no art. 5º, inc. X, da CF/88, não mais se questiona das repercussões materiais do ato atentatório à honra, boa fama, credibilidade, conceito social, imagem etc., enfim, para reparação do dano moral, que, por força da nova sistemática constitucional, inaugura-se a tendência mundial que divide o dano puramente moral do material, sendo ambos reparáveis por força do texto constitucional e arts. 159 e 76 do CCB” (Apelação Cível n. 97.000281-5, de São José, de minha lavra).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.009537-0, da comarca de Joinville (2ª Vara), em que é apelante o Banco Bradesco S.A., sendo apelada Loja de Confecções Eliza Ltda. — ME:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, prover parcialmente o recurso.

Custas legais.

Loja de Confecções Eliza Ltda.
— ME ingressou com ação de indenização

de danos morais por protesto indevido contra Banco Bradesco S.A., alegando que em dezembro de 1997 adquiriu mercadorias para a venda a varejo da empresa Calçados Beira Rio S.A. a ser pagas por meio de quatro duplicatas mercantis com vencimento para o dia 9/2/98. As duplicatas foram pagas na data aprezada ficando a dívida totalmente quitada. Contudo, a autora foi surpreendida com as intimações do 3º Ofício de Protestos de Títulos referentes à falta de pagamento das duplicatas supracitadas e que,

mesmo comprovando o pagamento dos valores devidos, ainda assim a requerida levou as duplicatas a protesto, causando-lhe prejuízos e dificultando contas e movimentações nos seus negócios.

Finalizou requerendo a condenação do requerido ao pagamento de 100 (cem) vezes o valor dos títulos protestados, mais custas e honorários.

Contestando, às fls. 43/71, o Banco alegou, preliminarmente, a ilegitimidade passiva ad causam e a carência da ação. No mérito, além de repetir que é parte ilegítima para figurar no processo, afirmou que a autora jamais o procurou para comprovar a liquidação da dívida, agindo, portanto, de má-fé. Acrescentou que a autora não comprovou os prejuízos, requerendo, por fim, a improcedência do pedido inicial.

Sentenciando, às fls. 82/91, o Magistrado julgou procedente em parte o pedido inicial condenando o requerido ao pagamento à autora na quantia de R\$ 23.200,00 (50 vezes o valor dos títulos), e que cada parte arcará com 50% das custas e honorários de seus patronos.

Irresignado com a sentença prolatada, o Banco interpôs recurso de apelação às fls. 94/119, alegando que houve cerceamento de defesa no julgamento antecipado da lide, da ilegitimidade passiva ad causam, da carência da ação por entender não ser possível indenização de dano moral à pessoa jurídica e do valor elevado da condenação. Finalizou requerendo a declaração de nulidade dos atos processuais posteriores à contestação, ou a reforma da decisão julgando improcedente o pedido inicial, ou, então,

a redução da verba indenizatória devida.

Contra-arrazoando, às fls. 125/142, a autora rebateu todo o esposto na peça recursal, pugnando, ao final, pelo desprovimento deste e pela manutenção da sentença vergastada.

É o relatório.

A presente lide trata de reparação por protesto indevido, ato essencialmente documental, tendo como fundo matéria comprovável exclusivamente por meio de documentos, sendo desnecessária audiência para produção de provas.

A norma legal do art. 330 é cogente, não se admitindo, assim, a produção de provas inúteis ou meramente protelatórias, podendo o juiz julgar antecipadamente a causa quando o seu julgamento prescinde de outras provas além das documentais constantes dos autos, como aqui ocorre. Sendo inúteis ou meramente protelatórias outras provas, pelo seu livre convencimento, e em conformidade com o art. 330 já citado, determinará o juiz a necessidade ou não de sua produção. No caso sub judice, a prova documental é elemento suficiente para julgamento, prescindindo de quaisquer outras, nem se demonstrada a necessidade das pretendidas, formando convencimento para o Magistrado a quo sentenciar o feito, incorrendo assim cerceamento de defesa.

Alegou o apelante não ter legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda, graças à sua condição de endossatário. Como demonstrado nos autos e acatado na r. sentença hostilizada, a qual deve ser também mantida, o apelante é parte legítima

da lide, uma vez que por ato de sua exclusiva responsabilidade causou prejuízo à apelada, ao inscrever seu nome em rol de protestos, tendo pleno e inegável conhecimento da quitação dos títulos.

Afastadas as preliminares, passo à análise do mérito.

Quanto ao mérito, a ação sustenta-se no dano moral causado à autora em face do protesto pelo Banco réu de título já pago. O art. 5º da Constituição Federal em seus incisos V e X ampara a pretensão da demandante, haja vista que defende a reparação do dano decorrente da violação do direito à honra e à imagem das pessoas.

Compulsando os autos, verifica-se que a apelada quitou as prestações vencidas em 9/2/98 na data aprazada, não sendo possível, de forma alguma, que uma instituição do porte do Banco Bradesco S.A., que possui modernos mecanismos de controle de dados, alegue estar prestando serviços a terceiro, exonerando-se de qualquer responsabilidade. Nesse contexto, a negligência do réu, que, mesmo ciente do pagamento das duplicatas, levou os títulos a protesto (fls. 25/29), tornando-se graves as conseqüências ao crédito e imagem da apelada, uma vez que demonstra o nexos causa e efeito entre o dano e a ação da apelante, pois o pagamento referido se realizou (fl. 29), já que a autora apelada fez prova de que em nenhum momento esteve inadimplente com as suas obrigações.

Portanto, não só as pessoas físicas como também as jurídicas têm sua reputação tutelada pela ordem

constitucional, na ocorrência de violação de sua honra.

Relativamente aos danos morais causados à empresa, a matéria já não mais comporta discussão.

A respeito, o ilustre Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira já consignou em decisão monocrática:

“(...) a 4ª Turma desta Corte já uniformizou seu entendimento, como se vê do REsp n. 60.033/MG, DJ 27/11/95, relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, de cujo voto extraio:

“Quando se trata de pessoa jurídica, o tema da ofensa à honra propõe uma distinção inicial: a honra subjetiva, inerente à pessoa física, que está no psiquismo de cada um e pode ser ofendida com atos que atinjam a sua dignidade, respeito próprio, auto-estima etc, causadores de dor, humilhação, vexame; a honra objetiva, externa ao sujeito, que consiste no respeito, admiração, apreço, consideração que os outros dispensam à pessoa. Por isso se diz ser a injúria um ataque à honra subjetiva, à dignidade da pessoa, enquanto que a difamação é ofensa à reputação que o ofendido goza no âmbito social onde vive. A pessoa jurídica, criação da ordem legal, não tem capacidade de sentir emoção e dor, estando por isso desprovida de honra subjetiva e imune à injúria. Pode padecer, porém, de ataque à honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, passível de ficar abalada por atos que afetam o seu bom nome no mundo civil ou comercial onde atua”.

Esta ofensa pode ter seu efeito limitado à diminuição do conceito público de que goza no seio da comunidade, sem repercussão direta e ime-

diata sobre o seu patrimônio. Assim, embora a lição em sentido contrário de ilustres doutores (Horácio Roitman e Ramon Daniel Pizarro, *El Daño Moral Y La Persona Jurídica*, RDPC, pág. 215), trata-se de verdadeiro dano extrapatrimonial, que existe e pode ser mensurado por arbitramento. É certo que, além disso, o dano à reputação da pessoa jurídica pode causar-lhe dano patrimonial, pelo abalo de crédito, perda efetiva de chances de negócios e de celebração de contratos, diminuição de clientela etc., donde concluo que as duas espécies de danos podem ser cumulativas, não excludentes.

Pierre Kayser, no seu clássico trabalho sobre os direitos da personalidade, observou:

“As pessoas morais são também investidas de direitos análogos aos direitos da personalidade. Elas são somente privadas dos direitos cuja existência está ligada necessariamente à personalidade humana” (*Revue Trimestrielle De Droit Civil*, 1971, vol. 69, pág. 445).

E a moderna doutrina francesa recomenda a utilização da via indenizatória para a sua proteção:

“A proteção dos atributos morais da personalidade para a propositura de ação de responsabilidade não está reservada somente às pessoas físicas. Aos grupos personalizados tem sido admitido o uso dessa via para proteger seu direito ao nome ou para obter a condenação de autores de propostas escritas ou atos tendentes à ruína de sua reputação. A pessoa moral pode mesmo reivindicar a proteção, senão de sua vida privada, ao menos do segredo dos negócios”

(*Traité de Droit Civil*, Viney, *Lès Obligations, La responsabilité*, 1982, vol. II, pág. 321).

No Brasil está hoje assegurada constitucionalmente a indenizabilidade do dano moral à pessoa (art. 5º, X, da CF). Para dar efetiva aplicação ao preceito, pode ser utilizada a “regra exposta pelo art. 1.533 do Código Civil, segundo a qual, ‘nos casos não previstos neste capítulo, se fixará por arbitragem a indenização’. Esta disposição permite a indenização dos danos morais e constitui uma cláusula geral dessa matéria” (Clóvis do Couto e Silva, *O Conceito de Dano no Direito Brasileiro e Comparado*, *Revista dos Tribunais*, 667/7). “O mesmo dano moral, de que pode ser vítima também a pessoa jurídica, é reparável através da ação de indenização, avaliado o prejuízo por arbitramento” (STJ, AI n. 151.601SP, DJU n. 174, 10/9/97, pág. 43.283).

Ainda, *mutatis mutandis*:

“Civil — Ação de indenização — Responsabilidade civil — Pessoa jurídica — Dano moral.

“I — A honra objetiva da pessoa jurídica pode ser ofendida pelo protesto indevido de título cambial.

“II — Cabível a ação de indenização, por dano moral, sofrido por pessoa jurídica; visto que a proteção dos atributos morais da personalidade não está reservada somente às pessoas físicas (REsp n. 60.033-2/MG — DJ de 27/11/95).

“III — Recurso conhecido a que se nega provimento” (STJ, REsp n. 58.660-7/MG, Min. Waldemar Zveiter, DJU n. 182, 22/9/97, pág. 46.440).

Portanto, fixada essa premissa, a culpa resta estabelecida a partir do momento em que o réu protestou indevidamente a duplicata, agindo com culpa, porquanto, mesmo ciente da realização do pagamento, procedeu ao apontamento da cártula a protesto.

Evidenciado também o prejuízo, pois o protesto cambiário indevido traz conseqüências que se difundem progressivamente na esfera de vivência do lesado, afetando seu crédito, confiança e sua imagem demoradamente formada, configurando dano moral direto.

A relação de causalidade entre o dano e a ação que o provocou é inequívoca, uma vez que o ato do réu lesionou bem jurídico extrapatrimonial, ou seja, a imagem e a honra da empresa autora. E, conforme a doutrina e a jurisprudência moderna, a ressarcibilidade do dano moral deve ser admitida independentemente da repercussão econômica do ato ilícito.

Da jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça:

“Apelação cível. Protesto indevido de duplicatas. Responsabilidade do estabelecimento bancário encarregado da cobrança. Danos patrimoniais indemonstrados. Irrelevância. Indenização por danos morais cabível na espécie.

“Se o estabelecimento bancário não atendeu à ordem da credora no sentido de ser sustado o protesto de duplicata que lhe foi entregue para cobrança, responde pelo abalo de crédito sofrido pela empresa devedora.

“Na hipótese, ainda que não demonstrado o prejuízo patrimonial, é perfeitamente cabível a condenação, porquanto ‘é possível existir, ao lado

do abalo de crédito, traduzido na diminuição ou supressão dos proveitos patrimoniais que trazem a boa reputação e a consideração dos que com ele estão em contato, o dano moral, traduzido na reação psíquica, no desgosto experimentado pelo profissional, mais freqüentemente o comerciante, a menos que se trate de pessoa absolutamente insensível aos rumores que resultam no abalo de crédito e às medidas que importam vexame, tomadas pelos interessados’ (José de Aguiar Dias)” (Ap. Cív. n. 50.604, de Joinville, rel. Des. Paulo Gallotti).

A doutrina de Humberto Theodoro Júnior, colacionada no v. aresto, comentando o tema, ensina:

“Mais uma vez, a Carta Magna assegura o princípio da reparabilidade do dano moral, seja na defesa dos direitos de personalidade, seja na preservação dos direitos morais do autor da obra intelectual (art. 5º, V e X). Com isso, a indenizabilidade do dano moral, que ainda gerava alguma polêmica na jurisprudência, ganha foros de constitucionalidade. Elimina-se o materialismo exagerado de só se considerar objeto do Direito das Obrigações o dano patrimonial. Assegura-se uma sanção para melhor tutelar setores importantes do direito privado, onde a natureza patrimonial não se manifesta como os direitos da personalidade, os direitos do autor etc.” (Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, vol. 20/28).

Arremata:

“O importante dessa moderna posição jurisprudencial está em que a fixação do problema dentro do âmbito do dano moral afasta a exigibilidade

da prova, pela vítima, da repercussão do ato ofensivo sobre o seu patrimônio. O condicionamento que a velha jurisprudência fazia, no sentido de ter de se demonstrar que o ultraje moral acarretara um prejuízo econômico, para só então deferir a indenização, frustrava a maioria das pretensões de responsabilidade civil em áreas como a dos protestos cambiários e outros atos igualmente lesivos à honra da vítima, mas de reflexos materiais problematicamente comprováveis. Agora as coisas se simplificam, pois a razão da reparação não está no patrimônio, mas na dignidade ofendida, ou na honra afrontada. É dano moral, em toda a sua inteireza, que encontra uma sanção na lei”.

E, conforme anteriormente decidiu esta Segunda Câmara Civil, com v. acórdão de minha lavra:

“Dano moral — Responsabilidade civil — Protesto cambiário indevido — Desnecessidade de prova da existência do dano patrimonial — Reparação devida — Inteligência do disposto no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988 — Montante da indenização fixado arbitrariamente pelo órgão julgador em termos que reflita, aproximadamente, a extensão da lesão material causada — Apelo adesivo provido para elevar a verba indenizatória.

“A indenização por dano moral não pode levar à riqueza a vítima nem à ruína o seu ofensor, mas refletir, sob o equacionamento do órgão julgador, a extensão da lesão material e a suportabilidade da reparação” (Apelação Cível n. 97.000281-5, de São José, rel. Des. Anselmo Cerello).

Do corpo do v. julgado:

“Constitui realmente culpa inescusável da empresa vendedora que leva a protesto título já quitado pelo comprador, o qual, indubiosamente, sofreu sério abalo, quer emocional, como de ordem comercial, afetando o seu crédito e abalando suas relações, desmerecendo-o, enfim, perante seus clientes, amigos, familiares, sócios, concorrentes etc., que o põe em condições de merecer uma reparação moral, sem que para tanto se reclame a comprovação de um déficit econômico e financeiro conseqüente do ato, a toda evidência, abusivo.

“É que por força do disposto no art. 5º, inc. X, da CF/88, não mais se questiona das repercussões materiais do ato atentatório à honra, boa fama, credibilidade, conceito social, imagem etc., enfim, para reparação do dano moral, que, por força da nova sistemática constitucional, inaugura-se a tendência mundial que divide o dano puramente moral do material, sendo ambos reparáveis por força do texto constitucional e arts. 159 e 76 do CCB”.

Contudo, dou provimento ao recurso para minorar o valor indenizatório arbitrado a título de danos de 50 (cinquenta) para 40 (quarenta) vezes o valor dos títulos, na quantia de R\$ 18.560,00 (dezoito mil, quinhentos e sessenta reais), pois a devida indenização deve chegar ao valor de sua composição, o qual não pode levar à riqueza a vítima nem à ruína o seu ofensor, mas refletir, sob o equacionamento do órgão julgador, a extensão da lesão material e a suportabilidade da reparação.

Em face do exposto dou provimento parcial ao recurso, para reduzir

o quantum indenizatório, mantidas as demais cominações da sentença apelada.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.

Srs. Des. Gaspar Rubik e Mazoni Ferreira.

Florianópolis, 15 de junho de 2000.

Anselmo Cerello,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.018816-6, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Carlos Prudêncio

Ação de rescisão de contrato cumulada com ação indenizatória. Julgamento antecipado da lide. Possibilidade.

A regra inserta no art. 330 do CPC é cogente, não se admitindo, na hipótese, a produção de provas inúteis ou meramente protelatórias. Em se tratando de ação de rescisão de contrato, que tem como fundo matéria essencialmente comprovada por meio de documentos, irrelevante para o deslinde da causa é a realização de prova testemunhal.

Possível se torna o julgamento antecipado da lide se a demanda está suficientemente apta a embasar a conclusão do magistrado, independentemente da produção de novas provas que somente retardarão a outorga da prestação jurisdicional.

Rescisão de contrato. Atraso na entrega da obra. Notificação extrajudicial para manifestação acerca do cumprimento do contrato. Suposta necessidade da notificação prevista no art. 43 da Lei n. 4.591/64. Fim colimado e atingido. Carência de ação afastada.

Não há falar em carência de ação se o comprador do imóvel envia à incorporadora, em vez da notificação prevista no art. 43, VI, da Lei n. 4.591/64, uma notificação extrajudicial, via escritório de advocacia, a fim de reclamar uma posição desta acerca da continuidade da obra após o prazo convencionado. O efeito prático da medida acautelatória, nesse caso, é idêntico, não podendo o juiz cingir-se a termos técnicos se a finalidade pretendida com a medida preliminar foi efetivamente alcançada.

Compra de imóvel. Unidade habitacional em construção. Atraso na entrega da obra. Culpa da incorporadora. Alegada prorrogação do prazo para entrega por mais três anos. Ata de assembléia de co-adquirentes assinada por doze deles. Condomínio sequer registrado. Impossibilidade de oposição. Recurso desprovido.

A realização de assembléia-geral de co-adquirentes, assinada por doze deles, na qual se menciona a prorrogação para entrega da obra por mais 3 anos relativamente à continuação desta por outra empresa, não pode ser oposta ao promitente comprador que requer a rescisão da avença, a uma porque não há provas da transferência da incorporação para a nova empresa, e a duas porque só há condomínio constituído com a realização da convenção de condomínio e seu registro no Registro de Imóveis, incorrido in casu, inclusive para determinar qual o quorum necessário para as assembléias extraordinárias, tal como determina o art. 9º da Lei n. 4.591/64.

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.

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.

Multa compensatória. Prefixação das perdas e danos. 40% do valor do contrato. Pretendida redução, pela incorporadora, para 2%. Inviabilidade in casu, eis que imposta pela própria vendedora em contrato pré-impresso.

Não há reduzir a multa compensatória de 40% do valor do contrato, em favor dos promitentes compradores, mesmo em vista do disposto no Código de Defesa do Consumidor, porquanto é ela imposta pela própria incorporadora em decorrência dos seus contratos pré-impessos, tipicamente de adesão. Ademais, as partes têm a liberdade de estipular a cláusula penal, fixando-a no valor que entenderem acordar como representativo das perdas e danos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.018816-6, da comarca de Balneário Camboriú (2ª Vara), em que é apelante

Visão Invest Incorporação e Consultoria Ltda., sendo apelados Rogério da Silva Acioli e Lilian Pereira Acioli:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, afastadas as preliminares, negar provimento ao recurso.

Custas legais.

I — Relatório

Rogério da Silva Acioli e Lilian Pereira Acioli ajuizaram ação de rescisão contratual c/c indenização contra Visão Invest Incorporação e Consultoria Ltda., objetivando, em síntese, a rescisão do contrato de promessa de compra e venda de fração ideal de terreno e de unidade condominial autônoma, e a condenação da ré ao pagamento de R\$ 94.410,43. Disseram que as partes, em 3/2/94, celebraram contrato de promessa de compra e venda de um apartamento, e que quase a totalidade das prestações já foram pagas, estando inadimplentes com relação à última, não paga diante da paralisação da obra. Argumentaram, ainda, que não houve registro da incorporação e que tiveram prejuízos, uma vez que deixaram de ganhar com aluguéis.

Citada, a ré contestou e, ato contínuo, o Meritíssimo Juiz de Direito julgou procedente em parte o pedido para rescindir o contrato de promessa de compra e venda, condenando a ré ao pagamento de R\$ 86.510,43, devidamente atualizado até o efetivo pagamento. Decaindo a autora na menor parte do pedido, condenou a ré ao pagamento das custas e honorários

fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Irresignada, apela a ré, arguindo, preliminarmente, cerceamento de defesa diante da não ouvida de testemunhas, de forma a provar a ocorrência de fato extraordinário e imprevisível que tornou onerosa a sua obrigação. Prefacialmente, ainda, alega que não foi notificado, nos termos do art. 43, VI, da Lei n. 4.591/64, para reinício da obra. Diz que a interpelação de fls. 34/35 é ineficaz porque recebida por pessoa estranha ao quadro social de funcionário da empresa e inoportuna porque promovida antes do termo da entrega da obra. No mérito, argumenta que os autores inadimpliram a prestação e, ademais, houve assembléia-geral dos co-adquirentes em que foi prorrogado o prazo de 36 meses para a entrega da conclusão das obras e, portanto, não há falar em inadimplemento da vendedora apelante. Diz, ainda, ser abusiva a multa de 40% que lhe foi imposta por perdas e danos, devendo ser reduzida para 2% nos moldes do Código de Defesa do Consumidor. Ao final, sustenta não ter ocorrido sucumbência recíproca e, quando muito, deve ocorrer a compensação da verba honorária, requerendo seja aplicado o índice de correção dos valores pela Corregedoria-Geral da Justiça de Santa Catarina.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a esta superior instância.

II — Voto

1 — Cerceamento de defesa

A preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa

não prospera, pois, desde que presentes todos os elementos que autorizam o juiz, diante de sua convicção pessoal, entregar a tutela jurisdicional, prescinde-se a dilação probatória.

Na questão sub judice, versam os autos sobre ação de rescisão de contrato de compromisso de compra e venda de apartamento realizado com incorporadora. Sustenta esta última, em recurso de apelação, que há necessidade de produção de prova testemunhal a fim de demonstrar que a paralisação da obra ocorreu em virtude de fatos extraordinários.

Entretanto, acertadamente entendeu o ilustre Togado singular em decidir antecipadamente a lide, já que as provas documentais lhe trouxeram a certa convicção da possibilidade de julgamento no estado dos autos. Não se olvida que, em muitos casos, os autos trazem à tona questões controversas e delicadas, mas, por outro lado, existem situações, tais como a presente, que dispensam a dilação probatória, seja porque a interpretação do texto legal é evidente, seja porque os fatos estão fartamente demonstrados via documentos. É este, evidentemente, o estado do processo, porquanto existe interesse de agir "quando a parte tem necessidade de ir a Juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando esta tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático" (Nelson Nery Júnior, in Comentários ao Código de Processo Civil, Ed. RT, 1999, pag. 629).

2 — Preliminar de carência de ação por falta de notificação da ré incorporadora Visão Invest e irregularidade da interpelação de fls. 34/35.

Alega a apelante Visão Invest que há carência de ação na propositura da presente demanda, porquanto os autores Rogério Acioli e sua esposa ajuizaram ação de rescisão do contrato sem primeiramente notificá-la para dar andamento à obra, como determina o art. 43, VI, da Lei n. 4.591/64, e também porque a interpelação de fls. 34/35 não é apta a tal ensejo.

Rejeita-se a preliminar. 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 Rogério, à fl. 34, protocolado um pedido de notificação extrajudicial via escritório de advocacia, porquanto o efeito prática da peça foi o mesmo. Argumenta a apelante Visão Invest que esta notificação não é apta porque não contém pedido expresso de prosseguimento da obra. Os argumentos são realmente dispensáveis. A uma porque o pedido de manifestação da ré apelante Visão Invest acerca do cumprimento do contrato foi efetivado, e a duas porque ela reconhece que paralisou a obra no sexto pavimento (contestação de fl. 64), 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.

Porém, à fl. 34, na parte final do requerimento, o interpelante Rogério postulou:

"De acordo com o contratado (Item IV — Quadro de Resumo), o notificado deveria entregar a obra, objeto de contrato, em 31/7/96. No entanto,

até o presente momento, apesar de ter o notificante cumprido com suas obrigações contratuais, o primeiro não adimpliu com sua obrigação.

“Assim, de acordo com o disposto na Cláusula 10^a do citado contrato, fica o inadimplente notificado para que, no prazo máximo de 15 dias, cumpra sua obrigação contratual, sob pena de não o fazendo ficar constituído em mora e conseqüentemente ser rescindido o contrato com as cominações de direito apresentados na cláusula acima referida”.

Nesse sentido, ademais, este Relator já decidiu na Apelação Cível n. 99.011816-9, de Criciúma, julgado em 16/12/99:

“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”.

3 — Mérito

a) Culpa pelo desfazimento do contrato de compromisso de compra e venda

No mérito, argumenta a apelante Visão Invest que os autores inadimpliram a prestação e, ademais, houve assembléia-geral dos co-adquirentes, realizada em 1998, em que foi prorrogado o prazo de 36 meses para a entrega da conclusão das obras e, por-

tanto, não há falar em inadimplemento da vendedora apelante.

A obra, sendo a avença, foi prometida à conclusão para 31 de junho de 1997 (fl. 88). A aludida assembléia-geral dos co-adquirentes, a qual menciona a apelante Visão Invest, é datada de maio de 1998, entretanto tal prorrogação para entrega da obra por mais 3 anos, relativamente à continuação pela empresa Granacom, não pode ser oposta ao presente contrato. A uma porque não há provas da transferência da incorporação para esta, e a duas (e principal questão) porque não há sequer condomínio constituído. À fl. 94v. consta assinatura de apenas 12 adquirentes, não havendo cópia da convenção de condomínio e seu registro no Registro de Imóveis, inclusive para determinar qual o quorum necessário para as assembléias extraordinárias, tal como determina o art. 9º da Lei n. 4.591/64, ad litteram et verbis: “Os proprietários, promitentes compradores, cessionários ou promitentes cessionários dos direitos pertinentes à aquisição de unidades autônomas, em edificações a serem construídas, em construção ou já construídas, elaboração, por escrito, a convenção de condomínio, e deverão, também, por contrato ou por deliberação, em assembléia, aprovar o regimento interno da edificação ou conjunto de edificações. § 1º. Far-se-á o registro da convenção no registro de imóveis, bem como a averbação de suas eventuais alterações. § 2º. Considera-se aprovada, e obrigatória para os proprietários de unidades, promitentes compradores, cessionários e promitentes cessionários, atuais e futuros, como para qualquer ocupante, a convenção que reúna as assinaturas de titulares

de direitos que representem, no mínimo, 2/3 das frações ideais que compõem o condomínio”.

Assim, não pode referida ata ser oposta ao autor apelado Rogério.

Nesse sentido, em caso estritamente igual ao presente, já se decidiu na Apelação Cível n. 36.585, de Balneário Camboriú, relator Des. Newton Trisotto, julgada em 6/3/96:

“Provado que a incorporadora não cumpriu o contrato e que ela realizou acordo com a Comissão de Representantes dos co-adquirentes das unidades habitacionais, que concluiu a obra, tem ela a obrigação de restituir os valores recebidos, na proporção da parte não construída, e de indenizar as perdas e danos, se demonstrados”.

Sabe-se, também, que 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 Visão Invest, 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 determi-

nados (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”.

À fl. 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 destina-

da a seduzir os interessados, já no propósito de determinar a paralisação das obras, quando as prestações forem insuficientes para custeá-las, e de recomencá-las quando os condôminos concordarem com o reajuste”.

Assim, da forma mencionada pelo Meritíssimo Magistrado, à fl. 158, trata-se de uma construção por incorporação, sendo que a incorporadora é que tem o risco da atividade econômica. Ora, 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. Assim, a justificativa de dificuldades financeiras é inaceitável, pois o surgimento de planos econômicos não tem sido novidade em nosso País nos últimos anos.

Nesse sentido, também, a Ap. Cív. n. 46.702, da Capital, de minha lavra.

A presente demanda foi ajuizada 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, decidiu 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) Multa

Diz a apelante Visão Invest, ainda, ser abusiva a multa de 40% que lhe foi imposta por perdas e danos, devendo ser reduzida para 2% nos moldes do Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, à fl. 19, na cláusula décima do acordo firmado entre as partes, vê-se que foi prefixado o valor das perdas e danos, a título de multa compensatória, no valor de 40% do contrato, não podendo alegar a apelante Visão Invest, agora, ser ela abusiva, até porque foi ela própria quem a impôs em contrato típico de adesão.

Acerca da cláusula penal, Carvalho Santos já escreveu:

"No sistema do nosso Código, as partes têm a liberdade de estipular a cláusula penal, fixando-a no valor que entenderem acordar como representativo das perdas e danos. Mas, sendo certo que a liberdade, no conceito do direito moderno, não é irrestrita, tendo, ao invés, limites que lhe são traçados pelos interesses da ordem pública, a liberdade da convenção, na espécie, ficou delimitada na lei, ao não permitir que as partes convençionem a cláusula penal em valor excedente ao da obrigação principal" (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. XI, pág. 361, edição 1935).

Orlando Gomes, a seu turno, sustenta que a cláusula penal pode ser prevista para a "inexecução do contrato", ou para a "infração de uma de suas cláusulas", ou para a "simples mora", respeitado, entretanto, o valor

da obrigação principal, seja qual for a extensão do dano, nos termos do art. 920 do CC. Isso porque é certo que as partes têm a liberdade de estipular a cláusula penal, fixando-a em valor representativo das perdas e danos; entretanto, tal liberdade não é irrestrita, porquanto não pode exceder o valor da obrigação principal, o que ocorreu na questão ora em litígio.

Também, diz Arnold Wald:

"A cláusula penal é um pacto acessório regulamentado pela Lei Civil (arts. 916 a 927 do Código Civil), pelo qual as partes, por convenção expressa, submetem o devedor que descumprir a obrigação a uma pena ou multa no caso de mora (cláusula penal moratória) ou de inadimplemento (cláusula penal compensatória). A cláusula penal constitui uma medida coercitiva e intimidativa, funcionando também como prefixação dos prejuízos, independentemente da prova que dos mesmos for apresentada" (Obrigações e Contratos, RT, 1979, 51ª ed., pág. 104).

Destarte, afasta-se o pedido de redução da multa.

c) Honorários

Ao final, sustenta a apelante Visão Invest não ter ocorrido sucumbência recíproca e, quando muito, deve ocorrer a compensação da verba honorária. Porém, não está com razão. A rescisão do contrato foi determinada por sua culpa, sendo que a autora recebeu praticamente tudo o que requereu na petição inicial, apenas se fazendo uma diferença no que toca aos valores indenizados, os quais devem ser atualizados conforme os índices da eg. Corregedoria-Geral da Justiça.

Não há falar, assim, em sucumbência recíproca.

III — Decisão

Ante o exposto, afastadas as preliminares, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.

Srs. Des. Orli Rodrigues e Ruy Pedro Schneider.

Florianópolis, 27 de março de 2001.

Carlos Prudêncio,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.019301-1, DE BRUSQUE

Relator: Des. Carlos Prudêncio

Execução de sentença. Rescisão contratual por culpa da ré compradora. Decisório que condiciona a reintegração na posse do imóvel pelos vendedores à devolução das parcelas pagas pela compradora. Possibilidade jurídica da execução por parte desta.

A despeito de a rescisão do contrato de compra e venda de imóvel ter sido decretada por culpa da ré compradora, é lícito ao juiz condicionar a reintegração na posse do bem pelos vendedores à devolução das parcelas pagas pela compradora. Insatisfeita tal obrigação, pode a compradora executar sua parte em juízo, sendo-lhe permitido, conforme determinação do magistrado, permanecer no imóvel enquanto não ressarcida das parcelas pagas.

Liquidação de sentença. Alegada nulidade da execução. Inocorrência. Cálculo do contador substituído pelo cálculo do credor. Inteligência dos arts. 603 e 604 do CPC.

Fundando-se a execução em título judicial, cujo valor se apura por simples operações aritméticas, reza o art. 604 que o credor a requererá, instruindo a inicial com a memória discriminada e atualizada do crédito. Trata-se de um antecedente direto da execução por quantia certa, prosseguindo-se o processo por estas regras. Assim, desaparecida a liquidação por cálculo do contador, substituída pelo cálculo do credor, as normas apresentam sentido unívoco, cabendo ao credor, doravante, instruir a inicial com memória de cálculo. Não há que se falar, portanto, ser nula a execução sob o argumento de ser dependente de liquidação, pois o procedimento utilizado pelo exe-

qüente é perfeitamente amoldável ao caso sub judice.

Excesso de execução. Inocorrência. Valor devido que é assumido como recebido pelos devedores nos autos da rescisão contratual.

Incorre excesso de execução se os valores pleiteados pela credora são expressamente assumidos como recebidos pelos devedores nos autos da ação principal que originou o processo de execução de sentença.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.019301-1, da comarca de Brusque (2ª Vara), em que são apelantes Fábio César Montibeller e outro, sendo apelada Ana Solange Lacerda Bender:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, afastada a preliminar, negar provimento ao recurso.

Custas legais.

I — Relatório

Fábio César Montibeller e Hilda de Souza Montibeller opuseram embargos à execução de sentença que lhes opôs Ana Solange Lacerda Bender, suscitando, preliminarmente, impossibilidade jurídica do pedido porquanto houve o descumprimento da sentença por parte da embargada no sentido de desocupar o imóvel, o que acarreta a não devolução do pagamento das parcelas devidas objeto da execução que deu origem aos embargos.

No mérito, impugnam os cálculos apresentados pela exequente, e disseram que os recibos de fl. 72 demonstram depósitos bancários efetuados em nome de Ciro Brandão e o recibo de fl. 74 não contém autenticação

pela CEF, não podendo servir de prova, razão pela qual a liquidação somente poderia englobar os referidos valores, acrescidos de R\$ 15.000,00, referentes à entrega de bem imóvel doado em sinal de pagamento. Salientaram, então, que o pleito da embargada não poderia extrapolar o montante de R\$ 26.393,00.

A embargada impugnou, rechaçando a preliminar no sentido de que a sentença é clara ao dispor que a reintegração de posse do imóvel pelos embargantes depende da prévia satisfação do crédito em seu favor. No mérito, aduziu que os cálculos são lícitos e importam num crédito de aproximadamente R\$ 40.000,00.

Sentenciando, o Meritíssimo Juiz de Direito rejeitou a preliminar e julgou improcedentes os embargos opostos, determinando o prosseguimento da execução. Em face do princípio da sucumbência, condenou os embargantes ao pagamento das custas processuais.

Irresignados, apelam os embargantes, reiterando os argumentos expostos e dizendo que na sentença proferida nos autos da ação de rescisão de contrato o Magistrado determinou que o quantum a ser devolvido à apelada dependia de liquidação de sentença, não prevendo a possibilida-

de de se poder executá-la. Requer a extinção da execução de sentença e, no mérito, diz que a sentença da ação de rescisão de contrato determinou, à fl. 91, que fossem as importâncias devidas sem acréscimo de juros e correção monetária.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a esta superior instância.

II — Voto

A prima facie, mister tecer breves comentários sobre a sentença exequenda ora em exame, mais precisamente a rescisão de contrato n. 011.96.001221-6, proposta pelos ora embargantes/vendedores Fábio César Montibeller e Hilda Montibeller contra a ora exequente/compradora Ana Solange Lacerda Bender.

A sentença proferida naquela ação de rescisão de contrato, ora em execução, está acostada à fl. 83 e seg. dos autos apensados à Apelação Cível n. 00.019366-6 (ação de indenização por perdas e danos), a qual está sendo julgada, em seguida, nesta mesma sessão ordinária da eg. Primeira Câmara Civil. Percebe-se, também, que o decisório que decretou a rescisão do negócio firmado transitou em julgado já em primeiro grau, não tendo sido interposto nenhum recurso a este colendo Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Naquela ação proposta pelos ora embargantes/vendedores Fábio e Hilda Montibeller contra a ora exequente/compradora Ana Solange Bender, embasou-se o pedido de rescisão do contrato de compra e venda do apartamento n. 401 do Edifício Orli

Rodrigues na inadimplência desta. O valor deste era de R\$ 45.000,00 mais saldo de financiamento na Caixa Econômica Federal (fl. 17 da ação de rescisão de contrato).

A exequente/compradora Ana Bender assumiu ter atrasado o pagamento das parcelas referentes à avença, mas disse que já teria pago o sinal e muitas outras parcelas. Feita a necessária interpelação judicial pelos compradores Fábio e Hilda, o Dr. Cláudio Valdir Helfestein, Meritíssimo Juiz de Direito, decidiu ser procedente a rescisão do contrato por inadimplemento da ré compradora Ana, bem como a reintegração de posse do imóvel aos compradores Fábio e Hilda. Entretanto, à fl. 90 da referida sentença, consignou: "Relativamente ao pedido de reintegração na posse, deve ser deferido como consequência jurídica natural ante a resolução contratual, todavia, poderá a ré permanecer no imóvel até a satisfação do crédito pelos autores. Assim, diante do exposto, deverão os autores devolver à ré as importâncias recebidas, pelo valor nominal, sem acréscimo de juros e correção monetária. Os valores devidos serão apurados em liquidação de sentença, eis que existe dúvida sobre o exato valor dos valores já quitados. Ante o exposto, julgo procedente, em parte, o pedido formulado por Fábio César Montibeller e Hilda de Souza Montibeller nesta ação de rescisão de contrato c/c reintegração na posse que promoveram contra Ana Solange Lacerda Bender. Em consequência, declaro rescindido o contrato de compromisso particular de compra e venda de imóvel, firmado entre as partes. Determino a reintegração dos autores na posse do imóvel. O cumprimento

da sentença, contudo, dependerá da satisfação do crédito pelos autores, assim, a ré, por ora, poderá permanecer no imóvel. Deverão os autores devolver as importâncias já recebidas, sem acréscimo de juros e correção monetária. O valor devido será apurado em liquidação de sentença, ante a inexistência de certeza em relação ao montante devido”.

Assim, transitada em julgado a sentença, propôs a compradora Ana Bender liquidação de sentença aritmética (também em apenso e continuamente à rescisão de contrato ora mencionada), trazendo a discriminação dos valores devidos pelos vendedores Fábio e Hilda, num total de R\$ 31.668,65 (fl. 5 da liquidação), o que foi aceito pelo Meritíssimo Juiz de Direito à fl. 94, iniciando-se o processo de execução de sentença.

a) Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido

Dito isso, alegam primeiramente os embargantes Fábio e Hilda que há impossibilidade jurídica do pedido, pois houve o descumprimento da sentença por parte da compradora/exequente Ana no sentido de desocupar o imóvel. Entretanto, a parte dispositiva da sentença da rescisão contratual é clara e expressa no sentido diverso, ou seja, condiciona o cumprimento da sentença, no que toca à reintegração de sua posse no imóvel, à satisfação dos valores que devem à compradora Ana em decorrência dos valores por ela pagos pela compra do bem.

O Juiz estabeleceu, na sentença, que a obrigação primeiramente competia aos vendedores (de devolver as quantias pagas), sem o que seria lícito à compradora Ana permane-

cer no imóvel. Assim, não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido.

b) Do pedido de nulidade da execução

Aduzem os compradores/embargantes Fábio e Hilda que na sentença proferida nos autos da ação de rescisão de contrato o Magistrado determinou que o quantum a ser devolvido à apelada dependia de liquidação de sentença, e não previu a possibilidade de se poder executá-la. Requerem, assim, a extinção da execução de sentença.

Segundo o art. 603 do CPC, procede-se à liquidação quando a sentença não determinar o valor ou não individualizar o objeto da condenação. É sabido que a Lei n. 8.898/94, que dispôs sobre a reforma do Código de Processo Civil, deu nova redação ao artigo 604 do Código de Processo Civil, in verbis: “Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor procederá à sua execução na forma do art. 652 e seguintes, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo”.

Assim, anteriormente a 1994, havia três espécies de liquidação: por cálculo do contador; por arbitramento e por artigos. A liquidação por cálculo do contador foi eliminada pela referida reforma, sendo que atualmente, se a execução depender de cálculo, a determinação do valor da condenação deve ser feita pela apresentação de memória discriminada e atualizada do débito. É o que foi feito pela exequente compradora Ana — liquidação de sentença aritmética — fl. 5 da liqui-

dação em apenso aos autos da rescisão contratual.

O argumento de que o processo depende de liquidação, e que seria inviável a execução da sentença, não procede. É o que o art. 604, inserto no capítulo da liquidação de sentença, VI, do Código de Processo Civil, prevê a hipótese em tela, sendo que a apresentação da memória da dívida já dá azo ao procedimento do art. 652 do CPC, qual seja, a citação para pagar ou nomear bens à penhora. Trata-se de um alicerce já especificado para a execução por quantia certa. Agora, a redação do art. 604 dá a certeza de que o devedor não é mais intimado para dizer sobre a conta elaborada pelo vencedor, nem deve ser esta homologada pelo Juiz, pelo que se procede desde logo à citação para pagar ou nomear bens à penhora.

Não se pode crer que o Magistrado tenha determinado a liquidação por arbitramento, porquanto não se crê que o cálculo das prestações pagas pelo imóvel, a ser devolvidas pelos apelantes Fábio e Hilda, dependa da nomeação de perito e, além disso, caso assim entendesse, o Juiz a teria determinado expressamente na sentença. Ademais, o art. 606, I e II, do CPC, reza que se faz a liquidação por arbitramento quando: I — determinado pela sentença ou convencionado pelas partes; II — o exigir a natureza do objeto da liquidação. Nenhuma das duas hipóteses é vislumbrada por ora. Também não vinga a necessidade de se realizar execução por artigos (art. 608 do CPC), que somente é cabível quando para determinar o valor da condenação houver necessidade de provar fato novo. Não é o caso presente.

Valiosa, acerca da apresentação da memória da dívida (art. 604 do CPC), a lição de Cândido Rangel Dinamarco, in *A Reforma do Código de Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995, pág. 267:

“Não existe lugar para discussões ou homologações de conta, no processo executivo assim instaurado. O juiz que provocar um contraditório nessa fase precedente à citação do executado estará descumprindo o disposto no art. 604, desvirtuando a reforma e sobretudo alimentando a demora da execução, que a nova lei pretendeu mitigar. Eventuais discussões sobre o valor do crédito poderão ter espaço nos embargos que o executado vier a opor: ao sustentar que o exequente está a exigir mais do que o devido, ele estará fundamentando seus embargos em excesso de execução, que o inc. V do art. 741 define expressamente como motivo para embargar”.

Nesse sentido, esclarecedor o ensinamento de Moacyr Amaral dos Santos: “O credor ingressa de imediato com a execução, eliminando-se a liquidação pelo contador, de modo que a inicial da ação executiva deverá contar ‘com o demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação, quando se tratar de execução por quantia certa’ (CPC, art. 614, II). Disso se extrai que eventual discussão acerca do valor do crédito será alvo de embargos do devedor, devido à extinção da liquidação por cálculo do contador pela Lei n. 8.898, de 29/6/1994” (in *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998, vol. 3, pág. 328).

c) Mérito

No mais, propugnam os embarcantes/vendedores Fábio e Hilda que o valor executado está em dissonância com a prova dos autos, porquanto os recibos de fl. 72 dos autos da rescisão contratual referem-se a depósitos efetuados em nome de Ciro Barão, e o de fl. 74 não está autenticado pela Caixa Econômica Federal. Em suma, reconhecem o recebimento de R\$ 11.392,00 mais R\$ 15.000,00 (sinal), sendo que devem entregar apenas R\$ 26.392,00.

Porém, razão não lhes assiste. Às fls. 73 e 74 (ou 80 e 81, conforme as rubricas feitas pelos escrivães) dos autos da rescisão de contrato, vê-se que os ora apelantes, em alegações finais daquela demanda, assumiram expressamente que os valores pagos pela ré foram na importância de R\$ 31.266,66, apenas requerendo, naquela ocasião, um abatimento do va-

lor dos aluguéis pelo tempo usufruído do imóvel.

Destarte, preclusa a questão, até porque os recibos de depósitos de fl. 72 (ou 65) dos autos da rescisão contratual não foram impugnados na ocasião correta.

Desse modo, correta a sentença profligada.

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 Ruy Pedro Schneider.

Florianópolis, 27 de março de 2001.

Carlos Prudêncio,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.019366-6, DE BRUSQUE

Relator: Des. Carlos Prudêncio

Indenização por perdas e danos. Contrato de compromisso de compra e venda rescindido em Juízo por culpa da promitente compradora. Direito ao ressarcimento de aluguéis pelo tempo em que permaneceu no imóvel, independentemente do dever dos vendedores de devolver as parcelas pagas. Valores que não se confundem, mas se compensam ao final.

Declarada em juízo a rescisão do contrato de compromisso de compra e venda de imóvel por culpa da promitente compradora, fazem jus os alienantes à indenização por perdas e danos resultantes do uso e posse do imóvel pelo tempo em que perdurou a avença. A este título, inclui-se o pagamento, por parte da compradora, dos valores dos aluguéis de um imóvel do mesmo porte, a ser feito por arbitramento, os quais não se confundem com o dever dos vendedores de

devolver as prestações pagas. Tais verbas são independentes, embora, ao final, possam ser compensadas.

Outrossim, o fato de o magistrado ter permitido à compradora, na sentença da ação de rescisão contratual, a sua permanência na posse do bem até a devolução das prestações pagas pelos vendedores, tem-se por óbvio que isso não pode significar enriquecimento sem causa e moradia gratuita por vários anos.

Compromisso de compra e venda. Perdas e danos que incluem o pagamento das despesas condominiais pelo tempo em que o promitente comprador ficou na posse do imóvel. Viabilidade.

O contrato de compromisso de compra e venda confere a posse do imóvel ao promitente comprador desde a conclusão da avença, sendo que este se imite na posse do bem inclusive para efeitos de justo título, ou seja, posse ad usucapionem. Assim, injusto que em um contrato de compra e venda irretratável, como foi o caso sub judice, geralmente parcelado por longos anos, fique o alienante/promitente vendedor compelido ao pagamento das despesas condominiais de um bem que, ao menos com efeito inter partes, já não foi mais seu desde a assinatura do contrato.

A posse do imóvel, decorrente de contrato de compra e venda, acarreta a iniludível obrigação do promitente comprador ao pagamento das despesas condominiais pelo tempo em que permaneceu no imóvel, não obstante tenha a avença se desfeito posteriormente.

Despesas com água, luz, IPTU e honorários advocatícios dos vendedores. Direito ao ressarcimento.

São devidos pela promitente compradora, cujos débitos serão verificados em liquidação de sentença por artigos, os valores porventura devidos com água, luz e IPTU durante o tempo em que permaneceu no imóvel até a data do trânsito em julgado da sentença que declara rescindido o contrato entre as partes. Tratam-se de verbas que sempre são devidas pelo efetivo morador do imóvel e, se existente alguma dívida neste tocante, deve ser ressarcida aos promitentes vendedores.

Abrangem as perdas e danos os valores despendidos com advogados na ação de rescisão contratual proposta em decorrência do inadimplemento da compradora, devendo ser restituídos, integralmente, aos vendedores.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.019366-6, da comarca de Brusque (2ª Vara), em que são apelantes e apelados Ana Solange Lacerda Bender e Fábio César Montibeller e outro:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso de apelação de Ana Bender e dar provimento parcial ao recurso dos apelantes Fábio e Hilda Montibeller para condenar a ré Ana Bender a indenizá-los dos valores porventura devidos com IPTU, água e luz, pelo período em que permaneceu no imóvel até a data do trânsito em julgado da sentença de rescisão de contrato (11/8/97), tudo a ser satisfeito em liquidação de sentença; e condenar a ré Ana Bender a devolver-lhes os valores despendidos com honorários advocatícios — R\$ 1.096,50.

Custas legais.

I — Relatório

Fábio Cesar Montibeller e Hilda de Souza Montibeller ajuizaram ação de indenização por perdas e danos contra Ana Solange Bender, alegando que em 25/6/95 firmaram com a ré contrato particular de compra e venda do apartamento n. 704, Edifício Orli Rodrigues, situado na Rua João Bauer, pelo preço de R\$ 45.000,00, pago de conformidade com a cláusula 3ª do contrato.

Disseram que cumpriram integralmente com o convencionado, com a entrega do imóvel à ré, a qual deixou de cumprir com suas obrigações contratuais, o que ensejou o ajuizamento de ação que declarou rescindido

o contrato e, 11/8/97, que reconheceu o seu inadimplemento e determinação a reintegração dos autores no imóvel, mediante devolução dos valores até então pagos pela ré, eis que não constou do pedido exordial a indenização por perdas e danos. Requereram, pois, a fixação de tal indenização, principalmente pelo uso prolongado do imóvel, a título de aluguel e despesas não pagas, até agora suportadas pelos autores, tais como IPTU, taxas condominiais e seus acréscimos, pagamento das parcelas do financiamento habitacional e honorários advocatícios. Propugnaram, ao final, pela compensação com os valores das parcelas a serem devolvidas pelos autores à ré, em razão da sentença proferida nos autos da ação rescisória, conforme vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça.

A ré contestou, aduzindo ser infundadas e inverídicas todas as alegações dos autores, porquanto a sentença na ação de rescisão contratual determina a reintegração dos autores no imóvel após a satisfação total do débito, o que dá azo à ré o direito de retenção. Salientou que os autores é que são culpados pelo não pagamento, porquanto ficaram com os bloqueios bancários de forma dolosa.

Sentenciando, o Meritíssimo Juiz de Direito julgou parcialmente procedente o pedido, condenando a ré ao pagamento de importância a ser apurada em liquidação de sentença, a título de alugueres pelo tempo de ocupação do imóvel, a contar da data da regular constituição em mora, ocorrida pela interpelação de n. 688/96, em 27/5/96, tendo por termo final a data da efetiva desocupação do imóvel. Condenou-a ao pagamento, ainda,

das despesas de condomínio, pelo valor declarado à fl. 40, e outras eventualmente ocorridas após aquela data (10/3/98), tudo atualizado monetariamente e acrescido de juros moratórios de 6% ao ano, a contar da citação. Ao final, consignou que a compensação dos valores apurados com aqueles devidos pelos autores à ré sejam feitos quando da liquidação da sentença. Em decorrência do decaimento em parte mínima do pedido por parte dos autores, condenou a ré no pagamento das custas e honorários, fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Irresignada, apela a ré, dizendo ser descabida a condenação ao pagamento de alugueres porquanto durante o lapso temporal somente exerceu seu direito de retenção assegurado em decisão judicial transitada em julgado em 16/9/97. Diz que a obrigação dos apelados não foi até o momento satisfeita, sendo que inclusive propôs a competente executacional a fim de receber seus créditos. Invoca a exceção do contrato não cumprido, nos termos do art. 1.092 do CC.

Argumenta, ainda, que não pode ser condenada em despesas de condomínio eis que não deu causa à sua cobrança, e também porque a propriedade e a posse do imóvel foram concedidas aos apelados por meio de sentença transitada em julgado. Diz que caso existiram valores pendentes a este título, deveriam ser cobrados judicialmente pelo síndico, sendo os apelados parte ilegítima para tanto.

No que toca às custas e honorários, argumentam que os apelados não decaíram de parte mínima do pedido, mas sim em parte significativa,

não devendo ser aplicado o art. 21 do CPC.

À fl. 225, também apelam os autores Fábio César Montibeller e sua esposa no que se refere ao indeferimento, pelo Magistrado, do pedido de acréscimo às perdas e danos das despesas com o IPTU do imóvel, consumo de água e energia elétrica, além das prestações relativas ao financiamento habitacional na CEF e despesas com honorários advocatícios despendidos na ação de rescisão de contrato. Dizem que, à fl. 27, juntam recibo firmado pelo então procurador que demonstra o montante de R\$ 1.096,50 a este título. Saliendam que não têm como trazer aos autos os comprovantes de despesas com água e energia porquanto estão na posse da ré Ana, e que o contrato firmado entre as partes estipulou expressamente que tais despesas eram de sua responsabilidade.

Contra-arrazoados os recursos, os autos ascenderam a esta Superior Instância.

II — Voto

1 — Apelação da ré Ana Bender

a) Pagamento dos alugueres

O recurso da ré/compradora Ana Bender é desprovido. Diz ela ser descabida sua condenação ao pagamento de alugueres porquanto somente exerce seu direito de retenção no imóvel assegurado em decisão judicial transitada em julgado em 16/9/97, oriunda da rescisão do contrato entre as partes. Naquela sentença, acostada à fl. 83 e segs. dos autos em apenso, o Meritíssimo Juiz de Di-

reito julgou procedente a rescisão do contrato proposta pelos vendedores Fábio e Hilda Montibeller, porém, condicionou a reintegração na posse do imóvel mediante a devolução dos valores devidos por estes à compradora Ana no que se refere às prestações já pagas, permitindo, assim, a manutenção desta na posse do bem até a restituição das parcelas recebidas.

Na presente ação de indenização por perdas e danos, diz a compradora Ana que a obrigação dos apelados Fábio e Hilda não foi até o momento satisfeita, sendo que inclusive propôs a competente execucional a fim de receber seus créditos e, portanto, não pode ser compelida a pagar aluguéis pelo tempo que permaneceu no imóvel porquanto lá estava resguardada pelo decisório supramencionado.

Razão, porém, não lhe assiste. O que o Magistrado assegurou, na sentença da ação de rescisão de contrato supramencionado, é que a ora ré Ana Bender poderia permanecer no imóvel até a satisfação do seu crédito pelos autores.

Entretanto, a decisão transitou em julgado em 16/9/97, sendo que até a presente data a ré Ana Bender permanece no imóvel. O direito de retenção é válido, mas também não pode ser causa de enriquecimento sem causa. Se lá não estivesse, certamente a ré deveria estar morando em outro local, e mediante pagamento de aluguel. Além disso, embora aquela ação de rescisão de contrato não tenha sido cumulada com perdas e danos, tem-se que o próprio Magistrado ressaltou tal possibilidade em favor dos vendedores Fábio e Hilda.

Declarada em Juízo a rescisão do contrato de compromisso de compra e venda de imóvel por culpa da promitente compradora, fazem jus os alienantes à indenização por perdas e danos resultantes do uso e posse do imóvel pelo tempo em que perdurou a avença. A este título, inclui-se o pagamento, por parte da compradora, dos valores dos aluguéis de um imóvel do mesmo porte, a ser feito por arbitramento, os quais não se confundem com o dever dos vendedores de devolver as prestações pagas. Tais verbas são independentes, embora, ao final, possam ser compensadas.

Outrossim, o fato de o Magistrado ter permitido à compradora, na sentença da ação de rescisão contratual, a sua permanência na posse do bem até a devolução das prestações pagas pelos vendedores, tem-se por óbvio que isso não pode significar enriquecimento sem causa e moradia gratuita por vários anos.

Assim, correta a presente sentença monocrática neste tocante, valendo transcrever parte desta de fls. 165 e segs., da lavra do Exmo. Sr. Dr. Cláudio Valdyr Helfenstein.

“Versam os autos sobre ação de indenização por perdas e danos, aforada por Fábio Cesar Montibeller e Hilda de Souza Montibeller, em face de Ana Solange Lacerda Bender, pelas razões fáticas e jurídicas já consignadas no relatório.

“Tendo por objeto matéria unicamente de direito, e não tendo as partes manifestado o desejo de produzir novas provas, o feito deve ser julgado nesta oportunidade, na forma preconizada no art. 330, I, do Código de Processo Civil.

“Pretendem os autores haver perdas e danos decorrentes do descumprimento do contrato de compromisso particular de compra e venda de imóvel.

“A sentença proferida nos autos da ação ordinária de rescisão de contrato em apenso (Autos n. 011.96.001221-5), reconheceu que a ré deu causa à resilição do contrato, deixando de fixar condenação em perdas e danos, porquanto não houve pleito dos autores neste sentido, naqueles autos.

“Dispõe o artigo 1.056 do Código Civil que, ‘Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos’.

“Ter-se-á, pois, o inadimplemento da obrigação, quando o devedor não cumprir, voluntária ou involuntariamente, com a prestação devida. O descumprimento voluntário deriva da própria vontade da parte, como ocorreu nos presentes autos.

“A sanção imposta ao inadimplemento da obrigação é o dever de indenizar a parte prejudicada, em perdas e danos.

“Para configurar a responsabilidade contratual, necessário é a presença de três requisitos, quais sejam: a obrigação violada; o nexo de causalidade entre o fato e dano produzido e a culpa da parte inadimplente.

“No caso em análise, a culpa pela rescisão do contrato restou reconhecida pela sentença que declarou rescindido o contrato de compra e venda firmado entre as partes, em virtude do inadimplemento da ré.

“Não resta qualquer dúvida quanto à violação da obrigação por parte da ré, bem como o nexo causal entre o fato e o dano.

“O artigo 1.059 e seguintes do Código Civil preconizam em que consistem as perdas e danos:

‘Art. 1.059. Salvo das exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor, abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

‘Parágrafo único. O devedor, porém, que não pagou no tempo e forma devidos, só responde pelos lucros, que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação.

‘Artigo 1.060. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato.

‘Artigo 1.061. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, consistem nos juros de mora e custas, sem prejuízo da pena convencional’.

“Colhe-se dos citados dispositivos legais, que a indenização deve ser equivalente ao prejuízo experimentado, porquanto, indenizar significa tornar indene, de modo que, em regra, não deve o prejudicado experimentar lucro na indenização, que deve corresponder exatamente ao necessário à restituição das partes ao status quo ante, obstando-se, assim, o enriquecimento sem causa.

“Assim, para que seja o devedor compelido ao pagamento de uma indenização por perdas e danos, é necessário que o credor, efetivamente,

tenha sofrido um prejuízo, consistente em danos emergentes ou lucros cessantes, seja ele real ou concreto, e que tal prejuízo possua nexo de causalidade para com o inadimplemento da obrigação.

“Assim, o ressarcimento tem como pressuposto fundamental, o prejuízo (artigo 1.060 do CC). Este somente não é exigível no caso da pena convencional (artigo 927) ou para a cobrança dos juros de mora (artigo 1.064).

“Neste norte:

“O artigo 1.056 do Código Civil ‘...sujeita o inadimplente e o contratante moroso ao dever de reparar as perdas e danos sofridos pelo credor, inserindo o dano como pressuposto da responsabilidade civil contratual, pois sem ele impossível será a ação de indenização (RT 454/219, 464/172 e 174; 394/302, 429/229, 433/529). A responsabilidade consiste na obrigação de indenizar e só haverá indenização quando existir prejuízo a reparar.

‘(...)

‘O dano vem a ser a efetiva diminuição do patrimônio do credor ao tempo em que ocorreu o inadimplemento contratual, consistindo na diferença entre o valor anual desse patrimônio e aquele que teria se a relação obrigacional fosse exatamente cumprida. É, como vimos alhures, a diferença entre a situação em que o credor se encontraria se não tivesse havido esse fato lesivo. O dano corresponderia à perda de um valor patrimonial, pecuniariamente determinado. Seriam as perdas e danos o equivalente do prejuízo ou do dano suportado pelo credor em virtude do

devedor não ter cumprido, total ou parcialmente, absoluta ou relativamente, a obrigação, expressando-se numa soma de dinheiro correspondente ao desequilíbrio sofrido pelo lesado. As perdas e danos são uma consequência do inadimplemento do devedor’.

“(...

“Quanto às perdas e danos envolvendo os aluguéis pelo período de uso de fruição do imóvel, estes são inquestionáveis.

‘A resolução por inexecução culposa não produz apenas o efeito de extinguir o contrato para o passado. Sujeita ainda o inadimplente ao pagamento das perdas e danos. A parte prejudicada pelo inadimplemento pode pleitear a indenização dos prejuízos sofridos, cumulativamente com a resolução’ (Orlando Gomes, Contratos, 12^a ed., Forense, pág. 196).

“Na realidade, têm os autores o direito de, além de serem recompostos em todos os valores que pagaram, às perdas e danos, porquanto foi a ré a causadora da rescisão contratual.

“Merece, portanto, ser reconhecido o direito dos autores de serem ressarcidos em valores equivalentes aos aluguéis do imóvel, desde a data da constituição em mora da ré, que ocorreu com a interpelação, em 27/5/1996, até que ocorra a efetiva entrega do imóvel aos autores.

“O montante desse ressarcimento deve ser apurado por arbitramento, nos termos previstos no art. 607 do CPC, observando os valores atuais do mercado de alugueres.

“Este o ensinamento do doutrinador Washington de Barros Monteiro (in Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações — 1ª parte, vol. 4, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 1981).

‘As perdas e danos nas obrigações de pagamento em dinheiro, consistem nos juros de mora e custas, sem prejuízo da pena convencional (art. 1.061). Adicionem, ainda, a essas verbas, os honorários do advogado, nos termos do art. 20 do CPC. Sem tal parcela, a indenização se tornaria incompleta, falhando ao seu escopo, o restabelecimento do império do direito’.

“(…)

“Constitui condição ao êxito da ação de indenização da existência efetiva de danos. Devem ser estes demonstrados no curso do feito, embora se possa relegar para execução a apuração de seu montante. Se não se comprovam durante a ação, não pode esta vingar; só se apuram em execução quando evidenciados na ação.

“E mais adiante prossegue o jurista:

‘Relativamente ao tempo a que o Juiz deve se ater, quando fixa o quantum das perdas e danos, é o do julgamento. Por igual, o lugar da estimação é o daquele onde o julgamento teria que efetuar-se.

‘(…)

‘Na apuração dos prejuízos decorrentes da inexecução do contrato, deve o juiz atuar com prudente arbítrio. Mas, a indenização deve ser justa, isto é, deve corresponder ao real prejuízo sofrido pela parte lesada. Como o próprio étimo deixa entrever, indenizar é desfazer o dano, recompor a

situação primitiva, anular os efeitos da lesão jurídica’.

“(…)

“A propósito, em caso semelhante ao dos autos, nosso egrégio Tribunal de Justiça, em Ap. Cív. n. 97.013560-2, de Balneário Camboriú, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. em 25/8/98, decidiu:

‘Perdas e danos. Direito à diferença de preço do bem ao valor de mercado e possibilidade de aquisição de bens equivalentes aos comprometidos, bem como os aluguéis dos dias de uso prometido do imóvel. Recurso desprovido.

‘Fazendo parte da completa reparação dos danos a que faz jus a parte prejudicada, tem o compromissário comprador o direito de obter a título de perdas e danos, os valores referentes a todos os aluguéis de todas as temporadas não usufruídas do imóvel, pelo período de atraso da conclusão e entrega da obra até os dias atuais. Outrossim, o direito à diferença de preço ao valor de mercado e a possibilidade do pretense comprador na aquisição de bens equivalentes ao comprometido também é devido, eis que se trata de valor integrante à recomposição dos prejuízos’.

“(…)

“Assim, nada mais justo que se debitar da demandada uma taxa de ocupação e uso do imóvel, ou aluguel, pelo tempo que permanecera na posse do imóvel, após a regular constituição em mora, concretizada pela interpelação, em 27/5/96, até a data da efetiva desocupação, valor este a ser apurado em liquidação de sentença, segundo o valor locatício de mercado” (fl. 173).

b) Pagamento das despesas condominiais

Alega a ré apelante Ana, também, que não poderia ter sido compelida ao pagamento das despesas condominiais, além do que os apelados são parte ilegítima para pleitear sua cobrança, a qual compete ao síndico.

Afasta-se também este argumento. Dispõe, in verbis, o art. 12 da Lei 4.591/64 (Lei de Condomínio e Incorporações): “Cada condômino concorrerá nas despesas do condomínio, recolhendo, nos prazos previstos na Convenção, a quota-parte que lhe couber no rateio”.

A propósito do conceito de condômino, lembra o mestre Caio Mário da Silva Pereira:

“Os proprietários do edifício dividido em andares são donos do terreno em que o mesmo se assenta com suas dependências e instalações. São donos, em comum, das partes do edifício que, por sua vez, componham os requisitos de utilização econômica do todo por todos” (Condomínio e Incorporações, Ed. Forense, 10^a ed., 1999).

Poder-se-ia dizer que, consoante abalizadas vozes deste eg. Tribunal de Justiça, encontrando-se o imóvel gerador das despesas em nome do anterior proprietário (pois se trata de compromisso de compra e venda, o qual só será transferido após o pagamento das parcelas), a aquele deve ser dirigida a ação de cobrança, uma vez que o contrato realizado entre alienante e adquirente não atinge o condomínio; assim, ao titular do domínio permanecer a responsabilidade pelas despesas condominiais.

Porém, entendo que o negócio jurídico realizado entre a recorrente Ana para com Fábio e Hilda Montibeller pode submeter o condomínio, na qualidade de terceiro, às suas cláusulas, a par do que comumente ocorre com o locatário, quando expresso no contrato sua obrigação de pagamento das cláusulas.

Ora, o contrato de compromisso de compra e venda confere a posse do imóvel ao promitente comprador desde a conclusão da avença, sendo que este se imite na posse do bem inclusive para efeitos de justo título, ou seja, posse ad usucapionem. Assim, injusto que em um contrato de compra e venda irretroatável, como foi o caso sub judice, geralmente parcelado por longos anos, fique o alienante compelido ao pagamento das despesas condominiais de um bem que, ao menos com efeito inter partes, já não é mais seu.

Não se pode argüir, ainda, que os autores Fábio e Hilda, em cujo nome está registrado o imóvel, sejam parte ilegítimas para a sua cobrança. Se certamente o requerem, nesta demanda, é porque estão sendo compelidos, pelo condomínio, ao seu pagamento.

Nega-se, pois, o pedido.

c) Custas e honorários

Improcede o argumento de que não houve decaimento em parte mínima do pedido em favor dos vendedores autores Fábio e Hilda Montibeller, a uma porque praticamente todos os pedidos almejados (em termos de efeito patrimonial) foram alcançados, e a duas porque, como se verá em seguida, têm aqueles, também, direito a outros valores não conferi-

dos pela sentença, o que só aumenta a sucumbência da ora apelante Ana.

Destarte, nega-se o pleito.

2 — Apelação dos autores Fábio e Hilda Montibeller

O recurso de apelação interposto pelos autores vendedores Fábio e Hilda refere-se ao indeferimento, pelo Magistrado, do pedido de acréscimo às perdas e danos das despesas com o IPTU do imóvel, consumo de água e energia elétrica, além das prestações relativas ao financiamento habitacional à CEF e despesas com honorários advocatícios na ação de rescisão de contrato.

Relativamente ao ressarcimento das despesas com água e energia elétrica, embora os autores vendedores Fábio e Hilda não tenham acostado prova documental a esse respeito, tem-se por óbvio que a ré Ana morou no imóvel e lá consumiu tais serviços. A prova nesse tocante deverá ser feita em liquidação de sentença por artigos, conforme o art. 608 do CPC, in verbis: “Far-se-á a liquidação por artigos, quando, para determinar o valor da condenação, houver necessidade de alegar e provar fato novo”. Assim, mediante requisição, na Celesc e Casan, das faturas de todo o período, deverá a ré Ana comprovar a quitação de todos esses valores pelo tempo em que permaneceu no imóvel, sob pena de ser compelida a indenizar os proprietários para esse fim.

O mesmo se diga do IPTU, o qual, por força da cláusula 6ª da avença de compra e venda (fl. 12), correrá por conta do promitente comprador. Ressalva-se, entretanto, que o IPTU somente é devido pela ré Ana Bender até a data do trânsito em julgado da

sentença da rescisão de contrato, qual seja, 11/8/97.

Relativamente ao ressarcimento das despesas com advogados, por parte dos ora apelantes, deve a ré igualmente arcar com seu custo. À fl. 27 paira recibo a esse título, no valor de R\$ 1.096,50, pelo que deve ser devolvido aos vendedores apelantes Fábio e Hilda.

No que se refere, por fim, ao ressarcimento das despesas com o financiamento habitacional, valho-me do exposto pelo Meritíssimo Juiz de Direito Dr. Cláudio Helfenstein, à fl. 174:

“Quanto aos valores pagos ao financiamento habitacional, tenho que este seja indevido pela ré, a título de indenização, porquanto, no contrato firmado entre as partes, conforme se verifica à fl. 11, cláusula 3ª, o preço do imóvel ficou estipulado em R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), mais o saldo remanescente junto ao financiamento da Caixa.

“Ocorre que o contrato restou rescindido e o imóvel retornou à propriedade dos autores, cabendo a estes a quitação junto ao Sistema Financeiro da Habitação. À ré restou a condenação na devolução do imóvel e ressarcimento de eventuais perdas e danos sofridos pelos autores”.

Ante o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso dos apelantes Fábio e Hilda Montibeller para condenar a ré Ana Bender a indenizá-los dos valores porventura devidos com IPTU, água e luz, pelo período em que permaneceu no imóvel até a data do trânsito em julgado da sentença de rescisão de contrato (11/8/97), tudo a ser satisfeito em liquidação de senten-

ça; e condenar a ré Ana Bender a devolver-lhes os valores despendidos com honorários advocatícios — R\$ 1.096,50.

III — Decisão

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso da ré Ana Bender e dá-se provimento parcial ao recurso dos apelantes Fábio e Hilda Montibeller para condenar a ré Ana Bender a indenizá-los dos valores porventura devidos com IPTU, água e luz, pelo período em que permaneceu no imóvel até a data do trânsito em julgado

da sentença de rescisão de contrato (11/8/97), tudo a ser satisfeito em liquidação de sentença; e condenar a ré Ana Bender a devolver-lhes os valores despendidos com honorários advocatícios — R\$ 1.096,50.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Ruy Pedro Schneider.

Florianópolis, 27 de março de 2001.

Carlos Prudêncio,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 96.010486-0, DE JOINVILLE

Relator: Des. Gaspar Rubik

Seguro. Furto de veículo. Negativa de cobertura por parte da seguradora, por não ter sido comunicada da transferência de sua propriedade. Obrigação contratual do segurado, prevista em cláusula cuja inobservância não implica em proibição de alienação e, via lógica de consequência, em liberação da seguradora do pagamento da cobertura pactuada. Exegese do art. 1.463 do CC. Falta, ademais, de prova do agravamento do risco com a transferência. Pedido monitório indenizatório acolhido. Sentença mantida. Apelo desprovido.

“Ainda que a estipulação contratual consigne a obrigação de o segurado original informar à seguradora qualquer alteração de interesse seu no bem objeto do seguro, não estará a seguradora eximida de prover a cobertura pactuada, posto que essa obrigação de informar não implica, automaticamente, em vedação ou restrição à alienação da coisa” (Apelação Cível n. 51.534, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 27/2/96).

“Prefixado previamente, quando da contratação do seguro, o valor do veículo a ser indenizado em caso de furto ou perda total, a seguradora, em recebendo o valor do prêmio calculado sobre referido valor, prende-se, como que a uma vara de visgo, à obrigação de

pagar referido montante em ocorrendo sinistro com aquelas proporções, sendo inadmissível, se não se valeu do recurso que lhe confere o art. 1.438 do Código Civil, pretender desincumbir-se do encargo mediante pagamento inferior ao fixado na apólice, tomando por base o valor de mercado e considerando a depreciação do objeto do seguro, porque isto importaria em afronta ao princípio da boa-fé que vigora e deve preponderar nas relações securitárias” (Apelação Cível n. 96.010486-0, de Joinville, relator o signatário).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.010486-0, da comarca de Joinville, em que é apelante Cia. de Seguros Marítimos e Terrestres Phenix de Porto Alegre, sendo apelado Sandro César de Oliveira:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, desprover o recurso.

Custas legais.

Na comarca de Joinville, perante a 1ª Vara Cível, Sandro César de Oliveira ajuizou ação monitória contra a Cia. de Seguros Marítimos e Terrestres Phenix de Porto Alegre, cuja inicial instruiu com documentos, tendo por objetivo, no fundo, haver desta o pagamento do valor pactuado na apólice n. 109.868-7, a título de indenização pelo furto, ocorrido no dia 5/4/95, da camioneta, modelo e marca Pick-Up Ford Pampa L, ano 1989, chassi 9BFPXXLP3KBN86234, que adquirira de Incatex Indústria de Acabamento Têxtil Ltda., já que se negou ela a honrar, administrativamente, o respectivo contrato de seguro que celebrou com esta empresa, sob a justificativa de que não fora comunicada por escrito sobre a alteração na propriedade do referido veículo, como o

exige a cláusula 14.3.1, alínea c, da também mencionada apólice.

Do pedido, regularmente formalizado processualmente, foi citada a demandada que, em tempestivos embargos que opôs, igualmente instruídos com documentos e equivocadamente nominados de contestação, alegou, em apertada síntese, invocando orientação doutrinária e jurisprudencial em abono de suas teses, que o segurado, ao alienar o veículo sem tê-la comunicado de o ter feito e da intenção do novo proprietário em manter ou não o seguro contratado, infringiu a cláusula contratual n. 14.3, que trata das suas obrigações quando das alterações do contrato, como também o art. 1.463 do Código Civil. Insurgiu-se, outrossim, contra o valor pretendido pelo autor a título de indenização, dizendo-o irreal e argumentando no sentido de que deve esta, por ser mais correto, ser fixada tomando por base o preço de mercado do bem. Requeru, ao arremate, julgar-se o autor carecedor da ação, com a conseqüente extinção do processo com base no art. 267, VI, do CPC, ou, alternativamente, a total improcedência da ação.

Sentenciando de plano, o MM. Juiz de Direito julgou procedente o pedido, condenando a requerida ao pagamento, pela perda total do veí-

culo segurado, do montante de R\$ 9.611,72 (nove mil, seiscentos e onze reais e setenta e dois centavos), atualizado pelo índice do INPC e acrescido de juros moratórios legais, ambos a partir do 30º dia após a ocorrência do sinistro. Responsabilizou-a, outrossim, pelas custas processuais e honorários advocatícios, estes à razão de 15% sobre o valor devido.

Inconformada com tal desfecho e buscando revertê-lo com base na mesma argumentação esposada na peça embargatória, que reprisou, a vencida interpôs tempestivo apelo, que instruiu com prova de seu respectivo preparo.

Ofertadas contra-razões, alçaram os autos a esta Corte.

É o relatório.

A irresignação não procede, pois a questão foi monocraticamente decidida com inegável acerto pelo culto Togado de primeiro grau.

É certo que, em princípio, tem a seguradora o direito de ser informada da transferência do veículo segurado a terceiro, desde que, é claro, exista razão ponderável para tanto, como, *verbi gratia*, a hipótese de serem mais elevados os riscos em relação ao terceiro adquirente, considerados os seus antecedentes, as atividades que desenvolva etc.

In casu, não há notícias nos autos de ter a transferência acarretado alguma dessas agravadoras do risco, posto que se limitou a seguradora/apelante a argumentar, pura e simplesmente, com o descumprimento das cláusulas contratuais 14, item 3, e 15, que estariam a determinar essa comunicação por escrito, quando houvesse “alterações no próprio veículo

ou no uso do mesmo” e “alterações no interesse do segurado sobre o veículo”, bem como de que a sua responsabilidade, em decorrência, somente prevaleceria se “concordar, expressamente, com as alterações que lhe forem comunicadas, efetuando a necessária modificação na apólice”.

Ocorre que referidas cláusulas, como se denota, e certamente disso ela se esqueceu, não vedavam, de modo algum, a transferência do veículo nem do respectivo direito à indenização, impondo tão-somente ao seu proprietário a obrigação de comunicar à seguradora a alienação por escrito.

Incide, pois, na hipótese, a norma esculpida no art. 1.463 do Código Civil, com o seguinte teor:

“O direito à indenização pode ser transmitido a terceiro como acessório da propriedade, ou de direito real sobre a coisa segura.

“Parágrafo único. Opera-se essa transmissão de pleno direito quanto à coisa hipotecada, ou penhorada, e, fora desses casos, quando a apólice o não vedar”.

Não se perca de vista, nesse passo, que segurado, na verdade, é o veículo, objeto do seguro, e não seu proprietário, que apenas tem direitos em caso de sua perda parcial ou total, de tal sorte que chega a ser, de certo modo, irrelevante a transferência dessa propriedade, salvo se importar em agravamento do risco para a seguradora, o que, repita-se, sequer se alegou ter ocorrido no caso.

Oportuníssima a esse respeito e a confortar as conclusões sentenciadas, como, aliás, sempre o é em qualquer situação, a lição também sempre clara e sábia do festejado civilista

Washington de Barros Monteiro (Curso de Direito Civil, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 1976, vol. 5, pág. 330), in verbis:

“As apólices nominativas, referentes a seguros sobre objetos, podem ser transferidas mediante cessão civil, a menos que exista cláusula em contrário. Alienada a coisa que se acha no seguro, transfere-se também ao adquirente esse contrato, pelo prazo que ainda faltar.

“(…)”

“Se um automóvel é vendido, estando no seguro, pode o adquirente ficar, facultativamente, com os direitos decorrentes do contrato, pelo prazo restante. Em alguns casos, porém, a transmissão é compulsória. Nos casos de sinistro, o segurador pode opor ao sucessor ou representante do segurado todos os meios de defesa, que contra ele lhe assistirem” (op. cit., pág. 339).

Igualmente o renomado J. M. de Carvalho Santos (Código Civil Brasileiro Interpretado, 9ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1977, vol. XIX, pág. 376) assim preleciona:

“Independentemente da alienação do interesse segurado, pode haver a cessão do direito de crédito, correspondente à indenização que a Companhia ficará obrigada a pagar, no caso de sinistro. A cessão, em casos tais, é completamente livre, podendo efetuar-se ainda mesmo antes de tornar-se realidade o direito à indenização, isto é, ainda quando o crédito seja futuro e meramente eventual”.

Inexistindo, pois, cláusula expressa proibitiva da transferência do veículo sem conhecimento da seguradora, ou estipuladora da penalidade

de perda do direito à indenização em caso de ocorrência envolvendo o veículo segurado, não se pode interpretar as demais cláusulas como restritivas dos direitos do beneficiário.

Tem decidido este Sodalício:

“Seguro. Alienação de veículo segurado. Inexistência de vedação expressa a respeito na respectiva apólice. Sub-rogação firmada em favor do adquirente. Art. 1.463, Código Civil. Dever de indenizar. Sentença confirmada. Reclamo recursal desprovido.

“Ausentando-se do contrato de seguro qualquer cláusula vedatória expressa a respeito, a transferência do direito à indenização é consequência legal da própria translação do domínio da coisa segura.

“Ainda que a estipulação contratual consigne a obrigação de o segurado original informar à seguradora qualquer alteração de interesse seu no bem objeto do seguro, não estará a seguradora eximida de prover a cobertura pactuada, posto que essa obrigação de informar não implica, automaticamente, em vedação ou restrição à alienação da coisa.

“Certo está que, sempre que informada, a seguradora poderá insurgir-se contra a transferência pretendida. Essa oposição, porém, há que ser razoável, ancorando-se em dados palpáveis e significativos que evidenciem o aumento dos riscos assumidos, sob pena de subsistir a obrigação indenizatória da companhia de seguros” (Apelação Cível n. 51.534, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 27/2/96).

Segue o mesmo norte o posicionamento dos demais Tribunais Pátrios:

“Responsabilidade civil. Indenização. Propositura por novo adquirente de bem segurado. Transmissão do direito à indenização. Admissibilidade. Falta de anuência da seguradora. Irrelevância (...).

“O direito à indenização pode ser transmitido a terceiros, sendo irrelevante a falta de anuência da seguradora, se a apólice de seguro não veda a referida transferência, tendo, portanto, o novo adquirente legitimidade para promover a ação indenizatória” (RT 597/67).

E mais:

“Seguro. Transmissão do direito à indenização a terceiro adquirente do bem segurado. Admissibilidade, desde que não haja vedação na apólice. Falta de comunicação do fato à seguradora que, em tese, possibilita a esta se opor contra a transferência, por ocasião do sinistro, desde que suficientemente provadas as razões dessa contrariedade. Mera possibilidade de recusa da seguradora, porém, sem indicação de qualquer dado que a torne razoável, que não a exima de sua obrigação de indenizar. Ilegitimidade do antigo proprietário para, junto com o adquirente, pleitear o valor do contrato, mesmo que o preço resultante da venda ainda seja em parte devido, por se tratar de questão estranha à lide. Aplicação do art. 1.463, do CC” (RT 647/85).

No que pertine ao quantum a ser indenizado, também andou certo o duto Sentenciante, pois é óbvio que se a seguradora apelante, ao firmar o contrato de seguro, fixou ou concor-

dou com a fixação do valor do objeto do seguro em R\$ 6.269,26, cobrando e recebendo o prêmio calculado com base neste valor, não é justo queira ela, agora, que a indenização seja limitada ao valor de mercado do veículo ou que no seu cálculo seja levada em consideração eventual depreciação do automóvel pelo decurso do tempo.

Aliás, não lhe aproveita a alegação de que a autora tinha pleno conhecimento de cláusula que estabelecia essas limitações ou critérios para aferição do valor da indenização, porquanto se realmente pactuada essa cláusula, o que é incerto, por não ter ela se desincumbido dessa prova, já que se limitou a trazer apenas parte do contrato celebrado, ainda assim seria de duvidosa aceitação, pois, em tese, estaria a contrariar o disposto no art. 1.462 do Código Civil.

A questão não passou desapercibida ao atento Sentenciante Dr. Rodrigo Cunha, quando assim escreveu:

“No tocante à irresignação demonstrada pela requerente, no que concerne ao quantum indenizatório pretendido pelo autor, dando conta de que, ‘de acordo com as condições gerais da apólice, o valor a ser indenizado deve ser aprovado pela seguradora, a qual indenizará de acordo com o preço de mercado do veículo furtado’ (fls. 25/26), em que pese ter em seu poder (ao menos supõe-se) cópia da apólice do seguro contratado e de suas condições gerais, que não se constituem em documento novo, em momento algum trouxe aos autos documento hábil a alicerçar tais assertivas, o que deveria tê-lo feito já quando do oferecimento da contestação (...)” (fl. 46).

Por sinal, esta é a lição de Carvalho Santos, quando afirma que a indenização, no caso de perda total da coisa, deve corresponder ao valor da apólice, porquanto nessas condições nada há a avaliar, já que o valor da coisa segurada foi fixado pela convenção das partes e nesta base o segurador pagou a taxa de prêmio.

Continua o mestre, adiante:

“Em casos que tais, bem é ver, ficam as partes vinculadas quanto à medida da indenização, sem poder alegar utilmente o segurador que diverso seja o efetivo interesse do segurado” (Comentários, vol. XIX, págs. 373/374).

Arnaldo Marmit, em obra especializada sobre o tema, assinala:

“Se o carro vier a perecer inteiramente, se for furtado e conduzido para local ignorado, ou se destruído, a soma constante na apólice deve ser satisfeita integralmente. Nesse caso de perecimento total, quando o seguro foi realizado por valor determinado, a indenização será a constante na apólice, eis que se trata de prejuízo prefixado” (Seguro de Automóvel, Ed. Aide, 1987, pág. 238).

O Supremo Tribunal Federal decidiu:

“Nos contratos de seguro, verificada a perda total da coisa segurada, deve a indenização corresponder ao valor declarado na respectiva apólice, sem necessidade de indagar de seu valor na ocasião do sinistro” (RT 237/293).

Na mesma esteira, esta Corte:

“(…) Furtado e irrecuperado o veículo, não é lícito à seguradora, tratando-se de seguro indexado, escu-

sar-se do pagamento do valor constante da apólice, pagando valor precário e utilmente por ela estimado, pretensamente em consonância com o valor de mercado, sensivelmente inferior ao daquela. Sendo fixado um valor máximo indenizável na apólice, embora a seguradora fique sujeita a maior risco, recebe, em contrapartida, maior prêmio, sendo-lhe inescusável, portanto, a alegação de prejuízo.

“Oferecida indenização baseada no valor de mercado, sendo a perda total, é justa a recusa do segurado, pretendendo perceber o importe constante da apólice” (Apelação Cível n. 96.009302-8, de Lages, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo colhe-se:

“A seguradora, após o sinistro, não pode pretender ressarcir o segurado pagando-lhe menos que o valor ajustado sob pretexto de ser maior do que a coisa vale, se não fez uso da faculdade conferida pelo art. 1.438 do Código Civil, restituindo o excesso do prêmio recebido, exigir a redução do valor do seguro ao real e efetivo valor da coisa segurada” (Apelação Cível n. 273.508-1, de Campinas, rel. Des. Aldo Magalhães, in JTJ — Lex 192/150).

“No contrato de seguro vigora sempre o princípio da boa-fé nas relações entre os contratantes. Se aceitou segurar o bem por valor superior, e recebeu o prêmio sobre esse mesmo valor, não pode reduzir o pagamento do bem sinistrado, alegando cotação inferior na bolsa de automóveis” (TJSP n. 245.277-1/7, rel. Des. Egas Galbiatti, in RT 730/222).

Por fim, ainda que obscuras ou ininteligíveis fossem as cláusulas que estipulam os valores a título de indenização, deveriam elas ser interpretadas em favor do segurado, consoante remansosa orientação doutrinária e jurisprudencial, do que é exemplo erudito voto do eminente Min. Athos Gusmão Carneiro, por ocasião do julgamento de caso semelhante: “sempre que determinadas cláusulas oferecem a possibilidade de mais de uma interpretação, parece-me cumpre seja adotada a interpretação em desfavor do outorgante, daquele que redigiu, ou sob cuja orientação foram redigidas as cláusulas contratuais. No caso, é um contrato de adesão. São cláusulas estipuladas previamente pela empresa seguradora. Se ela as estipulou de uma forma a propiciar divergências, a ensejar dúvidas, creio que essas dúvidas não de ser resolvidas em favor

da parte que confiou no texto e contratou o seguro” (JB 3/275).

Em suma, pois, tem-se que o valor efetivamente devido é aquele constante da apólice de seguro.

Por tais razões é que, sem discrepância de votos, nega-se provimento ao apelo, mantendo-se incólume a bem-lançada sentença sob peleia.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Sérgio Paladino e Vanderlei Romer.

Florianópolis, 27 de maio de 1999.

Anselmo Cerello,
Presidente;
Gaspar Rubik,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.011918-9, DA CAPITAL

Relator: Des. Gaspar Rubik

Locação comercial. Renovatória. Exceção de retomada para uso próprio comercial. Imprescindibilidade de indicação do ramo de negócio a ser explorado no imóvel. Exegese do § 1º do art. 52, II, da Lei n. 8.245/91. Omissão prejudicial da presunção relativa de sinceridade do pedido, por dificultar ao inquilino a produção de prova tendente a infirmá-la. Esclarecimento posterior comprovando a constituição de empresa nova por cônjuge e descendente. Hipótese em que é exigida a existência de fundo de comércio há mais de ano (art. 52, inc. II). Requisito inatendido. Sentença de improcedência da renovatória reformada. Apelo provido.

A defesa do locador, nas ações renovatórias, é concentrada e de efeitos preclusivos, de modo que nela deve deduzir toda a matéria que lhe é permitida, nela incluída a formulação de pedido de retoma-

da do imóvel para uso próprio ou de seus familiares, a fim de nele instalar nova atividade empresarial. É nesse momento, e não posteriormente, no entanto, que deve declarar com absoluta precisão qual o novel destino do imóvel, com indicação precisa do ramo de negócio com que nele pretenda se estabelecer, obstada a similaridade com o que já vem explorando o inquilino, e se o pedido destina-se à utilização de sociedade composta ou de que façam parte apenas côn-juge, ascendentes ou descendentes. Imprescindível, também, a existência de fundo de comércio há mais de ano. É insuficiente a vaga e genérica referência de que deseja retomá-lo para atividades mercantis, porque tolherá ao inquilino a possibilidade de exercer o seu amplo direito de defesa, na tentativa de ilidir a presunção, que é relativa e não absoluta, de sinceridade que milita, em tese, a favor do retomante.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.011918-9, da comarca da Capital (5ª Vara), em que é apelante Makenji Importação e Comércio Ltda., sendo apelado José Radamanto Berkembrock:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por maioria de votos, prover o recurso.

Custas legais.

Na comarca da Capital, Makenji Importação e Comércio Ltda. propôs ação renovatória de locação contra José Radamanto Berkembrock, e, inconformada com a sentença que, a final, julgou improcedente seu pedido e acolheu o de retomada formulado pelo locador, fixando o novo locativo devido a partir do término do contrato renovando e condenando-a, ainda, nas verbas sucumbenciais, interpôs atempado e próprio recurso de apelação, instruído com prova de seu também oportuno preparo, na pugna pela reforma do decisum sustentando, em

apertada síntese, com base em orientação doutrinária, que o pedido de retomada veio eivado de nulidade absoluta, pelo fato de não ter o recorrido especificado o ramo de comércio que pretendia instalar no imóvel, o que é exigência da lei, por ser corolário da proibição de vir o locador dar-lhe a mesma destinação do comércio explorado pelo locatário. Insurgiu-se, nesse contexto, com o deferimento da junta-da, a destempe, do contrato social para prova da atividade comercial que familiares do recorrido pretendem instalar, aduzindo, ademais, que esta coincide com a que já vem exercendo, de modo a inviabilizar totalmente o pedido de retomada.

Contra-arrazoado o apelo, com aplausos à decisão criticada, os autos ascenderam a este Pretório.

É o necessário relatório.

Conquanto de boa lavra, a dou-ta sentença recorrida está, lamentavelmente, a carecer de reparo em sua conclusão, e isso porque certamente escapou à agúcia de sua culta prola-

tora, provavelmente em face de uma quase que imperceptível nuance da espécie, que a levou, por isso, a um compreensível equívoco, que para ter irrestrita aplicação a respeitável e indiscutivelmente acertada orientação jurisprudencial em que se louvou e que até se acha sumulada pelo Excelso Pretório, no sentido de que o pedido de retomada para uso próprio, de imóvel locado para fins comerciais, formulado em resposta às ações renovatórias, é presumivelmente sincero, cabendo ao locatário, exclusivamente, a prova tendente a infirmar tal presunção, indispensável se faz que o senhorio decline expressamente, logo ao formulá-lo, a espécie ou o ramo de negócio que irá ou que seus familiares irão explorar no imóvel. E isso, para que o inquilino não fique confuso ou desorientado quanto às provas que deverá produzir para, na tentativa de derruir aquela presunção, demonstrar ou que o retomante não reúne condições para se instalar; ou que de outra forma é falsa a sua intenção; ou, ainda, por coincidirem a atividade empresarial que explora e a que o senhorio pretende instalar; como, também e finalmente, por alguma outra razão inescusável.

Portanto, para que se possa ter por presumivelmente sincero, relativamente, o pedido de retomada para uso comercial, formulado em oposição a uma pretensão renovatória, exige-se, e a exigência decorre do comando impositivo do art. 52, inc. II, § 1º, da Lei Inquilinária, que já ao formulá-lo o locador, diversamente do que ocorre com o pedido para uso próprio residencial ou do que sucede com a chamada denúncia vazia, em que não há tal exigência, decline expressamente

o ramo de negócio com que pretende ou com que seus familiares irão se instalar no imóvel.

A propósito, com clareza e maestria ímpar doutrina o acatado Gildo dos Santos (in *Locação e Despejo — Comentários à Lei 8.245/91*, 2ª edição RT, São Paulo, 1994, pág. 185) que “na hipótese de pretender reaver o imóvel para uso próprio, o senhorio deverá indicar, com precisão, o ramo de negócio que vai explorar no imóvel, a fim de possibilitar ao autor-locatário o exercício de sua defesa contra essa pretensão do locador. Para tanto, todavia, é mister que a pretensão à retomada para uso próprio venha deduzida com clareza e com todos os elementos necessários a que se reconheça a presunção de sinceridade a favor do senhorio, e, de outro lado, o que é igualmente importante, de forma a permitir ao locatário que se desincumba do ônus probatório, com a finalidade de ilidir a mencionada presunção”.

Também Carlyle Popp (Comentários à Nova Lei do Inquilinato, 2ª ed., Juruá, Curitiba, 1992, pág.165) sustenta que “esta alegação do locador possui presunção de veracidade, passando a ter o locatário o ônus de comprovar ser a alegação dele insincera. Contudo, por ser relativa esta presunção, indispensável é que o autor especifique a finalidade que pretende conferir à coisa”.

Predominante, no mesmo sentido, é o entendimento jurisprudencial, conforme se colhe dos precedentes que invocam e em que se louvam, em lições que ministram, os respeitadas Pinto Ferreira (Comentários à Lei do Inquilinato: Lei n. 8.245 de 18/10/1991,

São Paulo, Saraiva, 1992, pág. 214) e José da Silva Pacheco (Comentários à Nova Lei Sobre as Locações dos Imóveis Urbanos e seus Procedimentos, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992), este que também reporta-se, por ser do mesmo pensar, ao douto Alfredo Buzaid (in Da Ação Renovatória, vol. II, pág. 536), quando assim escreve:

“A Lei n. 8.245/91, no art. 72, reproduziu o art. 8º do Dec. n. 24.150/34, adotando, como este, o princípio da defesa concentrada com efeito preclusivo, no que concerne à matéria de fato. Desse modo, deve o locador alegar toda a matéria em sua defesa, sem deixar qualquer dela para depois, por que ‘as alegações serodidamente feitas no curso do processo não podem ser recebidas, salvo se ocorrer qualquer das hipóteses do art. 303 do CPC’ (Alfredo Buzaid, ob. cit., vol. II, n. 323, pág. 536)”.

Por isso, certamente, que também o colendo Superior Tribunal de Justiça, embora por maioria, já deixou assentado:

“O pedido de retomada, na ação renovatória, deverá indicar o ramo de atividade a que se pretende dedicar o imóvel, sob pena de não ser atendido em face de sua imperfeição” (RSTJ 22/367, maioria).

Não se olvide, entretanto, da advertência que faz o mestre Buzaid (ob. cit., pág. 390), agora citado por Carlos Celso Orcesi da Costa (Locação de Imóvel Urbano, Saraiva, São Paulo, 1992, pág. 286) quando, embora contrariando entendimento de não menos respeitados estudiosos da matéria, assevera que “o que se pretende é que o exercício do direito de

retomada tenha credibilidade, cabendo tanto ao proprietário provar sua sinceridade quanto ao locatário desmerecê-lo. Como leciona o Prof. Alfredo Buzaid em sua clássica monografia, ‘não há presunções legais em favor de uma ou de outra parte’. O erro das soluções adotadas pela jurisprudência está em formular critérios apriorísticos. Ao juiz toca a verificação, em cada caso concreto, do legítimo comportamento dos litigantes”.

Ora, no caso concreto sub examen constata-se que o apelado/locador não satisfaz a exigência em comento, pois que se limitou, na contestação ofertada, a afirmar, primeiramente, de maneira singela, que o seu “real objetivo é de se reunir em ‘sociedade’ com seus familiares, por pretenderem utilizar o prédio para uso próprio”, e, depois, ao concluir o pedido de improcedência da ação com a justificativa de que “o imóvel será utilizado pelo locador e familiares para atividade comercial, esta em nada similar a então exercida pelo locatário...” (sic, fl. 49), sem, contudo, em algum dos dois momentos, precisar qual essa atividade ou ramo em nada similar. Somente bem mais tarde, quando já passados três meses da contestação oferecida, e, portanto, serodidamente, já se achando precluso o seu direito, é que compareceu para dizer que “iria perseguir a atividade comercial no ramo de ‘comércio de malas””, em comprovação de sua assertiva juntando cópia do contrato social firmado, também, dois meses após sua resposta.

E para agravar esse quadro, patenteando o flagrante cerceamento ao direito da apelante quanto à prova da coincidência dos ramos de negó-

cio, a cujo respeito nenhum questionamento fez sequer por ocasião da perícia, a ela não se deu, até a data da audiência de instrução e julgamento (out./97 — fl. 134), ciência daquela manifestação e documento que a acompanhou, por falta de atendimento ao despacho datado de julho do mesmo ano (fl. 66) que assim determinara.

Mas, a despeito disso, constata-se que, embora no seu ramo de atividade, em que utiliza o nome de fantasia “Mary Modas”, possa predominar o comércio de vestes femininas, na verdade nele também se inclui, como facilmente se percebe pela fotografia inferior de fl. 126, o comércio de mochilas e bolsas, artigos que atualmente também integram, quase que necessariamente, como complemento do vestuário, o guarda-roupa do belo sexo, de maneira que não se pode deixar de reconhecer, em tal situação, que haveria por parte do apelado um vedado aproveitamento, ainda que parcial, do fundo de comércio formado no local pelo inquilino.

Ora, como preleciona o preclaro Ulderico Pires dos Santos (Teoria e Prática da Locação Imobiliária, Forense, Rio de Janeiro, 1995, pág. 117):

“A nova lei proporciona ao locador duas oportunidades: a) retomar o imóvel locado para usá-lo como sua residência; b) retomá-lo quando, sendo o mesmo não-residencial, quiser destiná-lo ao uso da empresa de que faça parte a fim de transferir para o mesmo o fundo de comércio existente há mais de um ano. Se a hipótese for esta, pouco importa o tipo de negócio que vá exercer no imóvel retomado. A restrição que lhe faz a lei é a de não

poder explorar nele atividade que tenha semelhança ou afinidade com a do locatário, uma vez que não lhe permite fazer concorrência a quem não pode renovar por causa da retomada que o locador exercitou”.

O ilustre Carlos Celso Orcesi da Costa, na obra e página antes mencionadas, sustenta, igualmente, que “a retomada pressupõe que o prédio seja destinado ao uso do locador em outro ramo de comércio ou indústria, diverso daquele explorado pelo inquilino. Com isso se busca afastar a concorrência ou apropriação desleal do fundo de comércio alheio, o que representa duplo gravame ao inquilino que sai e não raro procura reconstruir seu fundo de comércio em lugar próximo. Não se trata de comércio similar (p. ex. loja de roupas masculinas, em contrapartida a loja de roupas femininas), mas de proibição a atividade empresarial ‘do mesmo ramo’ (§ 1º do art. 52)”.

Não bastassem essas falhas encontradas no pedido formulado, que abalam a presunção de sinceridade de que, em tese, se revestiria, um outro aspecto estava, ainda e por fim, a desestabilizá-lo. Traduz-se ele na certeza, tanto de que a sociedade comercial foi constituída muito após a deflagração da ação renovatória, como de que dela não participa o locador, sendo integrada apenas por sua esposa e seu filho, o que, por igual, desatende a exigência inserta no referido art. 52, a respeito do qual, sob este enfoque, são da mesma forma esclarecedoras e, por sinal, harmônicas as lições de Ulderico Pires dos Santos e Pinto Ferreira (obs. e págs. citadas), este último quando anota que “o locador pode superar e elidir o

pedido de renovação do contrato de locação do locatário, pedindo o imóvel para uso próprio ou para pessoa de sua família (o cônjuge, os descendentes e os ascendentes), porém no caso de pedido para os familiares impõe-se prova de que tais pessoas têm fundo de comércio datando de mais de um ano”, e quando insiste, invocando orientação jurisprudencial, que, “por conseqüência, são beneficiários da retomada do imóvel, além do locador, o seu cônjuge, ascendente e descendente, atendendo a esses requisitos: a) existência de fundo de comércio há mais de um ano; b) necessidade de que tal fundo seja transferido para outro local (RT 324/231 e 431/208)” (grifos do Relator). E o primeiro, ao assim pontificar ao mesmo respeito: “como pode também deixar de renovar o contrato quando quiser destinar o imóvel ao exercício de comércio por parte de seu cônjuge, ascendentes ou descendentes, mister se faz que esclareça que a pessoa em favor de quem o imóvel foi pedido já exerça atividade que se ajuste à locação não-residencial, e, como é lógico, que a retomada está sendo exercitada para que a mesma transfira para o imóvel o seu fundo de comércio. Se ela for sócia da empresa beneficiada, precisará, como o próprio locador precisa, se retomar para ele, ser titular da maioria do capital social, (...) Em qualquer hipótese, a empresa beneficiária precisa encontrar-se regularmente constituída há mais de um ano, na ocasião da retomada” (grifo também do Relator).

Portanto, em concluindo, quer por “fás”, quer por “nefas”, ou seja, por qualquer ângulo que se queira examinar a espécie, chega-se infalivelmente

te a solução diametralmente oposta à que chegou a douda sentença apelada, ou seja, que por pecar contra preceito legal, o pedido de retomada não poderia ter sido acolhido como o foi. E, como decorrência de seu não acolhimento, obviamente impunha-se a procedência do pedido renovatório nos termos da inicial, salvo no concernente ao valor do novo locativo, que é mantido aquele encontrado pela perícia e aceito pela ilustre Togada a quo.

Por tais razões e com esta conclusão é que, por maioria, dá-se provimento ao recurso, invertendo-se, outrossim, os ônus da sucumbência.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 13 de abril de 2000.

Anselmo Cerello,
Presidente com voto vencido;
Gaspar Rubik,
Relator designado.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello:

Divergi da douda maioria por entender que o locador se opôs à renovação, ao argumento de que pretende o imóvel para uso próprio. Para tanto, chegou a constituir sociedade para exploração do ramo comercial de malas.

A r. sentença apelada julgou improcedente a ação renovatória de locação, ao argumento de que milita em favor do locador a presunção de sinceridade do pedido de retomada.

Assim é a jurisprudência:

“Locação — Renovatória — Exceção de retomada para uso próprio em contestação — Exploração da mesma atividade comercial do locatário — Posto de gasolina — Admissibilidade — Locação que compreende fundo de comércio com instalação e pertences — Enumeração não exaustiva da Súmula 481 do STF — Improcedência da renovatória e decretação do despacho — Aplicação e inteligência da referida Súmula — Inaplicabilidade do art. 8º, e, e parágrafo único, do Dec. n. 24.150/34. Em renovatória de locação, o pedido de retomada do prédio para uso próprio do locador sofre a restrição contida no parágrafo único da alínea e do art. 8º do Dec. n. 24.150/34, não podendo, por isso, o imóvel ser destinado ao uso do mesmo ramo de comércio ou indústria do contrato em trânsito. Contudo, a Súmula 481, do STF, veio a permitir, em lógica e justa interpretação desse dispositivo, que ‘se a locação compreende, além do imóvel, fundo de comércio, com instalações e pertences, como no caso de teatros, cinemas e hotéis, não se aplicam ao retomante as restrições do art. 8º, e, parágrafo único, do Dec. n. 24.150, de 20/4/34. A enumeração feita no texto da súmula não é exaustiva, podendo incluir-se outros ramos de comércio ou indústria cujos prédios tenham destinação única e exclusiva, como ocorre com aquele no qual funciona um posto de gasolina’ (2º TACivSP – 7ª C., unân., Ap. n. 205.668-8, j. 19/5/87, rel. Juiz Gildo dos Santos — in RT 621/164).

‘Locação. Renovatória. Retomada pretendida pelos réus. Aplicação do artigo 8º, letra e, do Decreto n. 24.150, de 20 de abril de 1934. Legítima é a pretensão do proprietário, em

ação renovatória de contrato de locação, de retomar o prédio para uso próprio ou de descendente’ (TJSC, 1ª Câmara Civ., unân., rel. Des. Ayres Gama, em 20/9/73, in JC 2, págs. 168/172).

“E, desde que, na contestação, a ré declinasse expressamente o pedido de retomada, e, portanto, de desocupação do prédio, dúplice se tornaria a ação renovatória declarada improcedente pelo acolhimento da exceção da retomada, que, no caso, teria caráter reconvenicional, ainda que alegada apenas em contestação, sem reconvenção, e, em tal caso, a sentença haveria de definir o prazo para a desocupação, que seria de seis meses, contados do trânsito em julgado da decisão (art. 25, e § 2º, da Lei de Luvas), consoante orientação jurisprudencial:

‘Ação renovatória de locação. Retomada. Reconvenção. Súmula 485. Prazo de desocupação. Aluguel. A contestação, na ação renovatória, possui caráter reconvenicional, conforme emerge do artigo 8º, letra e, do Decreto n. 24.150/34. ‘Nas locações regidas pelo Decreto n. 24.150 de 20/4/34, a presunção de sinceridade do retomante é relativa, podendo ser ilidida pelo locatário’ (Súmula 485). Em se tratando de retomada para uso próprio, descabe indenização ao locatário. O prazo para desocupação, no caso de ser julgado improcedente o pedido de renovação do contrato, é de seis meses, contados da data em que transitar em julgado a decisão’ (JC 44/82-86, págs. 82/86, 3ª Câmara Civ., unân., rel. Des. May Filho, em 12/6/84)” (in Apelação Cível n. 39.230, de Lages, relator Des. Genésio Nollí).

E mais:

"A presunção de sinceridade que milita em favor do retomante é relativa, competindo ao locatário fazer prova cabal tendente a infirmá-la. Simples alegações de circunstâncias irrelevantes ou meras conjecturas não elidem aquela presunção e não impedem o deferimento da retomada que, em consequência, gera a improcedência da renovatória.

"O prazo para desocupação na retomada é limitado ao máximo de seis meses, devendo ser fixado de acordo com as condições singulares de cada caso".

Outros Tribunais orientam-se pelo mesmo norte:

"O pedido de retomada feito pelo locador, como não se ignora, é, sempre, presuntivamente sincero, cabendo ao locatário demonstrar-lhe, por prova inequívoca, a insinceridade.

"Na locação regulada pelo Decreto n. 24.150, de 1934, se presume sincero o proprietário ao pleitear a retomada, ressalvado, é óbvio, ao locatário, o direito de provar o contrário. Portanto, na ausência de prova de que o proprietário se mostra insincero no pleitear a retomada, esta deve ser concedida sem desconfiança" (Adcoas 1972/134 e 1971/579 — apud JC 43/127).

"Na espécie sub examen, há que se salientar, nenhuma prova produziu a autora-apelante capaz de colocar em xeque a presunção de sinceridade que milita em favor de sua locadora, tendo-se preocupado apenas em procurar sustentar que a esta é que competia provar a necessidade do prédio para transferir seu fundo de

comércio, coisa que não fez e que não existe.

"Advirta-se, porém, com a utilização da orientação da Suprema Corte, que 'a insinceridade deve ser cabalmente provada, não bastando para isso a alegação de circunstâncias irrelevantes ou meras conjecturas'" (RTJ 73/183).

"Frente, pois, esse entendimento e porque não feita qualquer prova pela autora-apelante, tendente a elidir a presunção de sinceridade que milita em favor da locadora-retomante, era, evidentemente, como, aliás, o foi corretamente, de ser deferido o pedido de retomada, que, de resto, preenchia todos os requisitos legais pertinentes" (Apelação Cível n. 34.840, da Capital, relator Des. Gaspar Rubik).

A irresignação da apelante consiste no fato de ser imprescindível que o locador declare na contestação o ramo de atividade que irá estabelecer. Tal não ocorreu, mas na contestação de fls. 67/68, o apelado juntou o contrato social da sociedade que constituiu para exploração comercial do imóvel.

Não obstante as alegadas razões de direito evocadas no apelo, ainda não restou ilidida a presunção de sinceridade na retomada do imóvel pelo locador.

O contrato social demonstra, a toda evidência, que o locador se estabelecerá em ramo diverso do comércio.

Florianópolis, 24 de abril de 2001.

Anselmo Cerello,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.016202-5, DE DIONÍSIO CERQUEIRA**Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

Servidores públicos. Exoneração. Reintegração. Extinção dos cargos. Estágio probatório. Tutela antecipada. Inadmissibilidade. Princípio da moralidade administrativa violado. Ato normativo de efeitos concretos contido em ato administrativo complexo. Anulação pela via comum.

“É inadmissível a antecipação da tutela em face da Fazenda Pública porque, se a própria sentença está sujeita ao reexame necessário, logo, não se podem antecipar efeitos que ela não possui, e, além disso, há norma proibitiva explícita” (TJMS, AI n. 54.582-8, rel. Des. Nelson Mendes Fontoura).

“Tramita perante a Corte Suprema ação declaratória de constitucionalidade do art. 1º da Lei n. 9.494/97, em que se concedeu liminar com efeito vinculante, suspendendo a concessão de tutela antecipada em face da Fazenda Pública.

“O estágio probatório não protege o ocupante de cargo público contra os efeitos da sua legítima extinção. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Representação n. 512, Recurso Extraordinário n. 48.655 e Súmula 22” (STF, RE n. 51.151, Min. Pedro Chaves).

“Relativamente à extinção de cargos públicos, somente estão protegidos os servidores que já adquiriram a estabilidade, bem como assim os vitalícios inamovíveis; não, entretanto, aqueles servidores que, conquanto concursados, ainda se encontrem em estágio experimental e que, por não detentores de estabilidade, podem ser exonerados de ofício, posto não desfrutarem da prerrogativa constitucional da disponibilidade, como previsto no art. 41, § 3º, da Carta Política Nacional” (TJSC, ACMS n. 97.010397-2, Chapecó, rel. Des. Trindade dos Santos).

“Uma vez extintos cargos públicos, seus ocupantes, desde que estáveis, são colocados em disponibilidade remunerada. Não sendo estáveis, não há outro caminho que não seja o da exoneração, sem necessidade de procedimento administrativo para tanto.

“Sabe-se bem que a extinção de cargo demanda a produção de lei específica (art. 84, XXV, da CF). Superada esta fase formal,

surgirá uma lacuna na estrutura administrativa, dada a supressão de um nicho ocupado por toda uma plêiade de servidores públicos. Vale dizer, ou estes serão exonerados (quando não tiverem adquirido estabilidade), ou serão colocados em disponibilidade (quando já forem estabilizados). O cargo, contudo, deixará de existir, por razões de estado que jamais poderão ser sindicadas (mérito administrativo), a não ser quando da hipótese de desvio de finalidade/abuso de poder” (ACMS n. 98.010912-4, São Miguel do Oeste, rel. Des. Eder Graf).

“As leis e decretos de efeitos concretos podem ser invalidados em procedimentos comuns, em mandado de segurança ou em ação popular, porque já trazem em si os resultados administrativos objetivados. Não são atos normativos gerais, mas, sim, deliberações individualizadas revestindo a forma anômala de lei ou decreto” (Hely Lopes Meirelles).

“Reconhecida a nulidade, o servidor é reintegrado, com o pagamento, a partir da impetração, dos vencimentos a que teria direito, porque ‘reintegração, sem ressarcimento, é mera readmissão’ (REsp n. 5.955-0/SP, DJU 21/9/92)” (TJSC, ACMS n. 4.390, Concórdia, rel. Des. Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho).

“O juiz deve dirigir o processo, como tem reiteradamente afirmado a moderna doutrina processual, como instrumento ético, político e jurídico de composição da lide e efetivação do próprio direito, ‘incluindo em seu conteúdo o sentido axiológico da realização do justo’” (in As normas constitucionais de acordo com a sua eficácia e aplicabilidade, do signatário, não publ.).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.016202-5, da comarca de Dionísio Cerqueira, em que é apelante o município de Palma Sola, sendo apelados Amabile Holz e outros.

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, rejeitar a preliminar de antecipação de tutela e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Custas legais.

1. Amabile Holz, Analice Maria Pires, Angelina Pedó e outros ajuizaram “ação de reintegração no cargo e/ou no serviço público” cumulada com cobrança em face do município de Palma Sola, atacando a Lei Municipal n. 1.154/97 que extinguiu os cargos que ocupavam. Sustentaram a nulidade do procedimento legislativo que originou aquele diploma, bem como, ao final, fossem reconhecidos como nulos os respectivos atos de exo-

neração de seus cargos, por desvio de finalidade ou, alternativamente, porque ainda que fosse válida a lei, a extinção de cargos não justificaria e não autorizaria a demissão de servidor admitido via concurso público.

Alegaram, em síntese, que foram admitidos como funcionários do apelado para os cargos de provimento efetivo entre 27 de março de 1995 e 10 de abril de 1995 e, embora nunca tivessem sofrido nenhuma espécie de punição, foram exonerados em 7 de março de 1997. Salientaram, também, que, tão logo o Sr. Prefeito Municipal de Palma Sola assumiu seu cargo, disse "que não queria ninguém do PMDB na Prefeitura", encaminhando à Câmara, logo após, o Projeto de Lei Municipal (n. 009/97) que extinguiu os cargos dos recorridos, cujo conteúdo restou aprovado (Lei n. 1.154/97) em tempo recorde de 24 horas, mediante dois turnos de votação. Por fim, acrescentaram que posteriormente o recorrente contratou, sem concurso público, mais de três dezenas de pessoas para desempenhar as mesmas funções dos funcionários exonerados.

Em sua defesa, o município de Palma Sola aduziu que os requerentes estavam em estágio probatório, o que não lhes protege da extinção dos cargos que ocupam, efetuada mediante aplicação de lei aprovada regularmente. Com relação às contratações de pessoal efetuadas na seqüência, o Município afirmou que não houve admissão de funcionários para os cargos que restaram extintos, anteriormente ocupados pelos requerentes, mas para outros.

Sustentou, ainda, que dentre os nomes arrolados na inicial, alguns

já eram funcionários contratados anteriormente aos atos de exoneração (um em 1991, um em 1995 e outro em 1996). Outros dois foram nomeados para cargos em comissão. Por fim, mais quatro não eram funcionários municipais.

Também a Câmara de Vereadores contestou o feito, defendendo a lisura do trâmite legislativo da Lei n. 1.154/97. Com relação à servidora Indianara Bianqueto Fogaça, arrolada dentre aqueles que teriam sido admitidos para os cargos extintos, a Câmara afirmou que foi nomeada para cargo em comissão que não foi extinto.

Em manifestação acerca das contestações, os requerentes afirmaram que a contratação de pessoal, em caráter temporário, logo após sua exoneração, demonstra que "não havia interesse em austeridade alguma e/ou economia para o Município" (fl. 162). Noticiou que foram demitidos vinte funcionários e contratados trinta e sete.

Aduziram também que a desnecessidade dos cargos não é argumento verídico, tanto que as merendeiras demitidas foram recontratadas (fl. 163). Concluíram que suas exonerações não ocasionaram redução nas despesas com pessoal.

Em outubro de 1996, informaram, o total geral da folha de pagamento foi de R\$ 91.785,40. Em janeiro de 1997, após a demissão dos requerentes, o Município gastou R\$ 95.157,08; em fevereiro, R\$ 93.904,43; em março, R\$ 126.865,50; em abril, R\$ 91.130,92; em maio, R\$ 89.409,11; em junho, R\$ 90.501,08. Com isso, entendem que cai por terra a justificativa para seus desligamentos. Frisa-

ram que na administração anterior o valor da folha incluía as remunerações dos vereadores, o que não acontece na folha da atual gestão.

Em nova petição o Município mencionou que as pessoas referidas como contratadas, pelos requerentes, o foram para cargos que entende não guardarem qualquer relação com aqueles extintos, em discussão.

Paralelamente a isso, afirmou que o valor da folha de outubro de 1996 é de R\$ 98.912,08 (em documento firmado pelo contador do Município), sendo apócrifo aquele trazido pelos requerentes. Nos dois meses seguintes, as despesas foram de R\$ 100.754,44 e 199.004,55, respectivamente.

O aumento ocorrido em janeiro de 1997, justificou, deveu-se às férias concedidas e às exonerações de todos os secretários municipais, bem como à rescisão de diversos contratos de trabalho, despesa esta que aumentou o gasto com pessoal naquele período. Compara a situação dos meses de novembro/dezembro de 1996, respectivamente R\$ 92.775,58 e R\$ 184.921,07, com a de setembro/outubro de 1997, respectivamente R\$ 88.775,89 e R\$ 81.597,20. Renovou a defesa do procedimento legislativo da Lei n. 1.154/97.

Na manifestação seguinte, os requerentes questionaram a legalidade do procedimento de contratação dos novos funcionários, sem concurso público, argumentando não ser caso de excepcional necessidade de seus serviços.

Na audiência instrutória realizada foram ouvidas testemunhas e determinada diligência para obtenção

de informações acerca de eventuais desfilições partidárias por parte dos requerentes. Encerrou-se a instrução.

A informação solicitada demonstrou que nenhum dos requerentes/recorridos desfilou-se do partido.

As derradeiras alegações das partes foram apresentadas, cada qual mantendo seu ponto de vista com relação à questão. O Ministério Público foi pela procedência do pleito.

Sobreveio o julgamento de primeira instância, no qual o insigne Julgador a quo atendeu, em parte, os pedidos dos requerentes. Descartou o pedido de anulação do processo legislativo. Quanto às exonerações, afirmou que a justificativa para o Projeto de Lei que extinguiu os cargos dos requerentes é indefensável.

Considerando ser um contra-senso a exoneração dos requerentes (concursados), seguida de novas contratações (temporários), mesmo não exercendo as funções outrora exercidas pelos requerentes, e atento à impossibilidade de reintegração dos requerentes nos cargos, eis que extintos, entendeu que até seu reaproveitamento deveriam aguardar em disponibilidade remunerada. No dispositivo da sentença, condenou o Município a reintegrar os requerentes em seu quadro funcional, com todos os direitos e vantagens decorrentes, assim também ao pagamento dos proventos e vantagens atrasados, atualizados a partir do momento em que deveriam ter sido pagos, além de juros de mora a partir da citação.

Em embargos de declaração, os requerentes pretenderam que se determinasse a imediata reintegração no serviço público, substituindo-se

com isto a expressão “faculto” utilizada pelo Magistrado quando se referiu a tal ponto na sentença. Os embargos foram rejeitados.

O Município apelou, defendendo a mesma tese levantada durante o processamento em primeiro grau, requerendo, ao final, provimento ao recurso, com a total reforma da decisão atacada.

Contra-arrazoados e com o parecer da Promotoria de Justiça pela manutenção da sentença, os autos chegaram a esta Corte.

Já em segundo grau, peticionaram os requerentes, postulando a concessão de antecipação de tutela, visando à execução imediata de parte da sentença de primeiro grau com a reintegração dos requerentes em seus cargos.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça considerou prejudicado o pedido de tutela antecipada. No mérito, opinou pela confirmação da decisão do Magistrado.

2. Merece ser mantida a sentença.

2.1. O pedido de tutela antecipada não merece abrigo.

Os recorridos pretendem sua imediata reintegração nos cargos públicos que ocupavam, argumentando haver fundado receio de dano irreparável, caracterizado pela perda de suas fontes de rendimentos; manifesto propósito protelatório do réu, sustentando que os recorridos poderiam ter sido reintegrados imediatamente em seus cargos, mas o Município optou pelo recurso; e inexistir perigo de irreversibilidade da medida porque, retornando aos seus cargos, prestarão ser-

viços ao Município e receberão os vencimentos decorrentes de seu trabalho, não havendo prejuízo ao erário. Os vencimentos atrasados somente seriam objeto de persecução após o trânsito em julgado da decisão.

Ainda que se considerasse presente um “fundado receio de dano irreparável”, a lei proíbe a providência (art. 1º, Lei n. 9.494/97) e a jurisprudência confirma:

“Agravos de instrumento — Ação de execução de obrigação de fazer — Tutela antecipada — Decisão contra a Fazenda Pública — Impossibilidade — Recurso provido — Na antecipação da tutela jurisdicional há uma antecipação dos efeitos da sentença de mérito. Afigura-se impossível essa antecipação em favor do autor nas demandas que envolvem a União, o Estado ou o Município porque a sentença contra essas entidades de direito público sujeita-se ao reexame, pelo Tribunal, só produzindo efeitos depois de confirmada pela instância superior (art. 475 do CPC)” (TJMS, Ag., Classe B, XXII, n. 54.556-8, Porto Mortinho, 2ª TC, rel. Des. João Maria Lós, j. 4/11/1997).

“Agravos de instrumento — Ação de cobrança ajuizada contra a Fazenda do Município — Impossibilidade do deferimento da tutela antecipada contra a Fazenda Pública — Recurso provido — É inadmissível a antecipação da tutela em face da Fazenda Pública porque, se a própria sentença está sujeita ao reexame necessário, logo, não se podem antecipar efeitos que ela não possui, e, além disso, há norma proibitiva explícita” (TJMS, Ag., Classe B, XXII, n. 54.582-8, Glória de Dourados, 3ª TC,

rel. Des. Nelson Mendes Fontoura, j. 12/11/1997).

E desta Câmara:

“Ação anulatória de lançamento de débito — Matéria tributária — Compensação de crédito e débito relativamente ao recolhimento do ICMS — Pedido de abstenção pelo Fisco de inscrever em dívida ativa o débito oriundo de notificações fiscais — Tutela antecipada — Impossibilidade — Lei n. 9.494/10/9/97.

“(…)

‘É inadmissível a antecipação da tutela (CPC, art. 273) contra a Fazenda Pública, pois a própria sentença se sujeitará a reexame necessário, e, portanto, não se pode antecipar efeitos que ela não possui, e, além disto, há norma proibitiva explícita (art. 1º, § 4º, da Lei n. 5.021/66). 2. Agravo provido (TJRS, Agravo de Instrumento n. 596047464, 3ª Câm. Civ., rel. Desembargador Araken de Assis, j. em 2/5/96, DJRS, 27/9/96, pág. 19) (AI n. 96.008525-4, rel. o subscritor, j. 20/2/97)” (AI n. 97.011461-3, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Alcides Aguiar, j. 21/5/1998).

Importante frisar que tramita perante a Corte Suprema ação declaratória de constitucionalidade do art. 1º da Lei n. 9.494/97, em que o Excelentíssimo Senhor Ministro Sydney Sanches concedeu liminar, publicada no DJU em 21/5/1999, com efeito vinculante, suspendendo a concessão de tutela antecipada em face da Fazenda Pública.

Por outro lado, sendo o reexame necessário, em segunda instância (art. 475, CPC), uma condição de eficácia da sentença, seria despropo-

sitado permitir uma espécie de “execução provisória” de seu comando.

Ademais, há perigo de irreversibilidade da medida. A remuneração dos requeridos é considerada verba alimentar, de maneira que seria irremediável caso a demanda resultasse-lhes desfavorável. Por outro lado, a Fazenda Pública é solvente por excelência, de modo que o recebimento de verbas atrasadas estaria garantido de qualquer forma.

A alegação de manifesto propósito protelatório do réu não tem melhor fundamento. Como bem salientou o Magistrado em duas oportunidades distintas, “facultou-se” a reintegração imediata dos requerentes no quadro funcional do Município. O exercício regular de um direito, como o de revisão da decisão em segundo grau, que neste caso é inclusive obrigatória, não pode ser considerado manifesto propósito protelatório.

Por fim, verifica-se a inadequação do pedido em si. A sentença não condenou o Município a reintegrar os recorridos “em seus cargos”, mas sim, a reintegrá-los no “quadro funcional”, uma vez que os cargos foram extintos. A reintegração no quadro funcional não garantiria o imediato exercício do cargo, ficando os recorridos em uma espécie de “disponibilidade de funcionário não estável”, o que poderia agravar a situação do erário, pagando por servidores que não estariam trabalhando. Sendo assim, indefere-se o pedido de antecipação da tutela.

2.2. Passando à análise do mérito, por uma questão metodológica, convém apreciar-se os temas suscitados tipicamente.

Não diferentemente dos demais entes estatais, as administrações municipais têm se mostrado contumazes desrespeitadoras dos direitos dos servidores públicos. Na maioria das vezes, sob o argumento da “ingovernabilidade”, o Estado tem sido o maior violador das normas por ele próprio criadas, nas mais diversas áreas. Neste diapasão, afirmou Dalmo de Abreu Dallari:

“É tradicional e generalizada no Brasil a convicção de que as leis não precisam ser obedecidas sempre nem devem ser aplicadas com muito rigor, o que contrasta com algumas atitudes de exagerado legalismo” (O poder dos juízes, São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 3).

Demandas como a em tela surgem aos borbotões nos Fóruns de Justiça dos Estados. Ocorre que, apesar de semelhantes, tais demandas sempre mantêm sua individualidade, merecendo análise percuciente, sob pena de, na prestação jurisdicional “de massa” — a que muitas vezes se obrigam os órgãos julgadores, asoberbados — avalizarem-se ilegalidades, entregando-se aos cidadãos uma verdadeira “injustiça”.

2.2.1. No plano formal, a questão baliza-se no procedimento legislativo e sua conformidade com o ordenamento.

O projeto de lei que propôs a extinção dos cargos dos requerentes foi de iniciativa do alcaide, como deveria sê-lo. Foi ao Legislativo, onde instantaneamente foi aprovado. Sobre essa fase, o proficiente Dr. Roberto Lepper, julgador de primeira instância deste feito, ponderou:

“Descarto, de plano, o pedido de anulação do processo legislativo por não verificar quaisquer irregularidades ou vícios a contaminá-lo. O projeto de lei que propôs a extinção de cargos públicos da Administração Municipal, de autoria do Executivo, e acatado pelo Legislativo, apesar da celeridade empreendida em sua aprovação, é regular, assim como foi sua aprovação, realizada em duas sessões ordinárias” (fl. 294).

Acerca da validade do procedimento legislativo que culminou na edição da Lei Municipal n. 1.154/97, esta Câmara manifestou-se no Agravo de Instrumento n. 97.005617-6, deste Relator, das mesmas partes, concluindo:

“Cumprе salientar que a exoneração dos servidores ocorreu em razão da extinção dos cargos, determinada em função de projeto de lei, apresentada pelo Prefeito Municipal e, aprovado por unanimidade pela Câmara de Vereadores, com o intuito de conter as despesas do Município. Assim, o ato do agravado observou a formalidade exigida pelo art. 5º, VI, da Lei Orgânica do Município de Palma Sola.

“É oportuno lembrar que o simples fato de o projeto de lei ter sido aprovado pela Câmara de Vereadores no curto prazo de 24 horas não possui o condão de atribuir ilegalidade ao ato profligado. Se houve rapidez no trâmite legislativo, o que de fato ocorreu, tornou evidente, apenas, o bom relacionamento entre os representantes do Executivo e do Legislativo Municipal.

“Aliás, a falta desta mesma agilidade do parlamento é freqüentemente alvo de severas críticas da sociedade

de e dos meios de comunicação social, tanto no âmbito municipal, como estadual e federal”.

Tenha-se em mente, no entanto, que a análise, por ora, permanece em plano puramente formal. Tendo feito aquela colocação, acerca do procedimento, o MM. Juiz de Direito destacou que passaria a centrar-se no ato de exoneração dos requerentes e sua pertinência.

Daquele momento em diante, na mesma linha defendida pelo procurador dos apelados, o Magistrado enfatizou a impossibilidade de demissão arbitrária e imotivada durante o estágio probatório, afirmando, em consonância com a jurisprudência desta Corte (JC 48/58) que, em tais casos, ou tem por fundamento a extinção do cargo (STF, Súmula 22) ou deve lastrear-se em motivos e fatos concretos que revelem a inaptidão ou desídia do servidor ainda em estágio probatório, devendo tais fatos ser apurados pelos meios administrativos próprios (STF, Súmulas 20 e 21).

Apesar de correta a conclusão, a fundamentação invocada não tem pertinência com o caso concreto. De efeito os arestos colacionados — Ap. Cív. n. 97.000953-4 (Correia Pinto, Des. Anselmo Cerello), ACMS n. 5.321 (Mafra, Des. Eder Graf) e Ap. Cív. n. 88.077210-4 (Concórdia, Des. Eládio Torret Rocha), referem-se, todos, a exonerações que não foram motivadas pela extinção dos cargos públicos.

Em vista disso, os fundamentos em destaque mostram-se inadequados ao caso em tela, na medida em que é inarredável, na hipótese de extinção de cargo público, a desnecessi-

dade de procedimento administrativo para avaliar o perfil funcional do servidor em estágio probatório, dando-se o desligamento pela simples supressão do cargo.

Cabe agora uma digressão à jurisprudência acerca do tema:

“A exoneração de funcionários não estáveis, em virtude de extinção de cargos, não legitima a aplicação da Súmula 21, mas a observância da Súmula 22” (STF, RTJ 86/545).

“O estágio probatório não protege o ocupante de cargo público contra os efeitos da sua legítima extinção. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Representação n. 512, Recurso Extraordinário n. 48.655 e Súmula 22” (STF, RE n. 51.151, Min. Pedro Chaves).

“A exoneração de funcionários não estáveis, em virtude de extinção de cargos, não legitima a aplicação da Súmula 21, mas a observância da Súmula 22” (STF, RE n. 84.523, Min. Cordeiro Guerra, RTJ 86/545).

“Não encontra proteção o servidor público que esteja em estágio probatório e cujo cargo venha ser extinto, segundo preceitua a Súmula 22 do STF” (TJES, AC n. 030940004291, Des. Frederico Guilherme Pimentel).

E desta Corte, sublinhando a desnecessidade de procedimento administrativo prévio:

“Se a extinção do cargo se der no estágio probatório, poderá o estagiário ser exonerado de ofício, uma vez que ainda não tem estabilidade, e, portanto, não desfruta da prerrogativa constitucional da disponibilidade, consoante reiterada jurisprudência, ora cristalizada na Súmula 22 do STF”

(TJSC, ACMS n. 4.812 [88.070317-7], Seara, Des. Eládio Torret Rocha).

Na mesma senda, averbou a Terceira Câmara Civil, em aresto da lavra do eminente Des. Cláudio Barreto Dutra:

"...não comporta outro entendimento senão o de que apesar das demissões dispensarem o prévio procedimento administrativo ou judicial (relativo a questões afetas à problemática da capacidade, adequação ou disciplina do funcionário), o processo legislativo era, em tal caso, imprescindível" (TJSC, ACMS n. 98.008448-2, Xanxerê, Des. Cláudio Barreto Dutra).

Ainda da Jurisprudência Catarinense:

"Relativamente à extinção de cargos públicos, somente estão protegidos os servidores que já adquiriram a estabilidade, bem como assim os vitalícios inamovíveis; não, entretanto, aqueles servidores que, conquanto concursados, ainda se encontrem em estágio experimental e que, por não detentores de estabilidade, podem ser exonerados de ofício, posto não desfrutarem da prerrogativa constitucional da disponibilidade, como previsto no art. 41, § 3º, da Carta Política Nacional" (TJSC, ACMS n. 97.010397-2, Chapecó, Des. Trindade dos Santos).

No mesmo sentido a Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 8.850 (88.089976-7), de Urussanga, relatada pelo ilustre Des. Nilton Macedo Machado, que pontificou:

"O servidor em estágio probatório, porque não estável, não tem direito à disponibilidade; extinto o cargo, pode ser exonerado.

"(...)

"O servidor estável (aquele que cumpriu o estágio probatório de dois anos) tem como direito o instituto da disponibilidade remunerada a seguirá-lo na hipótese de extinção do cargo ou declaração de sua desnecessidade (não se extingue mas se o declara desnecessário, excedente). A disponibilidade, que surgiu com conotação punitiva, hoje é uma segurança, uma vantagem, decorrente da também garantia denominada estabilidade (vide Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 15ª ed., RT, pág. 377 e José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 9ª ed., Malheiros, pág. 591). Não se aplica, nem se estende, pois, ao servidor não estável, embora ocupante de cargo de provimento efetivo.

"Comentando o dispositivo leciona Celso Ribeiro Bastos:

'Cuida este parágrafo da disponibilidade. Esta é a situação em que fica o servidor estável no caso de o seu cargo ter sido extinto ou declarada a sua desnecessidade. Fica transitoriamente, precariamente, dispensada das suas funções, aguardando o momento em que a Administração possa aproveitá-lo em outro cargo. O servidor em estágio probatório não tem direito à disponibilidade. Diz a Súmula 22 do Supremo Tribunal Federal: 'O estágio probatório não protege o funcionário contra a extinção do cargo' (Comentários à Constituição do Brasil, 3º volume, tomo III, Ed. Saraiva, 1992, pág. 226).

"Diógenes Gasparini, ao comentar sobre os direitos dos servidores estáveis, segue na mesma linha de que a Constituição Federal abriga na norma somente o servidor estável,

não alcançando aqueles que estão em período de estágio, conforme enuncia o verbete 22 da própria Súmula do Supremo Tribunal Federal:

‘Destarte não faz jus a essa garantia qualquer outro servidor; nem mesmo o aprovado em concurso público para titularizar cargo de provimento efetivo em estágio probatório assegura-se tal direito. Com efeito, seria ilógico colocá-lo em disponibilidade, já que a inatividade, característica dessa situação, impede a correspondente e necessária avaliação na determinação da integração, ou não, do servidor ao serviço público. O estágio probatório não protege o servidor contra a extinção do cargo (Súmula 22 do STF) — e nós ampliamos — ou contra a declaração de sua desnecessidade ou, ainda, contra os efeitos da reintegração’ (Direito Administrativo, 4ª ed., 1995, pág. 158)” (TJSC, ACMS n. 5.850 (88.089976-7), Urussanga, Des. Nilton Macedo Machado).

Em sede doutrinária, segundo o magistério de Hely Lopes Meirelles de que emerge a premissa para o tema a seguir abordado, a disponibilidade:

“A extinção de cargos, funções ou empregos do Executivo pode ser feita por lei de sua iniciativa ou por ato próprio (CF, art. 84, XXV), removendo-se seus titulares para cargos, funções ou empregos equivalentes. Se se tratar de servidor estável, extinto o cargo, será ele colocado em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo (CF, art. 41, § 3º)” (Direito Administrativo Brasileiro, 23ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998, pág. 351).

A conclusão é inafastável: extinto o cargo público não pode o estável permanecer em disponibilidade, prerrogativa esta conferida apenas aos estáveis (CF, art. 41, § 3º). Nesse sentido, esta Corte já assentou:

“A modalidade de aproveitamento do não estável, em cargos semelhantes, importa em modalidade inconstitucional de provimento no serviço público, pois viabiliza, em última análise, a investidura do agente em cargo diverso daquele para o qual foi originariamente admitido” (TJSC, ACMS n. 97.010813-3, Maravilha, Des. César Abreu).

Desse modo, não seria possível a reintegração dos requerentes ao quadro funcional do município de Palma Sola, colocando-os em disponibilidade ou em outros cargos, eventualmente existentes, como alvitrou a douta sentença profligada.

Nesse quadrante, impunha-se a conclusão de que a extinção dos cargos, fundada em lei validamente aprovada, não asseguraria a manutenção dos servidores atingidos pela medida nos cargos respectivos.

Uma vez extintos cargos públicos, seus ocupantes, desde que estáveis, são colocados em disponibilidade remunerada. Não sendo estáveis, não há outro caminho que não seja o da exoneração. E não há necessidade de procedimento administrativo próprio para tal.

Diga-se que a justificativa formal para a exoneração dos impetrantes não precisaria ir além do “estrito cumprimento da Lei n. 1.154/97”.

2.2.2. Tal conclusão, no entanto, não tem o condão de convalidar os atos exoneratórios, pois, conforme se

demonstrará, foram praticados com evidente desvio de finalidade, e, portanto, com infringência ao princípio da moralidade, com foro constitucional (CRFB, art. 37).

Não há dúvida que ao juiz, ao prestar a jurisdição, incumbe perquirir acerca de eventual violação de tal princípio, pois deve dirigir o processo, como tem reiteradamente afirmado a moderna doutrina processual, como 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” (As normas constitucionais de acordo com a sua eficácia e aplicabilidade, do signatário, não publ.).

Inevitável que na atividade julgadora o magistrado faça valorações, “que não são as suas pessoais, mas as do ordenamento jurídico” (AJURIS 45/1989, Interpretação, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, pág.13).

Sobre o princípio da moralidade administrativa, Hely Lopes Meireles leciona:

“Não se trata — diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito — da ‘moral comum’, mas sim de uma ‘moral jurídica’, entendida como ‘o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração’. Desenvolvendo sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o bem do mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente sobre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o

inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de Direito e Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: non omne quod licet honestum est. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a ‘moral administrativa’ é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum” (op. cit., pág. 86).

Seguindo o mesmo rumo, o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar do tema, assentou:

“Segundo os cânones da lealdade e boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos” (Curso de Direito Administrativo, 4ª ed, São Paulo: Malheiros, 1993, págs. 59/60).

Tal princípio, como já dito, erigido à condição de preceito constitucional, é pressuposto de validade do ato administrativo (CF, art. 37, caput).

Uma das formas exteriorizadas do ato “administrativamente imoral” é aquela da prática do desvio de poder ou desvio de finalidade, que ocorre, consoante Hely: “quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse

público. O desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei, ou, por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal” (op. cit., pág. 98).

Mais adiante, assevera o ilustrado publicista:

“O ato praticado com desvio de finalidade — como todo ato ilícito ou imoral — ou é consumado às escondidas ou se apresenta disfarçado sob o capuz da legalidade e do interesse público” (op. cit., pág. 99).

Quando se prega a “responsabilidade social dos indivíduos no uso de seus direitos” privados (Dallari, op. cit., pág. 136), com mais razão se exige tal procedimento no setor público, comprometendo seus agentes com uma política de responsabilidade social no emprego da coisa pública. É a ética da responsabilidade, construída na vertente do pensamento weberiano.

No julgamento da Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 97.011875-9, de Urussanga, o eminente relator Des. Newton Trisotto faz alusão à sentença da Dra. Juíza Ana Lia Moura Lisboa, que reconheceu a caracterização de hipótese de desvio de finalidade da legislação editada, que tinha por fim precípua não a extinção de cargos desnecessários ao executivo municipal, mas sim a exoneração sumária de servidores prestes a alcançar a tão almejada estabilidade, não protegidos contra tão drástica medida.

Da douda sentença em epígrafe destaca-se ainda:

“In casu, ainda que se reconheça tenham os impetrados, ao enviar os projetos de lei que resultaram em legislações embaçadoras de extinção dos cargos ocupados pelos impetrantes e conseqüente exoneração destes, atuado nos limites de competência a si atribuídas, diante de autonomia administrativa garantida constitucionalmente aos executivos municipais. Resta inegável, entretanto, tenham tais atos restado praticados com fins diversos daqueles legalmente estabelecidos, vez geradores de situações que, seguramente, não encontram-se a atender o interesse público”.

E concluiu:

“A extinção de cargos ocupados por servidores devidamente concursados, já em seu exercício por período aproximado de dois anos e, portanto, com capacidade devidamente testada, em especial àqueles desenvolvidos em áreas essenciais para a sociedade, como a saúde e educação, para posterior realização de processo licitatório visando contratação de outros para exercício de idênticas funções, deixa claro que tais cargos todavia se faziam necessários à continuidade da prestação de serviços públicos, conduzindo, indubitavelmente, à convicção de ocorrência de desvio de finalidade capaz de invalidá-los”.

Sabe-se que o Legislativo Municipal pode extinguir cargos, declarando sua desnecessidade, nos termos da Constituição Federal. Nesse tocante “a legislação pátria deixa claro que nos casos em que a administração verificar a conveniência poderá, através de lei, extinguir os cargos pú-

blicos que entender desnecessários” (TJSC, ACMS n. 98.010912-4, São Miguel do Oeste, Des. Eder Graf).

No mandado de segurança em apreço destaca-se excerto do parecer do Órgão Ministerial de primeiro grau, sublinhando, com inteira pertinência ao caso sub judice:

“Sabe-se bem que a extinção de cargo demanda a produção de lei específica (art. 84, XXV, da CF). Superada esta fase formal, surgirá uma lacuna na estrutura administrativa, dada a supressão de um nicho ocupado por toda uma plêiade de servidores públicos. Vale dizer, ou estes serão exonerados (quando não tiverem adquirido estabilidade), ou serão colocados em disponibilidade (quando já forem estabilizados). O cargo, contudo, deixará de existir, por Razões de Estado que jamais poderão ser sindicadas (mérito administrativo), a não ser quando da hipótese de Desvio de finalidade/Abuso de poder” (grifamos).

E para que possa ser identificada o ato eivado de imoralidade, enumera Hely:

“Há que ser surpreendido e identificado por ‘indícios’ e ‘circunstâncias’ que revelem a distorção do fim legal, substituído habilidosamente por um fim ilegal ou imoral não desejado pelo legislador. A propósito, já decidiu o STF que: ‘Indícios vários e concordantes são prova’” (op. cit., pág. 99).

Ora, no caso vertente, como enunciou a douta sentença, a lei que extinguiu os cargos dos requerentes foi aprovada em menos de 24 horas, sob a motivação de “conter a sangria do erário, canalizada para o paga-

mento dos servidores, que absorvia fatia da receita do município de Palma Sola”, nas palavras do Juiz Dr. Roberto Lepper (fl. 296).

Foram extintos cargos públicos de inegável necessidade, ligados não só à área administrativa e de obras, mas também à de educação e fiscal. A alegada “conveniência” administrativa teve nítida matiz política, tanto que todos os cargos extintos eram ocupados por servidores filiados ao Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), que fazia oposição ao prefeito da época. Nesta vertente, destaque-se que três testemunhas que prestaram depoimentos aparentemente sinceros em Juízo, conforme avaliação do próprio Magistrado, afirmaram categoricamente que as exonerações tiveram motivação nitidamente partidária.

Como evidência do desvio de finalidade, basta observar que, na seqüência, o alcaide contratou, por meio de contrato temporário, e com teste seletivo, dezenas de outras pessoas, em flagrante contradição com a motivação da Lei n. 1.154/97.

Tal procedimento, aliás, foi objeto de investigação pelo Tribunal de Contas do Estado, que, em auditoria intentada — Relatório de Reinstrução n. 003/98, datado de 21/1/1998 (fls. 358/399), concluiu:

“Do exposto e, consubstanciado no exame in loco realizado em 27 a 29/5/98, entende a Diretoria Especial de Auditoria e Serviços — DEA que possa este Tribunal conhecer o presente Relatório propugnando-se pelas seguintes recomendações:

“a) Aplicar multa ao Sr. Selito Pedro Tres, Ordenador primário de

1997, em razão da prática de atos administrativos com infração a normas legais ou regulamentares, de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial:

“a.1) pela ausência de motivação nos atos administrativos que resultaram na declaração de desnecessidade e conseqüente extinção de cargos públicos, importando na demissão ilegal de 36 (trinta e seis) servidores públicos concursados (item I do presente Relatório);

“a.2) pela contratação temporária de servidores públicos, com base em diploma legal genérico e ineficaz, o qual não atende à exigência constitucional federal insculpida no art. 37, IX (item 4)”.

Sobre expediente da mesma natureza, utilizado por outro alcaide, o eminente Des. Nilton Macedo Machado asseverou:

“Claro que as ‘contratações’ dos dois últimos foi abusiva, imoral e pode-se até dizer inconstitucional (moralidade e impessoalidade), porque se dois foram exonerados porque os cargos foram extintos, por evidente que não havia necessidade urgente de contratações para a mesma função de dois outros nomes um mês depois.

“Mas tais contratações devem ser analisadas em procedimento próprio (não se postula, aqui, suas rescisões ou anulações, mesmo porque haveria litisconsorte necessário), com encaminhamento de cópia do processado ao Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral de Justiça para exame sobre a possibilidade de o prefeito ter cometido o crime previsto no art. 1º, inciso XIII, do Decreto-Lei n. 201/67, aqui em face da demonstrada falta de

urgência e desnecessidade derivada da extinção dos cargos um mês antes”.

Clara está a imoralidade de demitir uns (concursados) para contratar outros em seguida (não concursados), apesar da questão relativa às segundas contratações deva ser objeto de discussão em outra sede.

Nessa esteira, não pode haver burla às garantias concedidas pelo ordenamento jurídico aos servidores públicos, nem a temida invasão do Judiciário na esfera de competência do Executivo ou Legislativo. Com efeito, não tem o Judiciário o poder de interferir na área dos motivos quando ele não vincula o ato e quando o ato é efeito do poder discricionário que se traduz na execução de um programa de economia do município pela aplicação de leis econômicas e administrativas, pelas quais se pretende a diminuição das despesas pelo alcance da melhor produtividade nos custos médio e marginal.

Na mesma esteira:

“Consabido que os quadros de pessoal da Administração Pública são criados e organizados visando a atender a necessidade específica da comunidade na prestação de serviços públicos. Havendo alteração dessa necessidade, cargos podem ser criados e extintos, matéria restrita à conveniência e oportunidade da Administração.

“Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ‘o interesse público é a única razão na existência de um cargo público; vale dizer, deixando de existir tal interesse, não há motivos para mantê-lo’ (Curso de Direito Adminis-

trativo, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, pág. 212).

“Assim, dentro do sistema constitucional (art. 41, § 3º, CF/88) ‘extingue-se o cargo que se mostrar definitivamente dispensável, supérfluo, inconveniente à finalidade pública, e declara-se desnecessário o cargo que se apresentar nessas condições, apenas temporariamente, com perspectivas de recobrar sua finalidade após o decurso de determinado lapso de tempo’ (Célia Cunha Mello, Extinção e declaração de desnecessidade de cargo público, Boletim de Direito Administrativo, 07, SP, j. 1995, vol.11, pág. 385)” (TJSC, ACMS n. 97.010813-3, de Maravilha, Des. Cesar Abreu).

Tal procedimento, no entanto, foi olvidado. Sem adentrar no mérito administrativo propriamente dito, nenhum cuidado tomaram as autoridades envolvidas em demonstrar a desnecessidade dos cargos em questão, tanto é que muitas das pessoas contratadas posteriormente vieram a ocupar cargos semelhantes, o que constitui forte indício de que, na prática, trocou-se mesmo o “concursado de oposição pelo temporário da situação”.

Chegou-se então ao termo fixado pelo Supremo Tribunal Federal (in Hely Lopes Meirelles, op. cit., pág. 99), para afirmar que “indícios vários e concordantes são prova” de que houve, realmente, desvio de finalidade no ato administrativo objurgado, desde o envio do Projeto de Lei n. 009/97, passando pela aprovação “agilizada” da Lei n. 1.154/97 e culminando com a exoneração dos requerentes/apelados.

É bem verdade que “os atos legislativos, ou seja, as leis propriamente ditas (normas em sentido formal e material), não ficam sujeitos à anulação judicial pelos meios processuais comuns, mas sim pela via especial da ação direta de inconstitucionalidade, tanto para a lei em tese como para os demais atos normativos. E assim é porque a lei em tese e os atos normativos, enquanto regras gerais e abstratas, não atingem os direitos individuais e permanecem inatacáveis por ações ordinárias ou, mesmo, por mandado de segurança” (Hely, op. cit., pág. 614).

Ocorre que no caso sub examine, o ato legislativo não tem as características comuns de generalidade e abstração, sendo o que se pode chamar de lei de efeito concreto, passível da anulação pela via ordinária. Cita-se:

“As leis e decretos de efeitos concretos, entretanto, podem ser invalidados em procedimentos comuns, em mandado de segurança ou em ação popular, porque já trazem em si os resultados administrativos objetivados. Não são atos normativos gerais, mas, sim, deliberações individualizadas revestindo a forma anômala de lei ou decreto” (Hely, op. cit., pág. 615).

No mesmo sentido, a Professora Maria Sílvia Zanella Di Pietro:

“Nos casos concretos, poderá o Poder Judiciário apreciar a legalidade ou constitucionalidade dos atos normativos do Poder Executivo, mas a decisão produzirá efeitos apenas entre as partes)” (Direito administrativo, 8ª ed, São Paulo: Atlas, 1997, pág. 493).

A ilustre jurista traz exemplos vários, alguns semelhantes ao ora em apreciação: leis que extinguem vantagens de servidores públicos, decretos de nomeação etc.

Assim, dado o reconhecido desvio de finalidade, o ato normativo revestiu-se de inegável concreção, atingindo em cheio e de imediato os direitos individuais dos requerentes/apelados, eis porque pode ser anulado, considerado em conjunto com os demais atos (envio do projeto de lei e exonerações posteriores), concebidos como um todo, em um ato administrativo complexo irremediavelmente maculado pela imoralidade, pelo desvio de finalidade, pelo abuso de poder.

Sobre o convencimento acerca do desvio de finalidade, Enrique Sa-yagués Laso, em seu Tratado de Derecho Administrativo (Montevideu, 1953, I/457), observa:

“No pueden establecerse reglas generales sobre cuales circunstancias o detalles dan base para afirmar que existe desviación de poder. Pero, indudablemente, uno de los más característicos es la inexactitud o discordancia de los motivos que aparentemente justifican el acto” (apud Hely Lopes Meirelles, op. cit., pág. 97).

Sendo essência de validade do ato administrativo, o desvio de finalidade o nulifica, nesta hipótese específica, não por ilegalidade, mas por ilegitimidade, na diferenciação feita por Hely (op. cit., pág. 187):

“O conceito de ilegalidade ou ilegitimidade, para fins de anulação do ato administrativo, não se restringe somente à violação frontal da lei.

Abrange não só a clara infringência do texto legal como, também, o abuso, por excesso ou desvio de poder, ou por rejeição dos princípios gerais do Direito”.

A reintegração dos apelados traz como consequência o pagamento integral dos vencimentos e vantagens do tempo em que estiveram afastados, uma vez reconhecida judicialmente a ilegalidade da demissão. Nesse sentido:

“Reconhecida a nulidade, o servidor é reintegrado, com o pagamento, a partir da impetração, dos vencimentos a que teria direito, porque ‘reintegração, sem ressarcimento, é mera readmissão’ (REsp n. 5.955-0/SP, DJU 21/9/92)” (TJSC, ACMS n. 4.390, Concórdia, rel. Des. Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho).

Salienta-se, porém, que no caso epigrafado, tratava-se de mandado de segurança, que, por não se confundir com ação de cobrança, não abrange os vencimentos anteriores à impetração. Neste caso, por tratar-se de pedido cumulado de natureza indenizatória, as verbas são devidas integralmente.

Reconhecida e declarada a nulidade do ato, o pronunciamento de validade opera ex tunc. Sobreleva tal asserção diante do fato de que os autores já seriam estáveis. Assim, sua reintegração no quadro funcional será na qualidade de servidores em disponibilidade até que sejam remanejados para outros cargos.

Como o tempo para a estabilização era pouco, e até aquele momento, conforme apurado, não tinham sido sequer advertidos uma única vez, não seria uma derradeira e solitária

avaliação final que os afastaria do serviço público, como a jurisprudência já assentou:

“E, como procedimento avaliatório regular e válido, não se pode confundir uma única avaliação, pouco explícita acerca de seu conteúdo e realizada, de modo açodado, alguns meses antes de se encerrar o inter-regno experimental” (TJSC, ACMS n. 96.0047262-8, São Francisco do Sul, rel. Des. Trindade dos Santos).

“Todavia, é necessário um procedimento mínimo que possibilite o contraditório, e que, em todas as suas fases, esteja ultimado antes do decurso do prazo assinado por lei para aquisição da estabilidade” (TJSC, ACMS n. 5.072, Cunha Porã, do signatário).

3. Nesse contexto, o recurso é desprovido, mantida a conclusão sentencial, embora com fundamentos diversos.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos e Solon d’Eça Neves. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Meideiros.

Florianópolis, 24 de abril de 2000.

Alcides Aguiar,
Presidente para o acórdão;
Pedro Manoel Abreu,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.012208-2, DA CAPITAL

Relator: Des. Trindade dos Santos

Indenização — Assalto a estabelecimento bancário — Vítima acometida de paraplegia — Falta de segurança — Negligência comprovada — Obrigação reparatória indeclinável — Culpa exclusiva da lesada — Argumento repelido — Interrupção do nexo causal — Inocorrência — Danos morais e estéticos — Cumulação — Admissibilidade — Decisum incensurável — Insurgência apelatória desatendida.

Inafastável é a responsabilidade indenizatória de instituição bancária pelos danos causados a cliente, em razão de assalto em agência sua, responsabilidade essa que se torna ainda mais incisiva quando, em total desrespeito à sua clientela e às exigências legais pertinentes, não mantinha ela qualquer segurança, por mínima que fosse, para assegurar a incolumidade dos usuários do estabelecimento assaltado.

A culpa exclusiva da vítima, inarredável é, exclui a responsabilidade civil do causador direto ou indireto dos danos por ela sofridos. Constitui-se, entretanto, verdadeira heresia jurídica pretender o estabelecimento financeiro, como forma de ver abstraída a culpabilidade decorrente da sua negligência com a segurança de seus clientes, impor à cliente vitimada em assalto ocorrido na agência em que estava, em virtude de haver ela, num ato de bravura e coragem, tentado evitar, no calor dos fatos, uma tragédia ainda maior.

Não há rompimento do nexo causal essencial à caracterização da responsabilidade indenizatória, quando, embora tenha a autora sofrido os danos físicos irremediáveis que lhe foram causados já fora da agência bancária assaltada, esses danos foram ocasionados na seqüência dos acontecimentos desenrolados no interior do estabelecimento de crédito, numa perfeita continuidade de ações criminosas interligadas.

Danos morais e estéticos são perfeitamente cumuláveis entre si. Os danos morais alcançam valores notadamente ideais, ligando-se a um sentimento íntimo de dor e de desespero, diante de fatos que impingem-lhe essas conseqüências. Enquanto isso, o dano estético implica na alteração do aspecto morfológico do indivíduo, acarretando-lhe, de regra, deformidades, deformações ou lesões desgastantes, com repercussão ou não sobre a capacidade laboral.

Coexistem, inegavelmente, as suas espécies de dano, autorizatórias de indenizações autônomas, quando a vítima de assalto à agência bancária, da qual era cliente, vê-se portadora de paraplegia, perdendo completamente a sua capacidade de trabalho, situação essa que, da mesma forma, refletindo-se sobre a sua esfera psíquica, gera-lhe dor íntima decorrente de seu atrelamento, ad eternum, a uma cadeira de rodas, espelhando, concomitantemente, danos estéticos, em razão da própria lesão física deformante que passou a acometê-la.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.012208-2, da comarca da Capital (2ª Vara Cível e Registro Público), em que é apelante Banco Bamerindus do Brasil S.A., sendo apelada Merina Livramento:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao apelo.

Custas ex lege.

I — Relatório

Merina Livramento aforou, contra o Banco Bamerindus S.A., ação de indenização, argumentando, em linhas gerais e de início, ter sido uma das principais vítimas do assalto ocorrido no dia 1º de março de 1990, às 15h55min, na agência de Canasvieiras da instituição financeira demandada.

Relatou a autora que, na data em referência, época de temporada de veraneio, dirigiu-se à pequena agência, que estava lotada, com aproximadamente cinqüenta clientes, para verificar o andamento de sua conta corrente, aguardando sua vez de atendimento na fila.

De forma súbita, por volta das 15h55min, três homens armados ingressaram naquela agência bancária, gritando tratar-se de um assalto, ficando outros dois assaltantes fora do banco; rendidos os funcionários, um dos ladrões dirigiu-se ao cofre forte, enquanto os demais permaneceram ameaçando os clientes com as armas de fogo que portavam, tornando o ambiente tenso.

Decorridos poucos minutos do início do assalto, duas senhoras, desconhecendo o que se passava, entraram na agência e, ao serem dominadas pelo assaltante que estava na porta, descontrolaram-se, provocando grande tumulto. Neste momento, um policial civil, armado, que casualmente se encontrava à paisana no banco, aproveitando-se da intranquilidade dos criminosos, atacou um deles em luta corporal que, em seguida, converteu-se em tiroteio, oportunidade em que todas as pessoas, inclusive a de-

mandante, correram para tentar sair ilesas do estabelecimento.

Ocorre que, no tiroteio, a autora e um turista argentino foram feridos, este fatalmente. A requerente foi ferida pelo projétil de uma pistola 7,65mm, que lhe acertou abaixo do ombro esquerdo, perfurando seu pulmão e atingindo sete vértebras da coluna.

No instante do disparo, percebeu a postulante que não sentia mais suas pernas, fingindo-se, então, de morta até a fuga dos ladrões. Após, foi encaminhada ao Hospital Universitário e, na seqüência, transferida para o Hospital Celso Ramos, onde permaneceu na UTI por 2 (dois) dias e internada por mais 26 (vinte e seis) dias; recebida a alta hospitalar veio a saber que, em decorrência do tiro que levou, havia ficado paraplégica.

Informou que, à época dos fatos, contava com 36 anos, era casada, tinha três filhas de tenra idade, sendo proprietária de um salão de beleza, com uma clientela fiel e tradicional, o que lhe proporcionava rendimentos mensais de aproximadamente R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Após o ilícito, seu marido abandonou-a para viver com a enfermeira que havia sido contratada para cuidar dela, morando, agora, sozinha, presa a uma cadeira de rodas, sendo mantida por parentes, pois está definitivamente impossibilitada de trabalhar.

Sustentou que, além dos problemas típicos da paraplegia, perdeu o total controle sobre suas funções fisiológicas, tendo que usar, presa à cadeira de rodas, uma bolsa para onde é expelida a urina, o que a afasta do convívio social por temer que tal situa-

ção cause desconforto às outras pessoas.

Discorreu, no arremate, acerca da desconsideração das instituições financeiras em relação à segurança de seus clientes, asseverando, outrossim, que o caso aqui narrado foi usado em uma campanha promovida pelo Sindicato dos Bancários, veiculada em rádios, jornais e outdoors, por todo o Estado, pugnando pela segurança bancária.

No arremate, postulou a condenação da instituição financeira demandada ao ressarcimento de danos morais, estes arbitrados em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), de danos estéticos, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), além de uma pensão mensal correspondente à redução total de sua capacidade laboral, com fundamento no art. 1.539 do Código Civil, vigorante desde a data do acidente até à sua autora, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), acrescidos os respectivos valores de correção monetária até o dia do efetivo pagamento e de juros moratórios desde a data do evento.

Na contestação que formulou, a entidade bancária demandada, após reproduzir as declarações prestadas pela autora no inquérito policial que instruiu o processo criminal a que respondem os assaltantes, alegou que a requerente, por sua livre e espontânea vontade, tomou atitudes temerárias e imprudentes, agindo com grave culpa.

Aduziu, na continuidade, que, após o tumulto provocado pela entrada das duas senhoras na agência bancária, no meio do assalto, a postulante dirigiu-se até uma mesa, pegou

uma garrafa de água mineral de vidro e atirou-a contra a porta de entrada do estabelecimento, produzindo ruídos que chamaram a atenção do assaltante que lá se encontrava, deixando-o preocupado e assustado, ao passo que os clientes estavam em silêncio e calmos.

Alegou que, provavelmente, em virtude do desvio da atenção provocado pelo ato da requerente, o policial civil à paisana atacou um dos ladrões em luta corporal, contando com a ajuda da autora que, na tentativa de desarmá-lo, agarrou o bandido pelo pescoço, iniciando-se, então, o tiroteio.

Informou que, com os disparos, os clientes abriram a porta e fugiram da agência; porém a autora, em vez de se retirar das proximidades do local, ao ver um assaltante sendo imobilizado por um dos clientes e percebendo que a sua escopeta estava no chão, colocou o pé sobre esta, visando a neutralizar o ladrão, quando outro dos facinoras, observando a cena, dirigiu-se até ela e, não conseguindo acertá-la com um chute, atirou, atingindo-a.

Argumentou que, se alguma responsabilidade recaí sobre os estabelecimentos bancários pelo que acontece às pessoas presentes no recinto das respectivas agências, essa responsabilidade, na hipótese sob tratativa, cessou no momento em que a autora evadiu-se da agência do contestante e atingiu a via pública.

Impugnou os valores postulados a título de dano moral e de dano estético, bem como os referentes à pensão mensal, pugnando pela exibição dos livros contábeis da atividade comercial da demandante e das de-

clarações de rendimentos pessoais e profissionais apresentadas à Secretaria da Receita Federal para pagamento de imposto de renda.

A autora manifestou-se sobre a contestação às fls. 39 e 40.

Realizada a audiência de conciliação, vãs as tentativas de composição entre os litigantes, foi deferida a produção da prova pericial requerida pela autora, com as partes, na seqüência, formulando os quesitos.

Em audiência de instrução e julgamento, foi tomado o depoimento pessoal da requerente e ouvidas duas testemunhas por ela indicadas, tendo o procurador da demandante desistido da produção da prova pericial e o procurador do demandado da produção de prova testemunhal.

A entidade bancária requerida peticionou às fls. 70 e 71, postulando pela suspensão do feito enquanto durasse a liquidação extrajudicial do Banco Bamerindus do Brasil S.A., conforme estabelecido no art. 18 da Lei n. 6.024/74.

Após, os litigantes produziram alegações finais por memoriais, reiterando os argumentos constantes da peça póstica e da contestação ofertada.

Entregando a tutela jurisdicional, o MM. Juiz de Direito a quo, albergando o entendimento de que o estabelecimento bancário não possuía quaisquer medidas preventivas que objetivassem a segurança de seus clientes, julgou parcialmente procedente o pedido de indenização, condenando o réu ao pagamento, numa só vez, das importâncias de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) a título de danos morais e R\$ 800.000,00 (oitocentos

mil reais) a título de danos estéticos, bem como a uma pensão mensal de R\$ 500,00 (quinhentos reais), todos os valores acrescidos de juros e correção monetária. No tocante à pensão mensal, os valores deverão ser reajustados conforme o índice de aumento do salário mínimo vigente à época dos respectivos pagamentos. Condenou o requerido, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor da condenação. Visando ao cumprimento integral das obrigações estabelecidas, determinou que o réu constituísse um capital, cuja renda assegurasse o seu cabal cumprimento, conforme o art. 602 e §§ do CPC.

Inconformada com o decísum exarado, apelou a instituição financeira demandada, repisando os argumentos expendidos na peça contestatória, sustentando que, “ao atirar a garrafa de água na porta de vidro do Banco”, “segurar pelo pescoço um dos assaltantes” e depois, já na rua, “colocar o pé sobre uma escopeta para frustrar a fuga dos criminosos”, a autora agiu de maneira extremamente temerária e imprudente, caracterizando sua culpa exclusiva no resultado lesivo.

Asseverou, ademais, que o nexo de causalidade restou rompido a partir do instante em que a apelada ganhou a via pública, haja vista que a responsabilidade dos estabelecimentos bancários, em hipóteses de furto ou roubo, limita-se apenas ao que ocorre no interior da agência.

Insurgiu-se, ainda, contra a condenação ao ressarcimento de dano moral e dano estético, argumentan-

do que o dano estético subsome-se no dano moral.

O apelo foi respondido pela recorrida.

II — Voto

Improsperável afigura-se a insurgência recursalmente articulada pela instituição financeira demandada, pois, irrefutavelmente, irrepreensível faz-se o duto provimento jurisdicional emitido.

Extrata-se dos autos que a apelada, cliente da entidade bancária insurgente, encontrava-se no interior da agência Bamerindus de Canasvieiras, quando uma quadrilha de assaltantes de bancos lá adentrou, causando pânico entre os presentes, culminando com a morte de um turista argentino e com a produção de lesões na recorrida, culminando com a sua redução a uma situação de paraplegia.

Como fundamento basilar da proposição reparatória que aforou, imputou a postulante a culpa exclusiva da instituição financeira pelos danos físicos e morais que lhe foram acarretados, caracterizada essa culpa pelo não oferecimento, pela demandada, de um mínimo da segurança necessária aos seus clientes.

Contraopondo-se a esse argumento, o recorrente acentua, objetivando a reversão do julgado monocrático, que a culpa para o evento há de ser atribuída exclusivamente à própria autora, por ter ela agido de forma temerária e imprudente ao tentar frustrar a fuga dos ladrões, asseverando, de outro lado, o rompimento do nexo de causalidade, por ter a recorrida si-

do baleada fora da agência bancária, argumentando, para tanto, que a responsabilidade dos bancos, em hipóteses de assaltos, restringe-se aos danos que sobrevêm no recinto do estabelecimento financeiro.

Sustentou, por fim, que o dano moral não pode ser cobrado conjuntamente com o dano estético, posto que tal contraria o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, de que o dano estético subsome-se no dano moral.

Para uma melhor compreensão da matéria recursalmente enfocada, de mister que se examine destacadamente cada um dos itens combatidos pela entidade bancária apelante.

Vejamos, então:

a) Culpa exclusiva da vítima

Proclama a instituição financeira insurgente, como forma eximatória da responsabilidade que lhe foi atribuída pelo Decisor Monocrático, ter o evento danoso ocorrido por culpa exclusiva da apelada, uma vez que esta se comportou de modo temerário e imprudente durante o assalto ocorrido na sua agência de Canasvieiras.

Colhe-se do depoimento prestado pela autora (fls. 65 a 67):

“...Que após ter levado as filhas na escola do centro, a informante entrou na fila do Bamerindus de Canasvieiras para fazer alguns depósitos; que a informante notou que o estabelecimento bancário estava sem segurança; que o estabelecimento estava cheio de gente; que a informante era a quinta ou sexta pessoa da fila para ser atendida; que de repente a informante notou que uma pessoa entrou no banco e fechou a porta; que essa pessoa

disse que era um assalto e que se todo mundo ficasse quieto, nada iria acontecer; que o pessoal que estava dentro do banco começou a rir, pensando ser brincadeira; que a informante foi das primeiras pessoas a observar que se tratava de assalto pela expressão dos caixas; que a porta estava encostada, quando duas moças quiseram abrir e os assaltantes deixaram elas entrar; que quando essas moças perceberam que era assalto, entraram em desespero e pediram para sair; que eram três os assaltantes; que um dos assaltantes estava com a arma apontada e a informante entrou em desespero e queria sair; que a informante pegou uma garrafa e jogou no vidro; que a garrafa quebrou, mas o vidro não e depois disso ficou um silêncio e todo mundo parado; que um soldado reformado tentou tirar a arma do assaltante; que a informante foi ajudar o soldado para fazer com que o assaltante ficasse sem arma; que enquanto a informante segurava o pescoço do assaltante para o soldado tirar a arma, começaram os tiros; que uma pessoa que estava para ser atendida no banco desferiu um tiro no argentino; que logo em seguida vieram vários tiros; que o soldado conseguiu retirar o revólver; que quando começaram os tiros estava todo mundo querendo sair do banco, inclusive a informante; que a informante já estava fora da sala de atendimento do banco quando recebeu o tiro de um dos assaltantes...”.

Entretanto, pondere-se, a culpa exclusiva da vítima evidencia-se quando o causador direto do dano é utilizado apenas como um meio, com o evento danoso derivando, única e exclusivamente, do comportamento

culposo ou doloso da própria parte lesada, erradicado, em tal hipótese, o liame de causalidade entre o ato do agente e o prejuízo sofrido.

Sobre o assunto ensina o preclaro Silvio Rodrigues:

“Com efeito, no caso de culpa exclusiva da vítima, o agente que causa diretamente o dano é apenas um instrumento do acidente, não se podendo, realmente, falar em liame de causalidade entre seu ato e o prejuízo por aquela experimentado.

“(…)”

“Podem ser configurados muitos outros casos em que a mão que fe-re constitui mero instrumento, pois o evento decorre apenas do comportamento da vítima. Assim, se esta foi atropelada ao atravessar, embriagada, uma estrada de alta velocidade, é inescandível o fato de que o doloroso evento derivou de sua exclusiva culpa, não se podendo atribuir senão a ela a responsabilidade pelo ocorrido. Impossível falar em relação de causa e efeito entre o ato do motorista e o falecimento da vítima. A mesma reflexão se aplica ao caso de comportamento doloso desta. Se a vítima, querendo suicidar-se, lançou-se sob as rodas do veículo, sua é toda a culpa pelos ferimentos que experimentou e decerto será vencida na ação de responsabilidade que eventualmente intentar” (Direito Civil — Responsabilidade Civil, 14ª ed. atual., Saraiva, 1995, vol. 4, págs. 163 e 164).

Assim, consoante a ensinança da douta Maria Helena Diniz:

“Não haverá esse nexó se o evento se der:

"a) Por culpa exclusiva da vítima, caso em que se exclui qualquer responsabilidade do causador do dano. A vítima deverá arcar com todos os prejuízos, pois o agente que causou o dano é apenas um instrumento do acidente, não se podendo falar de nexo de causalidade entre a sua ação e a lesão (RT 440/74, 563/146)" (Curso de Direito Civil, Saraiva, 1994, 7ª ed., pág. 778).

In casu, porém, não há como se cogitar de culpa exclusiva da recorrida!

Ora, o fato de ter ela agido do modo que agiu, tentando, de alguma forma, evitar tragédia ainda maior, não configura sua culpa; ao contrário, demonstra ato de coragem e bravura, ato esse que poderia ter-se tornado heróico se a fatalidade não houvesse ocorrido.

Demais disso, no quadro tenso a que estava exposta a apelada, como poderíamos afirmar que a sua conduta não foi moderada, comedida ou cautelosa?

Num panorama de pânico e desespero, como o presenciado pelas pessoas que se encontravam no interior da entidade bancária assaltada, não há como estabelecer que este ou aquele comportamento é o padrão exigido ao homo medius, ou que essa ou aquela conduta tem de ser adotada, eis que, conforme as notícias diariamente repassadas pelos meios de comunicação, as reações das vítimas de roubos são diversas: há as que se desesperam, as que reagem e as que entram em estado de choque e ficam paralisadas.

De outro lado, não é ignorado que as atividades exercidas pelos

bancos, devido aos riscos que lhes são inerentes, exigem o dever indeclinável de proporcionarem segurança aos seus usuários e funcionários.

Da análise dos autos, percebe-se que, todavia, a agência assaltada não estava equipada com o mínimo de segurança exigida pela Lei n. 7.102/83, norma essa que, ao tempo do evento sub judice, impunha aos estabelecimentos bancários a obrigação de manter um sistema de segurança aprovado pelo Banco Central do Brasil.

O art. 2º da referida Lei é enfático ao dispor:

"O sistema de segurança referido no artigo anterior inclui pessoas adequadamente preparadas, assim chamadas vigilantes; alarme capaz de permitir, com segurança, comunicação entre o estabelecimento financeiro e outro da mesma instituição, empresa de vigilância ou órgão policial mais próximo; e, pelo menos, mais um dos seguintes dispositivos:

"I — equipamentos elétricos, eletrônicos e de filmagens que possibilitem a identificação dos assaltantes;

"II — artefatos que retardem a ação dos criminosos, permitindo sua perseguição, identificação ou captura; e

"III — cabina blindada com permanência ininterrupta de vigilante durante o expediente para o público e enquanto houver movimentação de numerário no interior do estabelecimento".

Contudo, ausenta-se dos autos qualquer prova, por mais frágil que seja, de que a agência do Banco Bamerindus de Canasvieiras estivesse

provida de alarme transmissor de comunicação entre o estabelecimento e o órgão policial mais próximo e muito menos de vigilantes especializados; ao contrário, segundo a própria vítima, notou ela “que o estabelecimento bancário estava sem segurança”.

Inegavelmente, o fato delituoso foi praticado em agência bancária do demandado e era perfeitamente previsível, vez que, mesmo na época da ocorrência, eram já comuns os assaltos às instituições financeiras, para a subtração de valores guardados em seus cofres fortes.

Nessa contingência, dúvidas não pairam de que a negligência da própria instituição bancária apelante, resultante da falta de segurança adequada, negligência essa informada, essencialmente, pela falta de funcionários preparados e treinados para enfrentar situações desse jaez, o que fazia-se vital para quem, como a casa de crédito acionada, guarda valores próprios e alheios, propiciando com isso a atividade da quadrilha assaltante, estando, assim, plenamente caracterizada a sua culpa pelo evento danoso ocasionado à apelada, evento esse que poderia ter sido evitado, caso fossem tomadas as cautelas mais elementares que se faziam necessárias.

Mas é sempre assim!

De regra, a triste realidade é que as instituições bancárias, pelo menos algumas delas, não se importavam há alguns anos com a segurança de seus clientes, vistos esses apenas como uma fonte propulsora do crescimento do comércio financeiro e da incrementação dos lucros cada vez mais altos, ou então sujeitos passivos

de expoliações obtidas pelos financiamentos nos quais eram embutidas cláusulas que, em sua grande maioria, nada mais significavam do que um verdadeiro estelionato legalizado.

A segurança da clientela ficava por conta dos designios da sorte ou, talvez, a cargo simplesmente do anjo da guarda de cada um.

Afinal, é muito mais fácil, como no caso, não dar a menor assistência financeira à vítima de um assalto bancário, pois que essa assistência, ainda que parca ou medíocre, poderia implicar na diminuição, ainda que mínima, de lucros estratosféricos.

E o que pode significar, em tal hipótese, uma simples paraplegia acarretada em uma cliente com poucos recursos financeiros e que, por isso mesmo, não tinha condições de movimentar somas monetárias astronômicas.

É triste, é desumano, mas é um quadro real que vivenciamos neste país chamado Brasil, onde o ser humano é sempre postergado na sua essência, nas suas condições fundamentais de cidadão, em favor dos interesses simplesmente materiais!

A respeito da responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários em virtude de furto e roubo, leciona Vilson Rodrigues Alves:

“Se, de hipótese, ocorre assalto nas dependências do estabelecimento bancário, por exemplo no interior do recinto em que esteja situado o caixa, no ato de conferência do dinheiro a ser entregue ao beneficiário, cliente ou não, o banco responde civilmente e tem de reparar ao lesado o déficit causado pelo ato ilícito alheio.

"Insere-se aqui o dever de manter a segurança, inclusa a garantia da segurança do cliente no interior da agência.

"Há esse dever porque, de um lado, os clientes correm esse risco sem nada auferirem de lucro e, de outro, os bancos auferem esse lucro, devendo por isso mesmo assumir a responsabilidade pela culpa de seus prepostos.

"Há falha no sistema dessa segurança, porque esses, encarregados de efetuar-la, não efetivaram o conteúdo desse dever e propiciaram a lesão.

"Nesse particular, não se poderia eficazmente cogitar do furto ou do roubo como hipótese casuística de força maior, em face da previsibilidade.

"Tanto era previsível a possibilidade do ato ilícito, que o estabelecimento bancário contratara prepostos para a prestação dessa segurança.

"Responde, então, pela culpa deles no exercício dessa atividade, transubjetivamente.

"Essa culpa revela-se na modalidade consistente em negligência ou mesmo em imperícia.

"Além de não ser dado invocar-se essa causa pré-excludente da indenizabilidade, é de observar que os estabelecimentos bancários têm como um dos atrativos a garantia de segurança à esfera jurídico-patrimonial dos clientes. Decerto que nenhuma seria essa confiança se, sem mais, pudessem alegar o roubo como fator de exclusão de sua responsabilidade, a pretexto de configurar hipótese casuística de força maior" (Responsabilidade Civil dos Estabelecimentos

Bancários, vol. I, 2ª ed. rev. e ampl., Campinas: Bookseller, 1999, pág. 215).

Enfrentando o problema têm dito os Tribunais Pátrios:

"Indenização. Responsabilidade civil — Culpa de estabelecimento bancário, em cujo interior foi assaltado um cliente — Dinheiro roubado, quando por este conferido em frente a um dos caixas — Negligência consistente no não acionamento de dispositivos de segurança — Ação procedente" (RJTJSP 43/86).

E do corpo do acórdão colhe-se:

"Sendo, nos tempos que correm, diárias as notícias de assaltos e furtos, de preferência em estabelecimentos bancários — é inquestionável que a segurança ao público, dentro desses estabelecimentos, deve ser mantida pela sua direção e em favor, primacialmente, dos usuários que correm o risco e não auferem benefícios.

"O banco é que, ao revés auferindo lucro, deve assumir a responsabilidade pela culpa de seus prepostos, encarregados da segurança, quando não cumprem com o dever e permitem a lesão".

"Responsabilidade civil — Banco — Ação de indenização — Tentativa de roubo em agência bancária — Disparo de arma de fogo causando ferimento grave em funcionária — Culpa grave do empregador — I — Responsabilidade de banco que é obrigado, por lei, a tomar todas as cautelas necessárias, de modo a assegurar a incolumidade dos cidadãos. A Lei n. 7.102/83 estabelece medidas de segurança que devem ser observadas. Tratando-se de fato previsível não po-

de ser alegado motivo de força maior. A culpa in eligendo do estabelecimento financeiro, quanto à contratação da empresa de segurança, não a exime da responsabilidade perante seu funcionário. II — Recurso conhecido e provido” (STJ — REsp n. 89.784 — RJ — 3ª T. — rel. Min. Waldemar Zveiter — DJU 18/12/1988 — pág. 339).

“Responsabilidade civil de banco — Assalto a banco — Danos causados por assalto à mão armada — Art. 173, § 1º, Constituição Federal de 1988 — Culpa in eligendo — Culpa in vigilando — Art. 1.521, inc. III, CC — Dano moral — Indenização — Ordinária de indenização. Tiroteio em banco. Cliente atingido por guarda de segurança. Sociedade de Economia Mista. Artigo 173, § 1º, da Constituição Federal. Culpa manifesta. Artigo 1.521, III, do Código Civil. Critério para estabelecer ressarcimento pelo dano moral” (TJRJ — AC n. 4811/96 — (Reg. 020197) — Cód. 96.001.04811 — 4ª CCív — rel. Des. Fernando Whitaker — j. 12/11/96).

“Responsabilidade civil de banco — Assalto a banco — Lesão corporal — Apelação cível. Ordinária. Indenização a cliente de estabelecimento bancário. Alarime de assalto com correria geral no interior da agência. Responsabilidade do réu, mormente em virtude dos negócios bancários, bem como na segurança de seus clientes e usuários. Pedido procedente. Sentença confirmada. Recurso desprovido” (TJRJ — AC n. 6417/94 — (Reg. 310895) — Cód. 94.001.06417 — Rio de Janeiro — 7ª CCív — rel. Des. Celso Guedes — j. 25/5/1995).

“Indenização — Responsabilidade civil — Estabelecimento bancá-

rio — Subtração de valores sob sua guarda — Caso fortuito ou força maior — Inocorrência — Fato perfeitamente previsível ante a habitualidade do crime — Negligência configurada — Recurso não provido” (RJTJESP 125/215).

“Indenização — Responsabilidade civil — Assalto no interior de estabelecimento bancário — Culpa do banco — Ação acolhida” (RJTJSP 62/102).

Da douda sentença espancada, retranscreve-se os seguintes precedentes:

“Estabelecimento bancário. Não contraria o art. 159 do Código Civil o acórdão que reconhece deva o banco oferecer segurança aos clientes que se encontrem no interior da agência para fazer depósito de dinheiro. Falhando aquela, pois consumado o assalto, surge a obrigação de indenizar” (STJ, AGA n. 0147133/PB).

“Responsabilidade civil — Morte de cliente no interior de estabelecimento bancário, em meio a tiroteio travado entre assaltantes e seguranças — Dever indenizatório do banco.

“Ao banco incumbe o dever de resguardar a segurança dos clientes que acorrem ao seu estabelecimento em horário em que este, por profissão e destinação, se abre ao público. Esse dever não se transfere à empresa de segurança contratada para tal fim. O dano sofrido pelo cliente, morto em tiroteio travado entre assaltantes e vigilantes, deve ser ressarcido pelo banco, dada a inoportunidade da reação. A falha no serviço indica per se culpa in eligendo do banco, do qual os vigilantes assumem a posição de prepostos, assim apresentando-se diante

dos clientes" (TJRJ, 6.ª Câmara, Ap. Cív. n. 3834/93, rel. Des. Laerson Mauro).

O inegável, no caso ventilado nestes autos, é que perfeitamente delineada está a culpa da instituição financeira recorrente pelos danos causados à recorrida, devido à falta de cautela e prudência caracterizadas em razão de não possuir os serviços básicos de segurança exigidos pela Lei n. 7.102/83, estando o banco exposto ao acesso de qualquer um, como num convite especial aos assaltantes.

b) Ruptura do nexos causal

Assevera a entidade bancária apelante, de outro lado, que o nexos de causa e efeito rompeu-se no momento em que a acionante deixou o interior da sua agência de Canasvieiras, indo para a via pública, onde e, portanto fora do estabelecimento, veio a ser atingida pelo projétil da arma de fogo usada por um dos meliantes.

Nos exatos termos do art. 159 do Código Civil, que traça as arestas da responsabilidade civil no direito pátrio, é responsável pela indenização dos danos aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízos a outrem, do que decorre que a responsabilidade civil, para ver-se integrada, exige a coexistência de uma conduta voluntária do agente, do elemento subjetivo dolo ou culpa, de um resultado danoso, tudo vinculado entre si, a ponto de afirmar-se um nexos causal entre a conduta dolosa ou culposa e o resultado danoso advindo para o ofendido.

Destarte, o liame de causalidade entre o dano suportado pela vítima

e o ato culposos do agente é requisito fundamental para que se possa atribuir a alguém a obrigação de indenizar.

Maria Helena Diniz registra a respeito do nexos de causalidade entre o dano e a ação que o produziu:

"A responsabilidade civil não pode existir sem a relação de causalidade entre o dano e a ação que o provocou.

"O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se 'nexos causal', de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexos representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência" (op. cit., pág. 76).

Com a propriedade que lhe é inerente, acentua o respeitado Silvio Rodrigues:

"Para que surja a obrigação de reparar, mister se faz prova da existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima. Se a vítima experimentar um dano, mas não se evidenciar que o mesmo resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização formulado por aquela, deverá ser julgado improcedente" (op. cit., pág. 17).

No mesmo sentido, observa o eminente Rui Stoco:

“É necessário que se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuridicidade da ação e o mal causado, ou, na feliz expressão de Demogue, ‘é preciso esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo a certas regras; é preciso que sem esta contravenção, o dano não ocorreria’ (Traité des Obligations en général, vol. IV, n. 66).

“O nexu causal se torna indispensável, sendo fundamental que o dano tenha sido causado pela culpa do sujeito” (Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial, 2ª ed. rev. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, pág. 59).

In specie, a relação de causalidade entre o assalto à instituição financeira e o tiro que atingiu a autora, causando-lhe a paraplegia, está devidamente evidenciada nos autos.

A apelada encontrava-se no interior da agência bancária quando o assalto iniciou-se; no momento do tiroteio, as pessoas, apavoradas, inclusive a recorrida, começaram a fugir, instante em que, observando que um dos bandidos estava sendo rendido, com a sua escopeta caída ao chão, colocou ela o pé sobre esta na tentativa de neutralizar o criminoso. Contudo, nesta oportunidade, na frente da agência, um dos assaltantes atirou atingindo a autora e produziu-lhe os danos irreversíveis que a acometem.

À vista dos fatos assim transmitidos pela reportagem probante dos autos, como afirmar-se que o nexu de causalidade entre o assalto à agência da casa financeira recorrente e o tiro

que atingiu a demandante rompeu-se por ter ela atingido a via pública?

Afinal, o dano sofrido pela vítima decorreu ou não do assalto à instituição financeira apelante? E o assalto ocorreu ou não pela falta de segurança da agência bancária? O banco é ou não responsável pelo assalto e pelos danos dele ocasionados?

Claro está que todos esses questionamentos merecem resposta afirmativa.

Ora, a autora não estava passando eventualmente pela via pública quando foi baleada; ao contrário, era cliente do banco apelante e estava no interior da agência no momento do assalto. O tiro que a atingiu na porta do banco assaltado nada mais representa do que uma consequência do roubo em agência financeira sem as mínimas condições de segurança aos seus usuários e funcionários.

Delineadas essas circunstâncias, constitui-se verdadeira aberração jurídica, senão primarismo legal, sustentar, na hipótese destes autos, a inexistência de nexu causal por ter a autora recebido o tiro que a vitimou fora da agência bancária.

Cristalino exsurge, deste modo, o liame de causa e efeito entre o assalto perpetrado na referida agência bancária e os danos resultantes na vítima.

c) Danos morais e estéticos

No referente aos danos morais e estéticos, cuja indenizabilidade autônoma foi reconhecida pela douta sentença sob vergaste, argumenta a postulante recursal que nenhum valor é devido a título de dano moral, se for

arbitrada indenização por danos estéticos ou que nenhum valor é devido a título de danos estéticos, acaso mantido o reconhecimento do direito da acionante à percepção de indenização por dano moral.

Destaque-se, de início, que a cumulação de várias espécies de danos é totalmente admissível no sistema jurídico pátrio.

Assim, conforme assinala o douto Carlos Alberto Bittar:

“(…) a cumulação de pedidos, por danos morais e por danos materiais, é perfeitamente admissível em uma só ação, dada a compatibilidade entre eles existente” (Reparação Civil por Danos Morais, RT 38/ 229).

Agasalhando esse entendimento, enunciou o colendo Superior Tribunal de Justiça que:

“A indenização da incapacidade para o trabalho ou da depreciação sofrida não exclui a devida em razão do dano estético, prevista no art. 1.538 do Código Civil” (EDRESP n. 7.072/SP, DJU 7/10/91, pág. 13.963).

Ou:

“Se existe dano material e dano moral, ambos ensejando indenização, esta será devida como ressarcimento de cada um deles, ainda que oriundas do mesmo fato” (REsp n. 6.072/SP, DJU 5/8/91, pág. 9.997).

E, data venia do entendimento esposado pela apelante, o dano puramente moral não pode ser confundido, de modo nenhum, com o dano estético, embora este possa constituir-se, como na maioria das vezes se constitui, numa subclassificação daquele.

O dano moral, acentue-se, resulta da dor íntima em razão da ocorrência sofrida, traduzindo-se pelos reflexos psíquicos e sensoriais disso decorrentes.

De outra banda, os danos estéticos, igualmente ressarcíveis, são ocasionados pelas seqüelas puramente físicas decorrentes do evento, gerando, por parte de terceiros, um sentimento de comisseração, de discriminação a até de rejeição.

Danos estéticos, em sendo assim, a exemplo das deformidades físicas, são danos pessoais e que dizem respeito, acima de tudo, ao aspecto físico do indivíduo.

Observa, a respeito, o Prof. Fernando Noronha, da Universidade Federal do Estado de Santa Catarina — UFSC:

“Fala-se em dano pessoal, ou à pessoa, quando é afetada a integridade física, psíquica ou moral do lesado. Fala-se em dano a coisas quando se atingem objetos do mundo externo (bens ou coisas). Poderíamos falar também em dano material, se não fosse esta expressão ser comumente usada como sinônima de ‘dano patrimonial’.

“O dano à pessoa pode ser corpóreo (ou físico), psíquico e moral. É corpóreo ou físico, quando atinge a integridade física (morte, incapacidade total ou parcial, doença resultante de acidente etc.); psíquico, quando ofende a integridade psíquica, isto é, elementos intrínsecos da personalidade (liberdade, intimidade, sigilo etc.); moral, quando viola elementos valorativos, ou virtudes, da pessoa (identidade, honra, criações intelectuais). A designação ‘moral’, aqui, tem signifi-

cação diferente daquela que tem na contraposição 'dano patrimonial' e 'dano moral'; se quisermos usar uma designação um pouco diferente, aqui poderemos falar em dano à integridade moral" (Apostila de Responsabilidade Civil, Capítulo 8 — Dano e Nexa de Causalidade, item 8.1.2, pág. 2).

Acentue-se que, no entanto, o tema comporta divergências!

Para a festejada Teresa Ancona Lopes de Magalhães, por exemplo, o dano estético é reparável "como dano moral" (O Dano Estético — Responsabilidade Civil – RT, 1980, pág. 19).

O dano estético, para a citada autora, é:

"A permanência, ou, no mínimo, o efeito danoso prolongado".

Para acentuar, ainda, que dano estético é:

"(...) qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta um 'enfeamento' que lhe causa humilhações e desgostos, dando origem portanto a uma dor moral" (obra cit., pág. 18).

E prossegue:

"Decompondo os elementos dessa definição poderemos explicitar melhor o que seja dano estético em Direito Civil.

"Em primeiro lugar dissemos que dano estético é 'qualquer modificação'. Aqui não se trata apenas das horripilantes feridas, dos impressionantes olhos vazados, da falta de uma orelha, da amputação de um membro, das cicatrizes monstruosas ou mesmo do aleijão propriamente dito. Para a responsabilidade civil basta a pessoa

ter sofrido uma 'transformação', não tendo mais aquela aparência que tinha. Há agora um desequilíbrio entre o passado e o presente, uma modificação para pior.

"(...)

"O segundo elemento do dano estético reparável como dano moral é a permanência ou, no mínimo, o efeito danoso prolongado.

"Pensamos que o dano estético passageiro não é dano moral e sim dano material, facilmente indenizável e facilmente superável. Aliás, esse é o entendimento do acórdão unânime datado de 26/10/66 do STF, inserto em RTJ 39/320, cujo voto do relator, Ministro Victor Nunes Leal é o seguinte: '...Ponderei, apoiado pelos eminentes colegas, que o dano estético se vai convertendo, progressivamente, em dano patrimonial, pelos progressos da cirurgia restauradora e da clínica de recuperação'.

"Portanto, para que exista dano estético, é necessário que a lesão que enfeou determinada pessoa seja duradoura, caso contrário não se poderá falar em dano estético propriamente dito (dano moral) mas em atentado reparável à integridade física ou lesão estética passageira que se resolve em perdas e danos habituais" (págs. 19 e 20).

Este Tribunal de Justiça já assentou, no mesmo diapasão:

"Os danos estéticos e psíquicos estão compreendidos nos danos morais" (Ap. Cív. n. 38.789, de Xanxerê, de 8/10/92, rel. Des. Cláudio Marques).

Há concluir, de tudo isso, que o dano estético tem, na verdade, duas

conotações distintas na órbita da responsabilidade civil: a) patrimonial, decorrente das correções cirúrgicas, como cirurgias plásticas, próteses etc. e b) lado extrapatrimonial, constituída da tristeza ou da angústia pelo enfeamento ou modificação da aparência física anterior.

Já o dano moral, no seu aspecto puro, resulta da dor física, dos sofrimentos e do sentimento íntimo de pesar que em razão dos fatos foram acarretados à vítima.

Consoante ressalta do teor da Súmula 37 do egrégio STJ:

“O dano moral, alcança prevalentemente valores ideais, não apenas a dor física que geralmente o acompanha, nem se descaracteriza quando simultaneamente ocorrem danos patrimoniais, que podem até consistir numa decorrência, de sorte que as duas modalidades se cumulam e tem incidências autônomas”.

Sobre a matéria aqui sob enfoque, assinale-se mais, que:

“O dano estético, segundo a doutrina, 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.

“A indenização pela incapacidade laborativa não engloba a indenização pelo dano estético. Há possibilidade de cumulação dos danos físicos com os danos morais, estes abrangendo o dano estético” (Ap. Cív. n. 50.318, de Chapecó, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Ou, como averba o douto José de Aguiar Dias:

“A alteração do aspecto estético, se acarreta maior dificuldade no ganjeio da subsistência, se tornam mais difíceis para a vítima as condições de trabalho, se diminui as suas probabilidades de colocação ou de exercício da atividade a que se dedica, constitui sem nenhuma dúvida um dano patrimonial. Não se pode objetar contra a sua reparação, nem quando, erradamente, se considere dano moral, porque nem apresenta dificuldade para avaliação. Deve ser indenizado, pois, como dano patrimonial, o resultado prejudicial da ofensa ao aspecto estético, sempre que se traduza em repercussão de ordem material, porque a lesão a sentimento ou a dor psíquica, com repercussões patrimoniais, traduzem dano patrimonial. É dessa natureza o dano estético que deforme desagradavelmente as feições, de modo que cause repugnância ou ridículo e, portanto, dificuldade à atividade da vítima. Ao lado desse há, porém, o dano moral: este consiste na penosa sensação da ofensa, na humilhação perante terceiros, na dor sofrida, enfim, nos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima do dano, em consequência deste, seja provocada pela recordação do defeito ou de lesão, quando não tenha deixado resíduos mais concretos, seja pela atitude de repugnância ou de reação a ridículo tomada pelas pessoas que o defrontam” (Da Responsabilidade Civil, vol. 2, 6ª ed., págs. 431 e 432).

Segundo Maria Helena Diniz dano estético:

“(...) é 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”.

Perfilhando idêntico posicionamento, o alentado Wilson Melo da Silva averba:

“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’, como o diria Lopes Vieira ou em permanente motivo de exposição ao ridículo ou de inferiorizantes complexos” (O Dano Moral e sua Reparação, 3ª ed., Forense, 1983, pág. 499).

Também tem enfatizado este Tribunal:

“Responsabilidade civil — Indenização — Dano moral — Verba devida. A verba indenizatória correspondente ao dano moral é devida em cumulação com a correlata oriunda do prejuízo estético, posto que aquela advém, justamente da personal sensação de ofensa, na dor sofrida, enfim, nos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima” (Ap. Cív. n. 47.094, de Blumenau, rel. Des. Eder Graf).

“(...)”

“Indenização — Dano material e moral — Dano material e estético — Cumulação — Possibilidade.

“São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” (Súmula 37 do STJ), assim como dano material e estético.

“Indenização — Dano moral e estético — Cumulação — Possibilidade.

“Possível é cumular o dano estético com o dano moral, já que ambos são distintos” (Ap. Cív. n. 96.009470-9, de São José, rel. Des. Wilson Guarany).

“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 comisseração, 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...” (Ap. Cív. n. 97.008858-2, da Capital, rel. Des. Eder Graf).

E mais:

“A perda de um membro superior, mesmo que venha a ser amenizada pelo recurso da prótese mecânica, representa para a vítima dano de par-

te efetiva do patrimônio moral, e, como tal, indenizável. Possível é cumular o dano estético e o moral" (JC 68/240, rel. Des. Alcides Aguiar).

Em complementação, transcreve-se ainda os seguintes entendimentos jurisprudenciais:

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

"Se o encurtamento da perna esquerda, em virtude de acidente de trânsito, além de representar uma seqüela física permanente e aparente, causa transtornos psíquicos à vítima, os danos estético e moral devem ser cumulativamente reparados" (1º TACivSP, JB 157/213).

Mais recentemente, gizou o colendo Superior Tribunal de Justiça:

"Civil — Dano moral e dano estético — Cumulação — Possibilidade.

"Agravamento regimental. Recurso especial não admitido. Dano moral e dano estético. Cumulação.

"1. Possível a cumulação da indenização por dano moral com o dano estético.

"Precedentes.

"2. (...) " (AgRg no Ag n. 305.666-0/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, unânime, DJU de 29/8/2000).

Retorne-se ao escólio do Prof. Fernando Noronha (Apostila da Escola Superior da Magistratura), para registrar que:

"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 freqüência 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 freqüência 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)".

Ou, conforme já proclamou este Sodalício, em aresto da lavra do Des. Ernani Ribeiro:

“O dano estético é a lesão a um direito à personalidade — o direito à integridade física, especialmente na sua aparência externa. Como todo direito da personalidade, qualquer dano que o seu titular possa sofrer vai ter conseqüências materiais, principalmente, morais, e, portanto, não podemos conceber prejuízo estético que não seja também prejuízo moral, pois a pessoa a partir do momento da lesão está menos feliz do que era antes ou, como quer Minozzi, o dano vem perturbar il nostro stato di felicità” (Tereza A. Lopes Magalhães, in *Dano Estético*, Ed. Revista dos Tribunais, 1980, pág. 28).

“Portanto, tal ofensa deve ser criteriosamente indenizada, apesar da controvérsia a respeito de sua admissão. Hoje poderosa corrente doutrinária e jurisprudencial, com prestigiosa argumentação, defende vitoriosamente a tese da obrigatoriedade de se reparar o dano estético, não se podendo ficar alheio a tal realidade” (JB 106/252).

E mais:

“O dano estético no cível pode ser qualquer deformidade, ainda que mínima e que implique, sob qualquer aspecto, num afeamento da vítima ou que possa vir a se constituir numa simples lesão desgostante. A indenização deve ser independente da repercussão patrimonial que pudesse existir” (JB 117/265).

“Indeniza-se o dano inteiro, inclusive, pois, o moral, que não se confunde com o material e o estético” (RT 500/216).

“Dano moral — Reparação — Indeniza-se o dano inteiro, inclusive, pois, o moral, que não se confunde com o material e o estético” (Ac. do 4º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRJ, de 9/6/1976, rel. Des. Ebert Chamoun, Rev. Jur. do TJRJ, n. 45, pág. 130).

“Dano moral e dano estético — Alcance — O dano moral abre frestas imensas no direito moderno, desde que visa pelo capital temperar os sofrimentos da própria vítima. Com maior razão do dano estético que não está no Juízo subjetivo de terceiro, mas da própria vítima” (TJRJ, 8ª CC, Adcoas, n. 33, pág. 516, v. 130.045).

Entendemos, ante isso, que os danos puramente morais, resultantes da dor, do desconforto, da sensação de ofensa e, pois, dos efeitos psíquicos decorrentes do evento que ocasionou a paraplegia da apelada, são perfeitamente cumuláveis com os danos estéticos, com os quais nem sempre se confundem, já que os danos estéticos são causados pelo comprometimento da higidez física que, em razão de seqüelas irreversíveis do sinistro, foram acarretadas à vítima.

Por derradeiro, assinale-se que, muito embora não englobada qualquer insurgência a respeito dos importes arbitrados a título de danos morais e de danos estéticos, respectivamente R\$ 300.000,00 e R\$ 800.000,00, esses valores se mostram até módicos diante da gravidade das seqüelas portadas pela vítima, que teve toda a sua vida social, funcional e pessoal esfaceladas para sempre.

No quadro portado pela vítima e diante da insensibilidade demonstrada pela instituição financeira acio-

nada, acaso tivesse havido recurso por parte desta, não hesitaríamos em substituir os valores arbitrados judicialmente por aqueles propostos na peça introital, valores esses que, conquanto possam parecer extradulantes, serviriam apenas como um mero paliativo para que, a exemplo da recorrida, há mais de dez anos está presa a uma cadeira de rodas, imobilizada dos braços para baixo, sem possibilidades econômicas de obter uma vida mais digna, abandonada à própria sorte por seu esposo e, ao que parece, longe de suas filhas.

Isso nenhum valor do mundo paga, como o simples somatório em dinheiro, seja qual for o seu vulto, minimizará a tragédia que se introduziu na vida da requerente, dando-lhe um pouco mais de conforto e minorando os efeitos da insensibilidade até agora demonstrada pelo demandado.

Parafrazeando o famoso poeta podemos dizer: “Sonhar é preciso, viver não é preciso”!

O que se dizer, então, de uma pessoa bastante jovem ainda — 36 anos de idade à época dos fatos — que, de forma tão drástica e em razão da falta de segurança do estabelecimento bancário do qual era cliente, viu ruir de vez os seus sonhos e as perspectivas de um futuro saudável ao lado dos seres amados, ceifados para sempre quaisquer sonhos ou expectativas que, a exemplo de todos os seres humanos, por certo ela os tinha.

Lógica e evidentemente poder-se-á contra-argumentar: mas dinheiro algum, seja em que quantidade for, R\$ 100.000,00, R\$ 500.000,00; R\$ 2.000.000,00 ou R\$ 100.000.000,00,

lhe restituirá a vitalidade para sempre arruinada, não a fará caminhar novamente, não passará simplesmente uma esponja na fatídica ocorrência enfrentada, retirando das estruturas do tempo aquele aziago dia 1º de março de 1990 e, em consequência, as suas nefastas implicações.

Certo que não, concordamos!

Mas os efeitos de um alto valor ressarcitório terão, em hipótese tal, um cunho essencialmente pedagógico.

Quantificar-se irrisoriamente a responsabilidade da casa bancária demandada, neste caso específico, equivalerá, não a qualquer efeito pedagógico, senão de incentivo à negligência e à insensibilidade daqueles que comandam o comércio financeiro do País.

Só à custa de indenizações economicamente expressivas é que aqueles que direcionam os destinos da nossa pátria e os mais fortes economicamente aprenderão a ter um maior respeito com a segurança dos seres humanos por eles usados, entendendo-os não como meros objetos passivos, não como meras fontes de lucros, ou como números de uma conta bancária, mas, acima de tudo, como cidadãos dignos de respeito.

III — Decisão

Ante o exposto, é que se nega provimento ao apelo da instituição financeira demandante, mantendo-se incólume a sentença objurgada.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 23 de novembro de 2000.

*Alcides Aguiar,
Presidente com voto;
Trindade dos Santos,
Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.005187-5, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Silveira Lenzi

Direito comercial. Contrato de transporte internacional. Conhecimento de frete. Desembarque da mercadoria após o depósito da contraprestação pecuniária. Navio da transportadora que aguarda no porto de destino o adimplemento da avença para então desembarcar a mercadoria. Gastos despendidos com sobrestadia e desestiva. Ônus da remetente.

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.005187-5, da comarca da Itajaí (2ª Vara), em que é apelante Ebrasa — Empresa Brasileira de Construção Naval S.A., sendo apelada Spliethoff's Bevrachtingskantoor Bv., representada no Brasil por Marinav — Agência Marítima Ltda.:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, desprover o recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de ação de cobrança aforada por Spliethoff's Bevrachtingskantoor Bv., representada no Brasil por Marinav — Agência Marítima Ltda., em que figura como demanda-

da Ebrasa — Empresa Brasileira de Construção Naval S.A.

A autora, transportadora marítima internacional, que atua como armadora de navios e transportadora de cargas, firmou contrato com a ré para o transporte de 10 barcos de pesca de arrasto do Porto de Itajaí ao Porto de Konakry, na Guiné, com frete no valor de US\$ 20.000,00 por unidade, e taxa de sobrestadia, no valor de US\$ 10.000,00, por dia ou proporcional. Sustentou a autora que o navio chegou ao seu destino em 10/7/92, às 6h. Todavia, em razão de a ré não ter cumprido o acordado, eis que não adimpliu o valor do frete antes do desembarque, o barco atracou no referido porto para descarga somente em 17/7/92, às 7h45min. Afirmou, ainda, que a ré não pagou as despesas com a retirada das mercadorias do interior do navio — desestiva. Requereu, as-

sim, o pagamento da sobrestadia e das despesas do desembarque.

A empresa ré contestou o feito às fls. 57/62.

Sentenciando, o Magistrado a quo julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar a ré ao pagamento de US\$ 70.347,22, referentes à sobrestadia e US\$ 16.551,36, relativos à desestiva em Konakry, totalizando US\$ 86.898,58.

Inconformada apela a empresa ré Ebrasa — Empresa Brasileira de Construção Naval S.A., alegando que: a) a multa pela sobrestadia do navio e despesas com a desestiva não lhe podem ser imputadas, porque a culpa pelo atraso coube apenas à apelada; b) alega que no contrato de transporte, firmado com a apelada, constava a cláusula linear terms, assim, as despesas com o embarque seriam pagas por ela, e a República da Guiné quitaria as referentes ao desembarque, entretanto a apelada teria modificado unilateralmente a cláusula linear terms para free in an out atowed, ficando as referidas despesas por conta da apelante; c) o retardamento na chegada do navio, em Itajaí, gerou a delonga no pagamento pela República da Guiné; d) o frete foi pago no dia 15 de julho, tendo iniciado a descarga da mercadoria somente no dia 17, sendo por conta e risco da autora os dois dias de atraso; e) a apelante foi coagida a emitir documento reconhecendo a referida dívida; f) o pagamento da importância reconhecida ficou condicionado à quitação pelo governo da República da Guiné.

Em contra-razões, a apelada alega que: a) a apelante não demonstrou qualquer vício de consentimento

que a teria levado a ratificar o contrato de transporte; b) o contrato de transporte nunca mencionou qualquer liame com o contrato de compra e venda que a apelante celebrou com o governo da Guiné; c) a alegação de que o pagamento da importância reconhecida ficou condicionado à quitação pelo governo da República da Guiné não procede, pois não houve sua anuência; d) as leis brasileiras autorizam o transportador marítimo a reter a carga como segurança do frete; e) o contrato de financiamento não prevê “feriados religiosos” e “dias santificados”.

Devidamente preparado o recurso, alçaram os autos a esta superior instância.

II — Voto

Nos contratos de transporte de mercadorias, também denominados contratos de frete, existe a figura do remetente/carregador e a figura do transportador/condutor.

Embora não faça parte desta relação contratual mercantil, ainda há o destinatário, que receberá as mercadorias transportadas, sendo, na maioria das vezes, aquele que firmou contrato de compra e venda com o remetente.

No caso em análise, pelo contrato de transporte mercantil internacional firmado entre as partes, a empresa apelada transportaria 10 barcos de pesca de arrasto do Porto de Itajaí ao Porto de Konakry, na Guiné, tendo como valor do frete: US\$ 20.000,00 por unidade, e taxa de sobrestadia no valor de US\$ 10.000,00, por dia ou proporcional, tendo por destinatário o Go-

verno da Guiné, representado por seu Ministério de Agricultura.

A apelante alega que havia sido pactuada a cláusula linear terms, ou seja, despesas com o embarque a ser pagas pela remetente e despesas relativas ao desembarque a cargo do destinatário, porém a apelada teria modificado unilateralmente a cláusula linear terms para free in an out atowed, ficando, dessa forma, as despesas com o carregamento, descarga, estiva e outras por conta da recorrente.

Tenho que não assiste razão à apelante, pois a Nota de Fretamento de 27 de maio de 1992, a que se reporta o Conhecimento de Frete — Bill of Lading, acostado à fl. 34 dos autos, com tradução às fls. 35/36, emitido em três vias, uma das quais entregue ao representante da própria apelante quando do embarque das mercadorias em 29/6/92 —, dispõe em sua Cláusula 22:

“carga a ser descarregada livre de riscos e despesas a Spliethoff (apelada) em um berço bom, seguro, sempre acessível, a ser providenciado” (fl. 24).

Irrelevante, para o caso, conjecturar quem deveria ser o responsável pelas despesas com o desembarque das mercadorias, se a remetente ou o destinatário, em razão de a apelada ser terceira estranha ao negócio jurídico entabulado por aquelas, não podendo ser prejudicada por eventuais desentendimentos entre vendedor e comprador.

Desse modo, não há como responsabilizar a empresa transportadora pelos gastos relativos ao desembarque da mercadoria transportada,

que, consoante o conhecimento de frete, não teriam ficado ao seu encargo. Assim, deve ser ressarcida das importâncias que adiantou no Porto de Konakry, ao pagar a desestiva, negada pelo Governo da Guiné.

Outrossim, colhe-se da instrução que o navio da transportadora não descumpriu o contrato, ao condicionar o desembarque ao pagamento do valor do frete, pois a Nota de Fretamento estabelece que este quantum, US\$ 200.000,00 (duzentos mil dólares), deveria ser pago antes do desembarque da mercadoria. A respeito, colhe-se da Cláusula n. 33:

“o frete total é considerado ganho quando da assinatura dos conhecimentos de embarque e é considerado pagável sem quase descontos e não devolvível, mesmo com o navio e/ou carga pedidos ou não antes do início da descarga” (fl. 27) (grifei).

Por outro lado, sustenta a apelante que a culpa pelo atraso na desestiva seria de responsabilidade exclusiva da empresa transportadora apelada, eis que o embarque da mercadoria deveria ter sido realizado entre os dias 15 e 20 de junho. Porém, o navio da apelada, Leliegracht, demorou a atracar no Porto de Itajaí, fazendo com que a mercadoria fosse embarcada apenas em 29/6/92, gerando a delonga no pagamento pela República da Guiné. Logo, não lhe poderiam ser imputadas a multa pela sobrestadia e desestiva.

Também quanto a esta insurgência, melhor sorte não lhe socorre, isto porque se depreende da Cláusula 29 da Nota de Fretamento que:

“O período de embarque será aproximadamente de 15 a 27 de junho

de 1992. A data exata de embarque será a critério da Spliethoff's" (fl. 26) (grifei).

Afasta-se, também, a afirmação da empresa apelante de que teria depositado o valor do frete no dia 15 de julho, mas a descarga da mercadoria, por desídia da transportadora, somente teria-se iniciado no dia 17, pois meras alegações, sem qualquer demonstração probatória, não têm o condão de derruir o conjunto produzido nos autos pela autora, sendo ônus da ré a comprovação dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor, consoante estabelece o art. 333, inc. II, do CPC.

Com relação à mencionada coação, que teria sofrido a apelante para emitir o documento, reconhecendo a dívida relativa à sobrestadia e à desestiva, esta deve ser afastada de plano, haja vista que a apelante, novamente, apenas levantou suposições, sem, no entanto, comprová-las.

E, não obstante a apelante alegar que o pagamento da importância

reconhecida — US\$ 66.551,36 — teria ficado condicionado à quitação pelo Governo da Guiné, dos 10 barcos de pesca transportados e entregues a este pela apelada, isto em nada altera sua responsabilidade pela desestiva e pela sobrestadia, pois não foi pactuada entre as partes qualquer cláusula condicional, vinculando o pagamento do frete à aceitação da mercadoria pelo Governo daquela nação africana.

III — Decisão

Do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra e Sérgio Paladino.

Florianópolis, 20 de março de 2001.

Silveira Lenzi,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 01.000970-1, DE SOMBRIO

Relator: Des. Silveira Lenzi

Embargos à execução. Demonstrativo do débito confuso e incompleto. Inobservância do art. 614, inc. II, do CPC.

“Inseriu-se no artigo a determinação de que o credor apresente demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação. Estabeleceu-se aqui verdadeira condição de procedibilidade da execução.

“Caso não seja apresentado o demonstrativo, é caso de indeferimento da inicial” (Roberto Eurico Schmidt Júnior).

Ilíquidez do título. Art. 618, inc. I, do CPC. Ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo. Nulidade da executória. Inteligência do art. 267, inc. IV, do CPC.

O demonstrativo pormenorizado do débito é elemento essencial à liquidez, certeza e exigibilidade do título, traduzindo-se, portanto, em pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular da execução, sem o que se reveste de vício insanável a executória.

Sendo assim, é certo que a referida nulidade pode ser declarada em qualquer momento processual, tanto a requerimento da parte interessada, quanto de ofício pelo Magistrado.

Processo de execução extinto de ofício.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 01.000970-1, da comarca de Sombrio (Vara Única), em que são apelantes e apelados Enor da Rosa ME — Firma Individual e Banco do Brasil S.A.:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, declarar, de ofício, a nulidade da execução, extinguindo o processo, sem julgamento do mérito, com fulcro no art. 267, inc. IV, do CPC, e julgar prejudicados os recursos.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de embargos opostos por Enor Oliveira da Rosa ME — Firma Individual, à execução que lhe move Banco do Brasil S.A., julgados parcialmente procedentes pela sentença de fls. 46/53.

Irresignados, apelam a embargante e o embargado. A primeira, sustentando: a nulidade da execução, an-

te a inexigibilidade da cédula de crédito industrial e a impossibilidade de cobrança da comissão de permanência e da capitalização mensal dos juros. O embargado, por sua vez, aduziu: a) a legalidade na aplicação da TR como fator de atualização monetária; b) a possibilidade de incidência da comissão de permanência no período do inadimplemento; e, c) a necessidade de fixação de honorários advocatícios.

Devidamente preparado o recurso, e apresentadas as contrarrazões, alçaram os autos a este egrégio Tribunal de Justiça.

II — Voto

O demonstrativo do débito apresentado pelo exequente não está completo, inobservando o disposto no art. 614, inc. II, do Código de Processo Civil.

O dispositivo mencionado estabelece que a exordial da execução deve estar instruída com o demonstrativo do débito atualizado até a data da

propositura da ação, quando se tratar de execução por quantia certa.

Em que pese a jurisprudência estar, atualmente, divergindo acerca da interpretação deste dispositivo, entendendo algumas decisões que a execução não acompanhada de demonstrativo atualizado do débito deve prosseguir pelo valor literal do título acrescido dos juros legais; ou, que o processo deve ser anulado parcialmente, até o ato de penhora, possibilitando a emenda da inicial com o cálculo atualizado, bem como a renovação de todos os atos subsequentes; particularmente, não vejo possibilidade de filiar-se a uma destas correntes.

Isto porque, se a execução, desacompanhada do demonstrativo atualizado do débito, prosseguir pelo valor literal do título executado, acrescido de juros legais, vários questionamentos poderão advir, tais como: a) em caso de amortização parcial da dívida, a execução prosseguirá por valor superior ao efetivamente devido; b) na hipótese de a execução vir aparelhada, alternativamente, por dois títulos, uma nota promissória de valor x; um contrato de valor y; além de a inicial pleitear o pagamento de valor z, por qual destes valores efetivamente deverá prosseguir a execução; c) como o devedor poderá defender-se — embargos —, atacando o novo valor da dívida, que veio a ser determinado por órgão superior.

Outrossim, acolhendo-se que o processo possa ser declarado nulo até a penhora, com a possibilidade da emenda da inicial, estar-se-ia subvertendo o princípio da isonomia, tratando desigualmente uma das partes que

não foi suficientemente diligente no trato e zelo processual.

Tenho para mim que ambas as soluções, embora prezem, a sua maneira, a celeridade, aproveitando os atos processuais, e tentem adequar o processo aos princípios da economia e efetividade, não podem ser acolhidas em razão da ausência, ab initio, de um dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo de execução, qual seja, a liquidez do título executado.

Ora, o demonstrativo do débito deve ser detalhado, instruindo adequadamente a exordial, tanto para proporcionar ao devedor, nos embargos, o direito ao contraditório e à ampla defesa, como para fornecer ao Magistrado elementos à solução de uma possível discrepância entre as partes acerca do quantum debeatur.

Este rigor é indispensável porque o exercício de adivinhações e suposições em relação ao débito é incompatível com o processo de execução, no qual a dívida deve ser líquida, certa e exigível.

Em consonância com a tese defendida por este Relator, a doutrina majoritária entende que a ausência da discriminação do débito é caso de nulidade da execução.

Teori Albino Zavascki assevera que “a memória do cálculo consiste em demonstrativo do débito atualizado até a propositura da ação (CPC, art. 614, II) discriminando claramente as operações realizadas, com identificação precisa do valor e da natureza dos elementos adotados como base, de modo a permitir que o devedor e o juiz tenham condições de aquilatar a adequação do valor executado com a

obrigação resultante do título executivo” (Título Executivo e Liquidação, RT, 1999, pág. 193).

Sérgio Bermudes alerta:

“Não basta ao credor afirmar qual o crédito atualizado. Cumpre-lhe juntar à inicial uma memória de cálculo, explicitando a operação que o levou a alcançar o valor final, atualizado na forma da lei, da sentença, ou do negócio jurídico de que resulta.

“A exigência de que se atualize o cálculo até a data da propositura da ação se haverá de ter por satisfeita, se a atualização se fizer até um ou poucos dias antes, conforme o prudente critério do juiz, sabido que, pela complexidade de certos cálculos, nem sempre será possível refazê-los para que espelhem a situação do crédito na própria data da propositura da ação.

“Exige-se o demonstrativo de que trata o inciso II, não apenas na execução de título extrajudicial, como também na de título judicial. A lei não distinguiu entre aquela e esta. Assim, se a soma foi estipulada na sentença, ou em liquidação, deverá, também nesse caso, sofrer a atualização exigida, sempre com elementos suficientes para a compreensão do cálculo pelo juiz e pelo executado, para que este exerça o direito de ampla defesa, constitucionalmente garantido (CF, art. 5º, LV)” (A Reforma do Código de Processo Civil, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, págs. 133/134).

Ainda acerca do tema, oportuno colacionar a seguinte lição, da lavra de Roberto Eurico Schmidt Júnior:

“Inseriu-se no artigo a determinação de que o credor apresente demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação. Estabe-

leceu-se aqui verdadeira condição de procedibilidade da execução.

“Caso não seja apresentado o demonstrativo, é caso de indeferimento da inicial” (O Novo Processo Civil — Comentários aos Artigos Alterados pelas Leis ns. 8.950/94, 8.951/94, 8.952/94 e 8.953/94, Juruá Editora, Curitiba, 1995, pág. 136).

Mais adiante acrescenta:

“Mas, o que deve conter o demonstrativo do débito? Temos que se faz necessária a apresentação do valor principal, que é aquele constante do título; a taxa de juros, demonstrada mês a mês, ou pro rata dias base; o índice de correção monetária atualizado. Assim, não é suficiente aponte o credor apenas o montante dos juros e da correção: deverá demonstrar, satisfatoriamente, como chegou aos valores pretendidos” (op. cit., pág. 136).

Colhe-se elucidativo julgado da Primeira Câmara Civil deste egrégio Tribunal de Justiça, da lavra do Des. Carlos Prudêncio:

“Demonstrativo do débito incompleto. Inteligência dos arts. 604 e 614, II, do Código de Processo Civil.

“Nula a execução se desacompanhada da memória discriminada e atualizada do débito, mês a mês, ressalvando as parcelas já quitadas pelo devedor e abrangendo o principal e os encargos, no interstício entre a data da celebração do ajuste e a do ajuizamento da execução” (Ap. Cív. n. 98.006921-1, de São Joaquim, julgada em 11/4/00).

Diante disso, é possível concluir que o demonstrativo pormenorizado do débito é elemento essencial à liquidez, certeza e exigibilidade do título,

traduzindo-se, portanto, em pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular da execução, sem o que se reveste de vício insanável o processo.

Sendo assim, é certo que a referida nulidade pode ser declarada em qualquer momento processual, tanto a requerimento da parte interessada, quanto de ofício pelo Magistrado.

A este respeito, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“Processual civil — Agravo de instrumento — Processo de execução — Embargos do devedor — Nulidade — Vício fundamental — Arguição nos próprios autos da execução — Cabimento — Artigos 267, § 3º, 585, II; 618, I, do CPC. I — A nulidade, como vício fundamental do título, pode ser argüida independentemente de embargos do devedor, assim como pode e cumpre ao juiz declarar de ofício a inexistência de seus pressupostos formais contemplados na lei Processual Civil. II — Admissível, como condição de pré-executividade, o exame da liquidez, certeza e exigibilidade do título a viabilizar o processo de execução” (REsp n. 124364/PE, Min. Waldemar Zveiter, julgado em 5/12/97).

Dessa forma, apesar de o Magistrado não ter detectado a irregularidade, tratando-se de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, é possível o enfrentamento da questão, de ofício, por esta instância.

No caso em julgamento, a planilha demonstrativa da evolução da dívida (fls. 15/18 da execucional) é absolutamente inadequada, confusa,

para determinar com a clareza necessária a evolução da dívida.

Ocorre que não obstante tratar-se de um único contrato — cédula de crédito industrial (fls. 7/11) — o cálculo foi inexplicavelmente desmembrado em duas etapas distintas (demonstrativos 1 e 2), que aparentemente deveriam compreender o período da normalidade e do inadimplemento.

O contrato foi firmado em 30/3/95, e os pagamentos mensais tiveram início em 30/7 do mesmo ano, ao passo que a exordial noticia a interrupção dos pagamentos em 30/5/96.

Contudo, apesar de o demonstrativo 1 — que, em tese, compreenderia o período da normalidade — acompanhar a evolução da dívida até 30/5/96, são claramente visualizáveis as amortizações ocorridas no período; o demonstrativo 2 — que deveria indicar as cobranças a partir do inadimplemento — tem início em 30/9/95, e não em 30/5/96, em uma ordem ilógica, o que por certo — tratando-se de planilhas separadas — causa confusão, restando contraditório o interregno compreendido entre 30/9/95 e 30/5/96, eis que é impossível deduzir se no intervalo referido houve inadimplemento ou amortizações.

Aliado a este fato, presume-se que, no período citado, a cobrança da comissão de permanência refletiu certo retardo nos pagamentos, contudo não foram determinadas as datas em que se deram estas quitações, e, por conseguinte, de quanto tempo exatamente foi o atraso.

Ademais, a leitura conjunta das duas planilhas torna nebulosa a interpretação do cálculo, não apontando,

suficientemente, como foi apurada a quantia de R\$ 18.623,91 (dezoito mil, seiscentos e vinte e três reais e noventa e um centavos), eis que nele foram aparentemente desconsideradas as amortizações efetuadas.

Portanto, diante da inadequação da planilha, não é possível, ao devedor e ao Magistrado, visualizar exatamente como o credor chegou ao valor executado, o que acarreta a nulidade da execução, com base no art. 618, inc. II, do CPC, já que o título, desacompanhado de um demonstrativo da dívida completo e detalhado, não possui liquidez.

III — Decisão

Do exposto, declara-se, de ofício, a nulidade da execução, julgan-

do-se extinto o processo, sem julgamento do mérito, com fulcro no art. 267, inc. IV; art. 614, inc. II, e art. 618, inc. I, todos do CPC.

Custas e honorários advocatícios pelo vencido, estes fixados em 5% (cinco por cento) sobre o valor dado à execução.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra e Sérgio Paladino.

Florianópolis, 20 de fevereiro de 2001.

Silveira Lenzi,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.020364-6, DE QUILOMBO

Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra

Embargos à execução — Contrato de abertura de crédito e de confissão de dívida — Planilha identificadora — Data de emissão incomprovada — Parte não integrante do pacto — Vencimento — Ausência de termo exato para o cumprimento da obrigação — Presunção — Inexigibilidade — Sentença mantida — Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.020364-6, da comarca de Quilombo, em que é apelante o Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc, sendo apelada Mecânica Lotus Chapecó Ltda.:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, desprover o recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Embargos opostos por Mecânica Lotus Chapecó Ltda., à execução extrajudicial promovida pelo Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc, objetivando haver a importância atualizada de R\$ 37.091,81 (trinta e sete mil, noventa e um reais e oitenta e um centavos), representada por um

contrato de abertura de crédito com reconhecimento e confissão de dívida e outras avenças, datado de 20 de abril de 1998. Inicialmente, ressaltou a existência de obrigação quérable; afirmou que o cálculo elaborado pelo exeqüente não atende ao comando do art. 614, II, do CPC; suscitou, ainda, a inexigibilidade do título em razão da falta do vencimento do débito. No mérito, salientou que o pacto foi firmado mediante coação; refutou o cálculo; alegou a cobrança de juros excessivos e capitalizados, pugnando pela aplicação do art. 192, § 3º, da Constituição Federal (fls. 2 a 12).

Intimado, o embargado apresentou impugnação, na qual asseverou que o pagamento deveria ser debitado na conta do embargante e que a inadimplência restou comprovada pelos extratos bancários apresentados; sustentou a regularidade dos cálculos; afirmou que o vencimento da dívida consta dos documentos anexados aos autos; repudiou a alegação de que o contrato foi firmado sob coação. Por fim, destacou que o limite para cobrança dos juros reais não pode ser aplicado em face da ausência de regulamentação do dispositivo constitucional (fls. 19 a 27).

Na sentença, os embargos foram julgados procedentes e a execução foi extinta em razão da inexigibilidade do título, consubstanciada na ausência do vencimento da obrigação (fls. 28 a 32).

Inconformado, o embargado apelou, aduzindo a exigibilidade do contrato (fls. 33 a 36).

Com as contra-razões, os autos, preparados, ascenderam a esta Corte.

II — Voto

Insurge-se o apelante contra a sentença que considerou inexigível o título executado.

Depreende-se dos autos que o contrato executado não disciplina o vencimento da obrigação. Já a planilha que o acompanha estabelece apenas os dias e os meses dos pagamentos, juntamente com o número de prestações, permitindo presumir que a primeira parcela venceu em 20 de maio de 1998 e que a última parcela venceria em 20 de abril de 2000. Os extratos bancários anexados também não demonstram a data na qual a obrigação é devida.

Não obstante a assinatura das partes, não existe prova de que a referida planilha tenha sido firmada na data da emissão do contrato, portanto, não deve ser reputada como parte da avença. Contudo, ainda que integrasse o pacto, não teria o condão de lhe conferir executividade, pois os requisitos do art. 586 do CPC não podem ser aferidos por meio de deduções lógicas.

É da jurisprudência:

“Os requisitos da certeza, liquidez e exigibilidade devem estar insitos no título. A apuração de fatos, a atribuição de responsabilidades, a exegese de cláusulas contratuais tornam necessário o processo de conhecimento, e descaracterizam o documento como título executivo” (STJ, REsp n. 1.080—RJ, rel. Min. Athos Carneiro, DJU 27/11/89, pág. 17.573).

Ademais, a existência de termo exato para o cumprimento da obrigação constitui verdadeiro pressuposto de exigibilidade do título.

A respeito do tema Sérgio Shimura assinala:

“A exigibilidade refere-se ao vencimento da dívida. Se a obrigação alcançou o termo ou se verificou a condição a cuja ocorrência a eficácia do negócio jurídico estava condicionada, é exigível, porque já está vencida (art. 572, CPC). Em suma, a exigibilidade refere-se ao tempo do qual o credor pode exigir o pagamento” (in Título Executivo. São Paulo, Saraiva, 1997, pág. 136).

Assim, a anulação da execução deve ser mantida porquanto o título apresentado não determina a data do vencimento da obrigação.

III — Decisão

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, a Exma. Sra. Des. Maria do Rocio Santa Ritta.

Florianópolis, 13 de fevereiro de 2001.

Silveira Lenzi,
Presidente com voto;
Cláudio Barreto Dutra,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.011109-1, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Sérgio Paladino

Ação ordinária. Anulação de ato eletivo. Mandato cumprido. Eleição e posse da nova diretoria. Perda do objeto.

Cumprido o mandato e empossada a nova diretoria, desaparece a utilidade do pronunciamento do tribunal no recurso interposto contra a sentença que julgou improcedente o pedido de anulação do pleito àquele referente, perdendo o recurso, ipso facto, o objeto.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.011109-1, da comarca de Itajaí (1ª Vara), em que é apelante João Célio Mendonça e apelado Leoberto Martins:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, à unanimidade, julgar prejudicado o recurso, por falta de objeto.

Custas na forma da lei.

Irresignado com a prestação jurisdicional entregue nos autos da ação ordinária que intentou contra Leoberto Martins, a qual julgou improcedente o pedido de anulação da eleição para Diretoria da Sociedade Recreativa e Cultural da Fazenda, o Sr. João Célio Mendonça apelou, pretendendo a sua reforma.

Com as contra-razões, ascenderam os autos a esta Corte.

Veio aos autos o requerido para informar a realização de nova eleição e posse da Diretoria da Sociedade Recreativa e Cultural da Fazenda (fls. 486/489) e, em razão disso, postular que se julgue prejudicado o recurso, por falta de objeto.

É o relatório.

O recurso, de fato, perdeu o objeto. Com efeito, em 16/3/97 o réu foi eleito Presidente da Sociedade Recreativa e Cultural da Fazenda, pelo prazo de dois anos. Em 14/3/99 realizou-se novo pleito para o biênio 1999/2001, tendo o réu sido reconduzido, tomando posse no cargo juntamente com a nova Diretoria no dia 22/3/99.

Assim, diante de fato superveniente, qual seja, a expiração do man-

dato a que se referia a eleição que se pretendia, por este meio, anular, desapareceu a utilidade o pronunciamento deste Tribunal, perdendo o recurso, ipso facto, o objeto.

Ante o exposto, a Câmara, à unanimidade, julgou prejudicado o recurso, por falta de objeto.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Silveira Lenzi.

Florianópolis, 14 de setembro de 1999.

Eder Graf,
Presidente com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.013924-6, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Sérgio Paladino

Ação cautelar inominada pretendendo a sustação de protesto de duplicata que tramitou apensada aos autos da ação principal. Sentença única. Desapensamento. Recursos autônomos interpostos em ambos os processos. Princípio da unicidade. Apelo não conhecido.

À luz do princípio da unicidade dos recursos, que informa o direito processual civil brasileiro, é impossível a interposição de mais de um contra a mesma decisão (lato sensu).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.013924-6, da comarca de Itajaí (2ª Vara), em que é apelante Sementes Agroceres S.A. e apelada Proverde Distribuidora de Sementes Ltda.:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, à unanimidade, não conhecer do recurso.

Custas na forma da lei.

Irresignada com a sentença proferida nos autos da ação ordinária intentada por Proverde Distribuidora

de Sementes Ltda., que decidiu também a ação cautelar inominada que se contém nestes autos, Sementes Agroceres S.A. interpôs recursos autônomos, no processo principal e neste cautelar, objetivando a sua reforma.

Com as contra-razões, ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

Deste apelo, contudo, não se pode conhecer, à luz do princípio da unicidade dos recursos, que informa o direito processual civil brasileiro, no rumo do qual é inadmissível a interposição de mais de um contra a mesma decisão (lato sensu).

Considerando-se que o apelo interposto nos autos da ação ordinária, principal em relação a esta cautelar, foi primeiramente protocolizado,

tendo recebido nesta Corte o número 00.013925-4, e que tanto aquele recurso quanto este atacam a mesma sentença, posto que em único provimento judicial o Magistrado pôs termo a ambos os litígios, não é possível o conhecimento deste.

Ante o exposto, não se conheceu do recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 27 de março 2001.

Silveira Lenzi,
Presidente com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.013925-4, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Sérgio Paladino

Julgamento extra petita. Alegação fundada na circunstância de haver o magistrado declinado, dentre os motivos que conduziram ao seu convencimento, que a ré agira de má-fé. Adstrição da sentença ao pedido que se afere pelo dispositivo, não pela motivação. Nulidade repelida.

Não são os motivos que conduziram ao convencimento do magistrado, os quais devem ser por ele declinados ao empreender o processo lógico que culmina na decisão, que serão considerados para aferir-se se o provimento judicial ateu-se aos limites do pedido, mas sim o dispositivo, parte final, contendo o comando que caracteriza a sentença.

Reconvenção. Alegações desacompanhadas de prova. Improcedência. Art. 333 do CPC. Recurso desprovido.

A norma inscrita no art. 333 do Código de Processo Civil, atenta ao princípio dispositivo, distribuiu o ônus da prova nortear-do-se pelo consagrado axioma que remonta à antiga Roma, conso-ante o qual probatio incumbit assereanti.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível n. 00.013925-4, da comarca de Itajaí (2ª Vara), em que é apelante Sementes Agroceres S.A. e apelada Proverde Distribuidora de Sementes Ltda.:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, rejeitar a preliminar de nulidade da sentença e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Itajaí, Proverde Distribuidora de Sementes Ltda. ajuizou Ação Cautelar (n. 00.013924-6) pretendendo a sustação do protesto de duas duplicatas contra si emitidas por Sementes Agroceres S.A.

A medida foi deferida initio litis.

No trintídio legal ajuizou a presente ação ordinária, objetivando ver declarada a nulidade dos títulos encaminhados a protesto e a condenação da ré à composição das perdas e danos. Aduziu, em síntese, que o valor das duplicatas não corresponde ao das transações comerciais efetuadas entre as partes. Concluiu com os requerimentos de estilo.

Juntou documentos (fls. 6/19).

Citada, a ré apresentou reconvenção e contestação, perseguindo, por meio da primeira, a condenação da autora ao pagamento de R\$ 17.118,27 (dezesete mil, cento e de-

zoito reais e vinte e sete centavos), acrescidos dos juros de mora e da correção monetária. Na segunda reconheceu serem incorretos os valores constantes dos títulos encaminhados a protesto, mas sustentou que igualmente equivocados são os indicados pela autora, porquanto inferiores aos reais. Alegou, por fim, a inexistência de perdas e danos, à consideração de que não agiu de má-fé, e postulou a improcedência dos pedidos constantes da petição inicial, com todos os seus consectários.

Juntou documentos (fls. 36/39).

A autora respondeu à reconvenção, argüindo, preliminarmente, incapacidade postulatória, eis que o substabelecimento acostado à fl. 38 se encontra em desacordo com a procuração juntada às fls. 36 e 37 destes autos. Requereu a improcedência do pleiteado na reconvenção pelas razões de mérito deduzidas nas peças anteriores, a par de assinalar a incompatibilidade de sua postulação em ação desconstitutiva de obrigação. A demandante, em peça apartada, também se manifestou sobre a contestação, reproduzindo o argumento da falta de habilitação legal para o advogado praticar os atos deste processo e impugnando todos os termos da resposta.

A ré falou sobre a peça de resistência oferecida pela reconvenida, refutando a preliminar de defeito de

representação, ao argumento de que a procuração de fls. 36 e 37 contempla poderes ad iudicia et extra, nos quais se inclui o de substabelecer. No mérito, sustentou a admissibilidade da reconvenção, requerendo a procedência do pedido ali formulado.

Realizada a audiência de conciliação, o seu objetivo não foi alcançado.

Decidindo antecipadamente a lide, o Dr. Juiz de Direito julgou procedentes em parte os pedidos formulados na ação principal, declarando nulas as duplicatas levadas a protesto, por considerar incorretos os valores anotados nos referidos títulos, e tornando definitiva a sustação do ato notarial, deferida liminarmente nos autos do processo cautelar. Reputou improcedente o pedido de perdas e danos em face da ausência de comprovação de prejuízo e condenou a ré ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% sobre o valor da causa.

Inconformada, apelou a vencedora, argüindo a nulidade do veredicto, à consideração de que decidiu extra petita ao reconhecer a má-fé da ré.

No que tange ao mérito, perseque a improcedência dos pedidos deduzidos por meio da ação ordinária, pleiteando, de outra parte, a procedência do pedido formulado por intermédio da reconvenção, porquanto processada em consonância com as normas pertinentes, requerendo, como consectário, a repartição dos ônus da sucumbência.

Com as contra-razões, ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

A invocada nulidade decorrente do julgamento extra petita não restou configurada. Com efeito, a convicção manifestada pelo Dr. Juiz a quo de que a ré agiu de má-fé coaduna-se com os elementos contidos nos autos, nos quais se encontra registrado o reconhecimento, por parte da ré, de que os valores das duplicatas efetivamente não correspondiam à realidade das transações comerciais realizadas entre as partes, convindo enfatizar que tal não extrapola o limite do pedido deduzido pela autora.

Por outro vértice, não se erigiu no principal motivo da procedência do pedido declaratório formulado na inicial. Determinante para tal foi a confissão da ré, a qual confortou as alegações da autora no que concerne à inexatidão dos valores das duplicatas, transformando-as em fato incontroverso. Portanto, ainda que não se perscrute as intenções que levaram a ré a inserir valores incorretos nos títulos de crédito e a endossá-los com consciência da incorreção, inarredável que esse fosse o desfecho do litígio, precipuamente porque a ré admitiu que os valores lançados nas cambiais não se referiam fidedignamente à transação mercantil que lhes deu suporte.

Ademais, não são os motivos que conduziram ao convencimento do Magistrado, os quais devem ser por ele declinados ao empreender o processo lógico que culmina na decisão, que serão considerados para aferir-se se o provimento judicial ateu-se aos limites do pedido, mas sim o dispositivo, parte final, contendo o comando que caracteriza a sentença.

No tocante à reconvenção, igualmente irretocável a sentença ver-

gastada. Apesar de haver se desenvolvido em consonância com as regras processuais relativas ao instituto, o pedido de cobrança formulado na ação reconvenção não merece acolhimento, à míngua de elementos que confortem as alegações apresentadas na respectiva petição. Note-se que o valor lançado pela reconvincente não se apóia em nenhuma das provas ali coligidas, e se distancia do aduzido pela autora, reconvincente, que encontra lastro no material probatório que esta trouxe ao processo.

Assinale-se que a norma inscrita no art. 333 do Código de Processo Civil, atenta ao princípio dispositivo, distribuiu o ônus da prova norteador-se pelo consagrado axioma que remonta à antiga Roma, consoante o qual probatio incumbit asserenti.

Nesse passo, para que a reconvenção obtivesse êxito, mister que

tivesse a reconvincente demonstrado o que alegara na petição respectiva, de modo a imprimir veracidade aos argumentos que trouxe à baila. Limitando-se à alegação, traçou o destino de sua pretensão: o insucesso.

Ante o exposto, repeliu-se a prefacial de nulidade da sentença e, no mérito, negou-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 27 de março de 2001.

Silveira Lenzi,
Presidente com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.014905-3, DE JOINVILLE

Relator: Des. Solon d'Eça Neves

Apelação cível — Ação de revisão de alimentos — Ex-cônjuge — Pensão acordada quando da separação consensual e honrada por mais de vinte anos — Pretensão de que o pensionamento incida sobre alugueres decorrentes de imóveis e não só sobre o benefício previdenciário do alimentante — Bens advindos da meação ou adquiridos posteriormente ao enlace findado, pelo demandado, em conjunto com a atual esposa — Pedido acolhido em primeiro grau — Impossibilidade — Procedência do recurso.

tude), em que é apelante M. C., sendo apelado I. H.:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.014905-3, da comarca de Joinville (Vara da Família, Infância e Juven-

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

Perante o Juízo da Vara de Família, Infância e Juventude da comarca de Joinville, I. H. propôs ação de revisão de alimentos em face de M.C., aduzindo que a pensão que recebe do demandado, seu ex-cônjuge, na base de 20% de seus rendimentos líquidos, foi de muito minorada a partir de sua aposentadoria, passando a pensão a incidir no mesmo percentual, sobre os benefícios previdenciários do réu.

Acrescentou que, enquanto sua condição financeira piorou sensivelmente, o réu ao inverso, além da sua aposentadoria, auferia aproximadamente o valor de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), montante oriundo da locação de imóveis de sua propriedade.

Requer, então a autora, que a pensão seja calculada também sobre o valor dos alugueres percebidos pelo réu.

Na audiência de conciliação e instrução e julgamento foram colhidos os depoimentos das partes além da oitiva de duas testemunhas, ofertando o réu nessa oportunidade sua contestação, asseverando que, por ocasião da separação judicial consensual a pensão foi pactuada entre as partes, bem como efetivou-se a partilha dos bens do casal, sendo que por mais de 20 anos o réu sustenta a autora com o pensionamento livremente acordado, não sendo justo nem legal o aumento da pensão postulado, até porque os imóveis foram adquiridos após a se-

paração do casal, com o esforço do réu juntamente com sua atual esposa.

Por fim, anotou que a autora não está em situação econômica tão deficitária, até por morar com os filhos que recebem salário razoável, que devem, pois, contribuir para o sustento da mãe.

Sobrevindo aos autos documentos para a melhor instrução do feito, as partes manifestaram-se sobre as provas produzidas, ofertando suas alegações derradeiras.

Em seqüência, o ilustre representante do Ministério Público opinou pela procedência do feito.

O Julgador Monocrático entregou a prestação jurisdicional, acolhendo, parcialmente, o pedido esposado na peça inaugural, entendendo presentes os requisitos do artigo 400 do Código Civil Brasileiro e fixando a pensão alimentícia em 20% dos rendimentos percebidos pelo réu da previdência social, e o mesmo percentual incidente sobre a metade dos rendimentos advindos dos imóveis locados, e condenando o demandado ao pagamento das verbas sucumbenciais.

Inconformado o vencido interpôs o recurso próprio, pretendendo a reforma da sentença exarada, renovando os argumentos expendidos na contestação e nas alegações derradeiras.

Contra-razões e parecer ministerial pelo desprovimento do reclamo.

A douta Procuradoria também apontou para a manutenção do decisório vergastado.

É o sumário relatório.

Examinando com cuidado os autos e a questão submetida ao crivo

da justiça, tem-se que a razão está com o apelante.

Exsurge do processado a obrigação do pensionamento, no entanto, não transparece como justo o agravamento da pensão alimentícia honrada há tantos anos.

Primeiramente, impende o registro, de que a apelada mora com os filhos, detendo estes uma boa situação financeira, como restou provado nos autos, mesmo em se considerando o decréscimo da verba alimentar havido em função da aposentadoria do apelante, em decorrência do que a pensão recebida passou a incidir sobre o benefício previdenciário e não mais sobre o salário do alimentante.

No caso em exame, a pensão foi acordada — como nos informa a apelada na peça inaugural e no mesmo norte apontam os processos em apenso — em 20% dos rendimentos líquidos do apelante, descontada da empresa empregadora deste e, com o advento da aposentadoria, foi requerido que o desconto recaísse sobre os seus benefícios previdenciários.

Como leciona Yussef Said Cahali: “se não houve ajuste de quantia fixa, mas proporcional aos vencimentos do marido, na fixação de alimentos, a esposa deve suportar eventual diminuição, quando para esta não concorreu dolo do marido”(Dos Alimentos, SP: RT, pág. 353).

Ora, se houve redução nos rendimentos do marido, por óbvio há o reflexo na pensão a que ele está obrigado.

Os bens de propriedade do apelante, ou lhe são de direito pela partilha levada a cabo pelo casal quando da separação judicial consen-

sual, na qual a apelada recebeu o seu quinhão, ou foram adquiridos posteriormente ao enlace findado, em consequência do esforço próprio do alimentante em conjunto com a atual esposa.

Vale notar que mais de vinte anos de pagamento de pensão alimentícia, já é um encargo considerável, a ser majorado em função do aumento do patrimônio do alimentante, decorrente, tão-somente, do esforço do novo casal.

Como já se decidiu:

“A prestação alimentícia não se eleva na mesma proporção do sucesso econômico que o marido obteve, sem o auxílio da mulher, tempos depois da separação do casal...” (1ª CCTJPR, Ap. Cív. n. 11.048-7, v. u., j. em 26/6/90, rel. Des. Ivan Righi).

Translada-se o ensinamento de Moura Bittencourt colhido deste aresto:

“...na revisão de alimentos, não pode a ex-esposa obter aumento da pensão na mesma proporção do sucesso financeiro e econômico do alimentante; mormente se, separada judicialmente há tempos, em nada contribui para a nova situação daquele” (Alimentos, Leud, 5ª ed., pág. 87).

De outro turno, esta Câmara já decidiu, até em defesa do instituto, para que não se o tenha como inesgotável fonte de renda, em desvirtuamento de sua real função e importância:

“Para fazer jus a alimentos, não basta comprovar a possibilidade que tem o alimentante de prestá-los. Antes, deve restar demonstrada a necessidade do alimentado, sob pena de transformar-se o instituto, que é um

dos mais nobres do direito privado, em permanente e inesgotável fonte de renda.

“O casamento, há muito, deixou de ser aquele regime tirânico, imposto pelo egoísmo e prepotência masculinos. O progresso da civilização fez apagar os mitos da inferioridade feminina e superou a crença medieval da decantada fragilidade da mulher, dando-lhe, a custa de ingentes esforços, um regime de igualdade, como determinam o inc, I, do art. 5º e o § 5º do art. 226, ambos da Constituição Federal” (Yussef Said Cahali, *Dos Alimentos*, 2ª ed., RT, 1994, págs. 214/215) (Ap. Cív. n. 98.003935-5, rel. Des. Francisco Borges).

E deste julgado, a lição do mestre mencionado na ementa:

“...mesmo antes da Constituição de 1988, desapareceu do campo normativo o dever do marido sustentar esposa que possa prover à própria manutenção, não só em face da independência econômica e jurídica das mulheres casadas, que se operou por força da Lei n. 883 e da Lei n. 4.121/62, como das modificações à Lei n. 833 e do advento da Lei n. 6.515/77. Com a chegada da mulher, os deveres conjugais passaram a correr tanto em mão como em contra-mão, podendo ser exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (art. 226, § 5º), assim precisa a mulher se afastar e refugar a ultrapassada noção chauvinista de pretensos direitos de ser sustentada. Deve trabalhar como todos, presente a igualdade dos sexos constitucionalmente conquistada” (Dos Alimentos, 2ª ed., RT, 1994, págs. 214/215).

Merece transcrição outra ensinância do doutrinador em referência, extraída do Agravo de Instrumento n. 96.006760-4, relatado pelo insigne Des. Pedro Manoel Abreu:

“Importante ressaltar, ainda, que, ‘com relação à esposa, preconiza-se a concessão de alimentos, na quantidade necessária a manter a sua situação econômica e social equivalente àquela que mantinha por ocasião da vida em comum, e o padrão de vida da sociedade conjugal que se desconstituiu, embora se tenha de reconhecer que, na atualidade, em razão da separação do casal, a mulher terá de entender dever se adaptar a uma nova realidade, não podendo exigir permanência do status quo ante, com o mesmo padrão de vida que suportaria se separada não fosse do cônjuge, pois isto é fruto da própria contingência”’.

Calha, por fim, mais uma lição pretoriana:

“Ação de execução de prestação alimentícia, objeto de acordo celebrado por ocasião da separação do casal, aforada por mulher separada contra o ex-cônjuge varão, visando ao pagamento de importância resultante da incidência do percentual ajustado pelas partes para efeito de pensão alimentar sobre a indenização oriunda da rescisão do contrato de trabalho — Percentual alimentício acordado pelo casal e incidente sobre os rendimentos líquidos do alimentante — Pretensão da alimentada que pretende fazer incidir o percentual também sobre verba indenizatória — Inadmissibilidade — Quanto à base sobre a qual deverá incidir o percentual, é firme a jurisprudência em considerar que o termo

vencimentos, salários ou proventos somente pode corresponder à totalidade dos vencimentos auferidos pelo devedor no desempenho de sua função ou de suas atividades empregatícias — No caso, a incidência será, tão-só, sobre os rendimentos líquidos de natureza salarial e não indenizatória percebida em razão de rescisão contratual. Tratando-se de alimentos fixados através de acordo celebrado por ocasião da separação judicial do casal em base percentual sobre os rendimentos líquidos ou sobre o salário do alimentante, o percentual acordado pelas partes não incidirá sobre a verba indenizatória ou sobre o FGTS, decorrente do rompimento do contrato de trabalho, a não ser no caso de inadimplência da obrigação alimentar; e nesta hipótese, em função supletiva e não adicional" (TJSC — Ap. Cív. n. 46.514, rel. Des. Rubem Córdova) (grifo meu).

Destarte, de acordo com as razões esposadas, inviável que o per-

centual referente à pensão alimentícia acordado entre as partes incida também sobre os alugueres advindos dos imóveis do apelante, como postulou a demandante e assegurou o juízo singular, impondo-se a reforma do provimento jurisdicional entregue, para que o desconto recaia tão-somente sobre o benefício previdenciário do alimentante.

Pelo exposto, a Câmara conhece do recurso, dando-se-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 11 de novembro de 1999.

João José Schaefer,
Presidente com voto;
Solon d'Eça Neves,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.003907-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Volnei Carlin

Ação civil pública. Julgamento antecipado. Cerceamento de defesa. Provas documentais. Desnecessidade de dilação probatória.

A controvérsia permite desfecho antecipado quando a natureza fático-jurídica e os elementos carreados aos autos justificam seu julgamento. A antecipação é legítima quando os aspectos decisivos são suficientes para o convencimento do julgador.

Ação civil pública. Ótico prático, contactólogo e médico oftalmologista. Configuração profissional. Coletividade. Sujeito passivo principal. Exegese dos Decretos ns. 20.931/32 e 24.492/34. Saúde pública. Indenização.

Da apreciação do art. 39 do Decreto de 1932, além dos arts. 9º e 13 do Decreto de 1934, observa-se que aos técnicos óticos e contactólogos — profissionais de nível médio e subespecialidade da classe de médico oftalmologista — compete a manipulação de lentes de grau e adaptação de lentes de contato fornecidas na prévia receita médica, sendo a eles vedado diagnosticar, tratar distúrbios do intricado globo ocular e/ou substituir óculos por lentes de contato, prerrogativas exclusivas dos profissionais de nível superior, pois a oftalmologia é uma especialidade médica, complexa e sofisticada.

A alegação de que no currículo dos técnicos óticos consta a disciplina de contactologia é insuficiente para credenciá-los a adaptar lentes de contato por lhes faltar capacitação a identificar complicações de graves seqüelas aos pacientes e danos irreparáveis à saúde pública. Em assim agindo, os profissionais não-médicos exteriorizam um comportamento profissional aético, ilícito e sujeito a punições legais (administrativas, civis e penais). Ademais, desnecessário que alguma pessoa tenha sofrido efetivamente qualquer dano à saúde, eis que o sujeito passivo principal sempre é a coletividade.

A indenização por dano à cliente prende-se ao objeto dos arts. 13 da LACP e 94 da Lei n. 8.078/90, admitindo-se, no entanto, que os prejuízos individuais sejam apurados em ações específicas.

Ação civil pública. Óticos e contactólogos. Normas regulamentadoras da década de trinta. Analogia. Modelo alienígena. Aplicabilidade.

Nenhum magistrado poderá deixar de julgar por motivo de obscuridade, silêncio, insuficiência ou omissão legislativa, devendo recorrer a outras fontes jurídicas e, na lógica do razoável, aplicar pressuposto gnosiológico do Direito e fundamento da igualdade jurídica, assegurada pela Constituição.

A analogia juris estriba-se num conjunto de normas que permite sua aplicabilidade ao caso concreto não contemplado, embora similar. Tal princípio encontra sua origem no Direito francês (art. 4º, CC) que, inclusive, considera culpa do juiz denegar justiça, recusando-se a julgar.

Ação civil pública. Honorários advocatícios. Ministério Público vencedor. Verba devida pela parte sucumbente.

O princípio da sucumbência autoriza os honorários de advogado serem cobertos pela parte vencida. A LACP não prevê isenção, devendo a importância ser recolhida aos cofres do Estado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.003907-0, da comarca da Capital (1ª Vara), em que é apelante Ocular Produtos Oftalmológicos Ltda. e apelados Representante do Ministério Público e Celenco Comércio de Lentes de Contato Ltda.:

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, rejeitar a preliminar e negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

O Ministério Público Estadual, representado pelo Promotor de Justiça Dr. Antenor Chinato Ribeiro, nos idos de 1991, promoveu ação civil pública com fundamento no art. 129, III, da Constituição da República c/c arts. 1º, III, e 5º, caput, da Lei n. 7.347/85 e art. 82, I, da Lei n. 8.078/90 contra Ocular Produtos Oftalmológicos Ltda. e Celenco Comércio de Lentes de Contato Ltda.

Alega, em síntese, que as demandadas praticam publicidade em desconformidade com as normas que regem sua atividade, além de exercerem atos privativos de medicina, comercializando lentes de grau de contato sem previsão médico-oftalmológica, devendo, em decorrência, indenizar os danos patrimoniais e morais daí advindos.

Pede, ao arremate, sejam vedadas essas práticas, mediante a concessão de medida liminar e fixação de multa diária.

A inicial vem instruída com vasta documentação, inclusive com inquérito policial (fl. 11 usque 103).

Às fls. 105/106 restou deferida a medida liminar.

Em resposta à peça vestibular, primeiramente a Celenco nega os fatos suscitados na inicial, além de aduzir que, à época do aforamento da actio, a empresa já havia cessado suas atividades, sendo impossível a aplicação das penalidades requeridas. Acresce não ter praticado qualquer ato lesivo aos consumidores ou privativos da área médica, sendo que seu trabalho sempre limitou-se ao aviamento das receitas fornecidas por médico oftalmologista. Ademais, o comércio de lentes de contato não possui legislação específica, pois que se trata de produto moderno, diferente daquelas normas em que se baseia o Ministério Público. Inaplicável a analogia, in casu. Pugna pela improcedência da demanda.

A Ocular, por sua vez, ao contestar a lide (fls. 118/128), após recapitular os fatos inseridos na inicial, solicita seja reconsiderada a decisão proferida initio litis, passa a dar sua versão dos fatos. Sustenta o espírito mercantilista dos oftalmologistas ao denunciarem as óticas, ferindo o Código de Ética Médica. Destaca o caráter revanchista dos médicos por ter a ré

se recusado a formar uma sociedade com a classe dos oftalmologistas. Acrescenta que inexistente qualquer vontade dos queixosos em defender a saúde pública, relatando, na ocasião, situações caracterizadoras dos fatos ora narrados (fls. 119/123). Fala da publicidade exercida em nome da competitividade do mercado, mas cometida sempre dentro da permissibilidade legal. Diz que sua esposa não se ocupa dos óculos, trabalhando apenas com lentes de contato e cosméticas, uma vez que o sócio-gerente da empresa é técnico em contactologia, possuindo para seu mister os equipamentos obrigatórios (relacionados à fl. 125). Termina por rechaçar o cabimento das indenizações pleiteadas pelos danos pretéritos, segundo lição doutrinária que indica. Requer, dando desfecho à sua defesa, a produção de provas e a improcedência da ação, com a condenação do Estado nas cominações legais.

Junta os documentos de fl. 130 usque 290.

Houve impugnação do autor às contestações apresentadas (fls. 291/295).

Para conhecimento de terceiros expediu-se o edital de fl. 300, ex vi dos arts. 91/100 do Código de Defesa do Consumidor c/c art. 13 da LACP, para a formação do fundo a que se referem.

Em conseqüência, o Magistrado prolatou a sentença antecipadamente, calcado na prova documental. Julgou o pedido parcialmente procedente, determinando a cessação da atividade nociva, ou seja, o exercício de qualquer prática não abrangida no art. 9º do Decreto n. 24.492/34, inclu-

sive no que se refere às lentes de contato sob pena de multa diária de R\$ 300,00. Custas pela ré. Sem honorários (Adcoas 146/199).

Ocular Produtos Oftalmológicos Ltda., inconformada, aforou apelação argüindo, em preliminar, a nulidade de sentença por cerceamento de defesa em face do julgamento antecipado. No mérito, reitera a tese da legalidade do exercício profissional (fls. 298/306), em poder indicar e vender lentes de contato com grau, independente de receituário médico, uma vez que possui função técnica de ótico e contactólogo.

Houve contra-razões nas quais se ratifica o posicionamento da inicial, objetivando o apelado a manutenção do decisum (fls. 324/332), sendo os autos, em seguida, encaminhados a esta Instância.

Aqui, pelo conhecimento e desprovimento do reclamo constituiu-se a manifestação da Procuradoria de Justiça às fls. 328/333.

II — Voto

Cumpra analisar primeiramente a arguição de cerceamento de defesa (fls. 311/314).

Em realidade, a matéria sub judice é unicamente de fato e de direito, comportando perfeitamente o julgamento antecipado da lide, nos expressos termos do art. 330, I, do Código Processual Civil, pois a vexata quaestio permite, de plano, o convencimento judicial apenas com os documentos e demais elementos objetivos colacionados aos autos.

“A questão é de direito e de fato se há controvérsia sobre fatos da cau-

sa, seja sobre os fatos do autor, constitutivos do pedido, seja sobre os fatos do réu, constitutivos da exceção ou da objeção por ele levantada" (Calmon de Passos, José Joaquim. Comentários ao Código de Processo Civil. 7ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1994, págs. 499/502).

Não é outro o entendimento jurisprudencial:

"Versando a discussão apenas sobre matéria de direito ou matéria de fato não dependente de outras provas, cabível é o julgamento antecipado da lide. 'A antecipação é legítima se os aspectos decisivos da causa estão suficientemente líquidos para embasar o conhecimento do magistrado' (STF, RTJ 115/789)" (Ap. Cív. n. 52.087).

"Julgamento antecipado — Questão essencialmente de direito — Prova documental suficiente — Cerceamento de defesa inócidente.

"Não se 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. 97.006049).

Ora, in specie, o julgamento antecipado configurou-se oportuno e salutar por apresentar vantagens quanto à celeridade, à economia e à eficácia, pois a instrução probatória seria desnecessária e poderia representar perda de tempo (§ 2º do art. 331, CPC).

A solução do problema em tela, portanto, revestiu-se de maturidade decorrente da instrução completa do processo, o qual dispensou dilação probatória em audiência.

O instituto em apreço, assim, foi bem aplicado (art. 330, I, do CPC). Legitimamente notório, atendeu aos próprios interesses das partes e notadamente do Estado, na administração da Justiça, pois o Julgador apresentou-se satisfeito e convicto da verdade formal dos fatos questionados, em face do juízo seguro que emergiu com a evidência da prova documental.

Por outro lado, et pour cause, as outras provas, orais e técnica, solicitadas pelos réus (testemunhais e periciais, fls. 128/129), não encontram justificativa. A testemunhal mostra-se desinfluyente e inadmissível em tais casos, pois existe no processo farta prova escrita. Tal como posta a controvérsia, o julgamento não implica, também, a produção de prova pericial. Os documentos inseridos nos autos são suficientes para orientar, com segurança, assim, a solução do mérito da causa. A antecipação "é legítima se os aspectos decisivos da causa estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do magistrado" (RT 115/789). Mesmo sentido: PAULA, Alexandre de. Código de Processo Civil Anotado. 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, pág. 298).

Vê-se que a matéria é unicamente de direito, resumindo-se na interpretação que será dada aos Decretos ns. 20.931/32 e 24.492/34, pois o problema da responsabilidade decorrente das práticas apontadas como ilegais, segundo a sentença, poderá ser sanado em ação específica (fl. 307).

É, sem dúvida, tendência do Direito Adjetivo simplificar os atos do processo, racionalizando-os e seguindo uma teleologia contemporânea,

cumprindo ao juiz — *iura novit curia* — aplicá-la. In *ypothesis*, repita-se, os aspectos decisivos da *actio* constitucional encontram-se suficientemente líquidos e com prova documental incontestável, a tornar inócua a dilação probatória.

De sorte que não havia justificativa para a designação de audiência, pois a prova oral antevia-se como totalmente desnecessária, não havendo justificativa para a sua realização e nem razão de ser. Os argumentos em contrário não guardam maior consistência teleológica, jurídica e axiológica, lembrando tratar-se a condução do processo numa faculdade-poder do juiz, logo, sem possibilidade de vício processual.

Pela rejeição da preliminar, portanto.

Superado esse ponto, impõe-se a análise da relação de direito material que vincula as partes.

A matéria de mérito, versada nos autos, destaque-se, é de simples desate. Trata-se de saber se os técnicos óticos e os contactólogos que se ocupam da venda de lentes intra-oculares e óculos aos respectivos clientes são práticas vedadas, ou não, pela legislação vigente.

Ora, de imediato pode-se afirmar que ao oftalmologista, por ser médico, cabe desempenhar, em quaisquer das subespecialidades, o conhecimento sobre todo o conjunto do olho, sabendo encará-lo não como um órgão estanque, mas como um todo complexo. Por isso se exige que todos eles sejam exercitados por médicos oftalmologistas, afastando-se a prática dos paramédicos que, embora portadores de conhecimentos técnicos

(nível de segundo grau), desconhecem os complicados e científicos procedimentos que, em certas circunstâncias são exigidos, em prol dos consumidores dos serviços desses profissionais.

Fornecer receitas de óculos e de lentes de contato corretivas, terapêuticas ou cosméticas, com ou sem grau, é ato exclusivo de médico, cuja especialidade seja a oftalmologia.

No caso dos autos, a prova autoriza se conclua, como o fez o Juiz de primeiro grau (fls. 302/308), seguido dos minuciosos pareceres ministeriais (fls. 313/321 e fls. 302/333), que a apelante agiu sem habilitação profissional legal para tanto.

É que restou comprovado, via inquérito policial, que a recorrente estava efetivamente procedendo à troca de óculos por lentes (fls. 12 e v.), fato admitido, em presença de seu advogado, pelo próprio sócio-gerente da Ocular (fl. 15), o que, por si só, constitui ameaça à saúde pública. Tal versão vem corroborada pelas testemunhas de fl. 13 (Hélio Luiz, que viu o sócio-gerente colocar lentes de contato e chamá-lo de "doutor"); 20 (Sérgio Martins, que apresentou olhos vermelhos e lacrimejantes); 23 (Jorge Mandelli Araújo, que viu lentes serem comercializadas pelo técnico contactólogo apelante); e 25/26 (Walter Marra de Andrade, que apresentou má adaptação às lentes). Ademais, Paulo Roberto Velloso deu explicações à imprensa (fl. 29) que levavam a crer ser ele profissional habilitado e há representação expressa contra a apelante da Sociedade Catarinense de Oftalmologia, revelando denúncias de irregularidades de estabelecimentos

óticos que estariam pondo em risco a saúde ocular da população (fls. 43/44 — óticas realizando exames de refração e, dentre elas, a apelante, por medir grau de deficiência visual). A Ocular também é mencionada, como empresa de exercício de atividade irregular pelo documento de fls. 53/54 (lentes de contato baseadas em receitas para óculos), subscrito pelo Diretor de Defesa Profissional da SCO e, no mesmo sentido, ainda o documento de fls. 55/56. A Fiscalização Sanitária foi chamada pela comunidade médica para tomar as devidas providências (fl. 43), invocando os procedimentos cabíveis do Ministério Público (fl. 44).

Os fatos denunciados na inicial, pelo que se vê, seguramente encontram-se evidenciados, tanto pela prova oral como acham-se confortados pela documentação trazida e acima detalhada. Assim as conclusões extraídas da sentença recorrida (fls. 303/307) não sobrevieram somente de inquérito policial, mas diante de documentos cabais e conclusivos. A prova policial representou apenas um plus para a convicção do Magistrado. Sequer seria o caso de aplicar-se o princípio da dúvida: *s'il subsiste une doute, c'est que la preuve n'est pas faite*. Não é a hipótese dos autos.

Aliás o veemente reclamo da apelante, feito quando das razões de recurso (fls. 312/313), de que não foi permitido o contraditório, não encontra qualquer respaldo na jurisprudência.

“Apelação. Prova emprestada. Sua validade é igual à da que foi ou poderia ter sido colhida nos autos a que veio acostada. Requisitos neces-

sários para tanto: que tenha sido obtida em processo no qual figuraram as mesmas partes, que na colheita da mesma tenham sido observadas as formalidades legais aplicáveis e que o fato probando seja idêntico. Recurso provido” (Ap. Cív. n. 27.059, de Ponte Serrada, rel. Des. Norberto Ungaretti, em JC 60-175/178).

Calcado em prova extraída de inquérito policial, impulsionado pela mesma Sociedade Catarinense de Oftalmologia, o Desembargador Amaral e Silva, na Ap. Cív. n. 46.963, de Biguaçu, admitiu que o fornecimento de lentes e óculos sem receita ameaça flagrantemente a saúde pública.

Sem margem a qualquer reticência, desta forma, nota-se que as informações prestadas pela prova policial colhida entre as mesmas partes e sobre o mesmo fato probando devem ser valoradas pelo julgador e são aptas à formação de sua convicção. Além dessa, como se viu, há outras, a exemplo dos documentos presentes nos autos.

Assevera a apelante a certa altura (fl. 317), citando o art. 5º da Carta da República, *in verbis*:

“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Pode-se completar a idéia:

“É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (CRFB, art. 5º, XIII).

Aqui reside o ponto-chave dos autos: descumprir pressuposto de lei e constitucional básico, pois, pelo que se constata no processo, não está o Sr. Paulo Roberto Velloso qualificado

profissionalmente para fornecer lentes de contato ou de grau (fl. 15) sem receituário médico, porque simples curso técnico não é suficiente.

Atividades desta magnitude, não obstante o referido art. 5º, XIII, assegurar o livre exercício de profissão, sofrem restrições no que concerne à capacitação objetiva dos profissionais. Estes, além de portarem diploma que a eles confere a presunção de competência para o exercício da profissão, devem registrá-lo no Serviço Nacional de Fiscalização do Departamento de Saúde (Dec.-Lei n. 211, de 27/2/69) só assim tornam-se aptos legalmente a desempenhar o seu mister.

No caso concreto ficou sobejamente provado que o sócio-gerente da empresa apelante sem ostentar a indispensável qualificação técnico-jurídica, aproveitando-se do fato de ser prático de ótica e contactologia, indicou lentes de contato, as quais dependiam de receituário médico. O resultado foram problemas visuais.

Na verdade, cumpre ao médico oftalmologista examinar e descrever anomalias eventualmente encontradas no globo ocular. Tarefa essa impossível de ser realizada pelo técnico em ótica — sem contudo desprezar seu conhecimento. Cabe a ele tão-somente, de posse das receitas, aviar as lentes de grau e de contato, assim como ao médico oftalmologista é defeso, por questões de ordem jurídica e ética (Dec. n. 20.931/32) manter estabelecimento comercial cujo produto de mercancia seja lente (ex vi Decs. 20.931/32 e 24.492/34, arts. 39 e 12, respectivamente). Compete ao médico, enfim, o diagnóstico e o trata-

mento das doenças oculares, procedendo à análise com acuidade do complexo órgão que é o olho humano.

A receita dos óculos e lentes é ato médico, privativo deste profissional e por lei garantido.

De fato:

“É vedado às casas de ótica confeccionar e vender lentes de grau sem prescrição médica, bem como instalar consultórios nas dependências dos seus estabelecimentos” (Dec. n. 20.931/32, art. 39).

“Ao ótico prático do estabelecimento compete:

“a) a manipulação ou fabrico de lentes de grau;

“b) o aviamento perfeito das fórmulas ópticas fornecidas pelo médico;

“c) substituir por lentes de grau idêntico aquelas que foram aposentadas danificadas;

“d) datar e assinar diariamente o livro de registro do receituário da ótica” (Dec. n. 24.492/34, art. 9º).

“A venda de lentes de grau só poderá ser feita com a apresentação da fórmula óptica do médico (Dec. n. 24.492/34, art. 14).

Resta claro que, quando o oftalmologista prescreve óculos ou lentes para determinado paciente, o ato médico se esgota com o fornecimento da receita. De posse desta, em se dirigindo o consumidor a determinada ótica, inicia, então, o expediente do prático: aviar a receita.

Trazem-se dois precedentes do Tribunal catarinense:

“Ação civil pública. Ótico prático que realiza exames oftalmológicos,

indica e confecciona lentes de grau. Violação ao Decreto n. 24.492/34. Perigo à saúde pública evidenciado. Demanda acolhida. Recurso improvido.

“Entre os atos permitidos ao óptico prático pelo art. 9º do Decreto n. 24.492/34 não se insere o de realizar exames oftalmológicos, e, em razão disto, receitar ao paciente a lente de grau que entende cabível. É que o aviamento permitido a este comerciante é aquele decorrente da apresentação, pelo consumidor, de fórmula fornecida pelo médico oftalmologista devidamente credenciado.

“Assim sendo, se o óptico prático age ao arrepio da aludida legislação específica, põe em risco a saúde pública da população onde atua, sobretudo a incauta, legitimando-se, pois, a ação ministerial para coibir definitivamente essa prática indevida e mesmo ilegal” (Apelação Cível n. 46.963, de Biguaçu, rel. Des. Eládio Torret Rocha).

“Mandado de segurança. Empresa que conta com técnico óptico. Equipamento para teste visual (ceratômetro). Fornecimento de lentes e óculos sem receita médica. Câmara escura. Realização de testes de refração para medir a acuidade visual e adaptação de lentes de contato. Decreto n. 24.492 de 28/6/34. Recurso desprovido.

“São de competência exclusiva do médico oftalmologista a análise, visualização e descrição de outras anomalias encontradas no globo ocular, não sendo possível atribuir-se estas atividades ao técnico da optometria.

“Entre os atos permitidos ao óptico prático pelo art. 9º do Decreto n. 24.492/34 não se insere o de reali-

zar exames oftalmológicos, e, em razão disto, receitar ao paciente a lente de grau que entende cabível. É que o aviamento permitido a este comerciante é aquele decorrente da apresentação, pelo consumidor, de fórmula fornecida pelo médico oftalmologista devidamente credenciado...” (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 96.009307-9, de Canoinhas, rel. Juiz Nelson Schaefer Martins).

Da apreciação desses dispositivos e das lições pretorianas mencionadas depreende-se, com convicção, que aos técnicos óticos — profissionais de nível médio — compete, tão-só, a manipulação ou confecção de lentes de grau, consoante prescrição médica. É expressamente proibido examinar, diagnosticar ou tratar distúrbios de visão. Prerrogativas tais, como se viu, são privativas do médico oftalmologista para tanto habilitado. É que o ótico não tem conhecimento para diagnosticar uma inflamação, um tumor e uma catarata, podendo ministrar lentes que só irão agravar os males do aparelho visual.

Registrem-se duas passagens inseridas no aresto da lavra do Juiz Nelson Schaefer Martins (Apelação Cível n. 88.077836-8 (47.327), de Joinville):

“É curial, lógico e evidente à toda prova que os ‘cursos específicos’ ministrados aos técnicos responsáveis (óticos), por si só, não têm o condão de afastar a exigibilidade de um diagnóstico médico (art. 39 do Dec. n. 20.931/32 e arts. 13 e 14 do Dec. n. 24.492/34. A medição de curvatura da córnea para aplicação de lentes de contato deve ser precedida de um minucioso exame com equipamento es-

pecializado, e a indicação das lentes somente se fará segura depois da prescrição médica, cujo diagnóstico não dispensa o feeling e a experiência do profissional da área, só encontrado nas clínicas ou consultórios oftalmológicos.

“A finalidade da lei é a prevenção, e conseqüente segurança à saúde pública eis que, a falta de esclarecimento ou melhores conhecimentos do técnico, poderá trazer complicações insuperáveis e graves seqüelas aos clientes”.

Prossegue pouco adiante:

“É importante salientar que o oftalmologista, ao examinar o paciente, não tem sua ação restrita à medição do grau de deficiência visual e do tipo deficiência, para fins de ministrar-lhe receita de lente corretiva, de contato ou não. Ao examinar, o médico especialista vai muito além. Pode ocorrer que o paciente esteja com uma inflamação de córnea, tendo com isso a visão prejudicada; pode que porte um tumor, etc. Enfim, a especialização em oftalmologia não visa à criação de simples médico operador de máquinas, é óbvio”.

Assim é que a acionante/apelante vem fornecendo lentes de contato com o mesmo grau previsto para óculos e outros fatos que resultem em danos visuais, conforme ficou demonstrado no inquérito policial, sem prescrição médica, o que contraria a inteligência do art. 14 do Dec. n. 24.492/34 aludido.

A recorrente, com destacada ênfase, assevera que o Juiz sentenciante (fls. 314/317) ignorou por completo toda a matéria e documentos tra-

zidos a respeito das atividades de ótico e contactólogo (fl. 314, in fine).

Ocorre que ambas as especialidades devem ser exercidas sob supervisão do médico oftalmologista. É a própria apelante que confirma isso (fl. 124, in fine, e doc. de fl. 239, ab initio).

No mais, o fato de estar o técnico habilitado em contactologia não o credencia à prática de adaptação de lentes de contato. Faltam a ele certos conhecimentos profundos, próprios dos médicos oftalmologistas, para um acompanhamento seguro do processo que objetiva identificar as complicações capazes de resultar em graves seqüelas aos pacientes.

O documento de fls. 45/46 orienta que os contactólogos não possuem habilitação profissional para realizar um exame oftalmológico nas pessoas que lhes procuram e, conseqüentemente, não a possuem para fazer o acompanhamento de uma adaptação de lentes de contato.

A contactologia, por si só, não pode ser praticada sem a orientação de um profissional para tal habilitado em curso superior, pena de incidir na prática ilegal da medicina. A quem compete exclusivamente a prescrição dos óculos é ao médico oftalmologista (parecer de fl. 319). O fato de o responsável legal da recorrente ter aptidão técnica, além de ótica, ter o curso de contactologia, não lhe dá o direito de exercer ilegalmente sua profissão, indicando e fornecendo óculos e lentes de grau sem o receituário médico pertinente (fl. 330). Em verdade, exercer atividades mais extensas do que aquelas desempenhadas pelo ótico prático não autoriza o contactólogo a

realizar as mesmas funções do oftalmologista.

O contactólogo legalmente habilitado pode exercer a atividade sob supervisão de médico oftalmologista, afirma o decisum trazido pela apelação (fl. 321).

Além dos escólios colacionados, recorre-se ao direito belga:

“Il y a exerce l'illégal d'une branche de l'art de guérir, lorsque, habituellement, une personne non qualifiée, en examinant ou visitant des malades, remet ou prescrit un remède pour guérir certaines maladies, indique la manière de l'employer, soit qu'elle agisse dans un but de spéculation ou de charité, soit qu'elle prenne ou non le titre de docteur...” (Excerto extraído do Acórdão encontrado na Revista dos Tribunais n. 727, São Paulo, mai./1996, pág. 511).

Assim, ao se consultar a Lei n. 5.692 de 11/8/71, apontada pela apelante (fl. 317, n. 3.12), o sócio-gerente possui um certificado de técnico de segundo grau em ótica, tendo cursado a disciplina de contactologia (fl. 238 e v.). E é só. Nada existe que o autorize a desempenhar atividades próprias de curso superior.

É do STJ a lição:

“A aplicação de lentes de contato se insere na prática da medicina oftalmológica...” (REsp n. 11.639/MG, rel. Min. Peçanha Martins, j. 13/5/1992).

No que se refere à condenação das acionadas em indenizar, pleiteada pelo autor (fl. 10, n. 6), com observância dos arts. 91/100 do CD, andou acertado o Sentenciante (fl. 307, in fine), quando determinou que os pedi-

dos indenizatórios fossem resolvidos em processos individuais, seguindo, desta forma, orientação doutrinária (MANCUSO, Rodolfo de C. Ação Civil Pública. 4ª ed., 1996, pág. 154), além da obra de Hugo Nigro Mazzilli, que endossa tal ponto de vista (A defesa dos interesses difusos em Juízo. 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, pág. 279). Vencido nesta parte, o Ministério Público se conformou.

Quanto à alegada falta de legislação específica, uma vez que as lentes de contato se constituem em um produto relativamente novo no comércio e com tecnologia própria, enquanto a legislação a respeito é antiga (Dec. n. 20.931/32), a argumentação improcede.

É que nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão legal (LICC, art. 4º). Na hipótese de ausência de lei ou quando não contenha solução para o caso, deve o magistrado socorrer-se de outras fontes jurídicas, conforme o art. 4º ora comentado (BATALHA, Wilson de Sousa Campos. Lei de Introdução ao Código Civil. 1º vol., São Paulo, Max Limonad (s/d) págs. 162/167).

Nesse sentido, o juiz sempre deve proferir decisão de acordo com a analogia, porque a norma que o determina a tanto é pressuposto gnosiológico do Direito, independente da ação do legislador, aplicando a lógica do razoável (LICC, art. 5º) no estabelecimento de critérios de valoração, pois a analogia é um processo revelador de normas implícitas, fundamentada na identidade da razão e na igualdade jurídica assegurada pela CRFB (art. 5º, caput).

É a analogia juris estribada num conjunto de normas das quais se extraem elementos que possibilitam sua aplicabilidade ao caso concreto não contemplado, mas similar (DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, págs. 108/135).

Necessário, portanto, que, além das semelhanças entre o caso previsto e o não regulado haja a mesma razão, em se considerando a hipótese assemelhada ao julgamento paritário ao da norma existente.

Para integrar a lacuna, o art. 4º do Código Civil francês estabelece a punição do juiz que se recuse, sob pretexto de omissão, obscuridade ou insuficiência da lei a proferir decisão:

“Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice”.

Constitui-se, assim, o sistema jurídico brasileiro tradicional, segundo o qual o Direito, em sua complexidade, apresenta soluções para todos os casos multifários que a vida oferece.

Observe-se que sem a fixação da pertinente multa na parte dispositiva, a sentença tornar-se-ia ineficaz em caso de reincidência. Outrossim, “parece lícito dizer que sem garantias processuais e procedimentais não se vive num Estado de direito (CANOTILHO, J. J. Gomes. Estado de direito. Cadernos Democráticos. 7º vol., Lisboa, Fundação Mário Soares Gradiva, 1999. pág. 71).

Quanto à dispensa da fixação de honorários, por se tratar do Ministério Público (fl. 308, final), incorreta a decisão impugnada, uma vez que, na ação civil pública, cabíveis são os honorários que devem ser recolhidos aos cofres públicos (consulte-se: Ap. Cív. ns. 88.77836-8, de Joinville, rel. Juiz Nelson S. Martins; 47.136, de São Francisco do Sul, rel. Des. Vanderlei Romer; 97.000456-7, de Porto União, rel. Des. Sérgio Paladino e 31.817, da Capital, rel. Des. Napoleão Amarante).

Por fim, não se insurgiu o Ministério Público relativamente à isenção da apelante na fixação de honorários advocatícios.

Desse modo, o decisum atacado deve, portanto, prevalecer.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator decide a Câmara, à unanimidade, rejeitar a preliminar e desprover o recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Luiz Cezar Medeiros.

Florianópolis, 1º de março de 2001.

João Martins,
Presidente com voto;
Volnei Carlin,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.017397-6, DA CAPITAL**Relator: Des. Volnei Carlin**

Ação popular — Interposição sob o fundamento da ilegalidade do ato administrativo — Interesse de agir — Falta de finalidade — Feito julgado extinto.

Em havendo falta processual de interesse de agir, deve-se decretar a extinção do feito, ex vi do inciso VI, art. 267, CPC, por perda de sua finalidade.

Falta de publicação de editais para outros cidadãos prosseguirem na ação — Desnecessidade.

É desnecessária a publicação de editais (art. 9º da Lei de Ação Popular), para que outros cidadãos viessem prosseguir na ação julgada extinta, por falta de interesse de agir. Em realidade ocorreu carência de ação superveniente, por força de perda de seu objeto, em face da revogação do edital anunciador do processo licitatório e apontado por se desviar dos princípios que regem a Administração Pública, antes que produzisse qualquer efeito concreto.

Assim, sendo impossível o prosseguimento da actio popularis, os editais mostram-se de completa inutilidade.

Ação popular — Sucumbência — Inteligência do art. 5º, LXXIII, da Lex Fundamentalis.

Não se tratando de lide manifestamente temerária (Lei n. 4.717/65, art. 13) e não restando comprovação de má-fé do autor (art. 5º, LXXIII, CF), deve ficar isento do ônus de pagar as custas a remessa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.017397-6, da comarca da Capital (Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho), em que é autor Galberto Luiz dos Santos e réus o Estado de Santa Catarina e Invesc — Santa Catarina Participação e Investimentos S.A.:

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca da Capital, Galberto Luiz dos Santos, qualificado nos autos, ajuizou ação popular contra o Estado de Santa Catarina e Invesc — Santa Catarina Participação e Investi-

mentos S.A., objetivando a anulação da licitação para a venda de debêntures da Invesc, em razão da existência de vícios apontados no respectivo edital. O feito foi contestado e instruído. Em petição à fl. 147 o autor desistiu da actio.

Instado a se manifestar, o Estado de Santa Catarina pugnou pela extinção do feito (fls. 149/150), informando da não realização do leilão impugnado, em razão da mudança na política de privatizações, o que acarretou a perda do objeto da ação interposta.

A representante do Ministério Público oficiante em primeiro grau de jurisdição manifestou-se pela extinção da ação (fls. 152/153).

Sentenciando, a Magistrada a quo extinguiu o processo, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC (fls. 156/160).

Não houve recurso voluntário e os autos alçaram para o reexame necessário previsto no art. 19 da Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/65).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovisionamento da remessa (fl. 167).

II — Voto

A ação popular, proposta em agosto de 1998, objetivava anular a licitação para venda de debêntures da Invesc S.A., sob o fundamento de ilegalidade do ato, em razão da existência de vícios no respectivo edital.

Em março de 1999, o autor popular peticionou no feito, informando sobre a possível perda de objeto da actio, pugnano pela sua extinção — no que foi acompanhado, tanto pelo

Estado de Santa Catarina (réu) às fls. 149/150, quanto pelo representante do Ministério Público (fls. 152/153).

De fato, segundo se infere dos autos, o processo licitatório restou prejudicado, em razão da mudança na política de privatizações do Governo Estadual. Ressalte-se que o leilão impugnado não se realizou.

A Lei da Ação Popular prevê, em seu art. 22, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

O art. 462 do CPC dispõe, verbis:

“Art. 462. Se, depois da proposição da ação, algum fato modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença”.

A r. sentença sujeita ao reexame reconheceu a ocorrência de fato novo superveniente, consubstanciado na revogação do ato pela Administração Pública, extinguindo o feito, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC, por perda do interesse de agir.

Humberto Theodoro Júnior leciona, a respeito:

“O interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da necessidade de obter através do processo a proteção ao interesse substancial. Localiza-se o interesse processual não apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma necessidade, como adverte Allorio. Essa necessidade se encontra naquela si-

tução 'que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não fizermos, vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (do direito de que nos afirmamos titulares)'" (in Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 12ª ed., Forense, 1994, págs. 55/56).

Colhe-se da jurisprudência deste egrégio Tribunal:

"Ação popular — Edificação em desacordo com a lei e lesiva ao patrimônio público — Permuta de áreas entre construtora e município — Obras de melhoramento em prol da comunidade — Causa superveniente — Ação sem objeto (...)

"Se no curso da ação o interesse subjetivo é satisfeito, cumpre ao Juiz, por ocasião da sentença, levar em consideração esse fato modificativo e extintivo do direito (...)" (Apelação Cível n. 36.093, de São José, rel. Des. Alcides Aguiar, DJESC n. 8.324, de 27/8/91, pág. 5).

Desnecessária, por sua vez, a providência de publicação de editais, para que outros cidadãos viessem prosseguir na actio. Uma vez esta sendo julgada extinta, o prosseguimento da demanda por qualquer outro é inviável, vis-à-vis o comprovado desaparecimento da lesividade, oriundo de ato administrativo não mais vigente.

Outrossim, por não se tratar de lide manifestamente temerária (art. 13 da Lei da Ação Popular) e não restado comprovada a má-fé do autor (art. 5º, LXXIII, CF), deve ficar isento dos ônus da sucumbência.

Nesse sentido:

"Ação popular — Perda do objeto — Sucumbência — Extinção do processo.

"Se o interesse da parte é satisfeito durante a tramitação do feito, há perda do objeto e, conseqüentemente, impõe-se a extinção do processo" (Ap. Cív. n. 20.636, de Blumenau, rel. Des. João Martins, j. 23/2/84).

E ainda:

"Ação popular. Reexame necessário. Concurso público. Irregularidades. Revogação do edital pela municipalidade dois dias depois do ingresso da ação e inclusive um dia antes da citação. Perda de objeto. Ônus sucumbenciais. Descabimento na espécie" (Apelação Cível n. 96.010085-7, de Dionísio Cerqueira, j. 9/6/99).

Diante do exposto, tendo desaparecido o objeto da ação popular, o reconhecimento da carência do direito de agir, com a conseqüente extinção da actio, é medida que se impõe.

Nega-se provimento à remessa.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, à unanimidade, desprover a remessa.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira.

Florianópolis, 29 de março de 2001.

*João Martins,
Presidente com voto;
Volnei Carlin,
Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.018725-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Volnei Carlin

ICMS — Substituição tributária — Base de cálculo presumida — Restituição do imposto pago a mais — Possibilidade.

O contribuinte tem direito à restituição do ICMS pago por antecipação, no regime de substituição tributária, quando o fato gerador ocorrer em valor menor do que aquele que serviu de base de cálculo presumida para o recolhimento antecipado da exação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.018725-0, da comarca da Capital, em que é apelante o Estado de Santa Catarina, sendo apelada Comercial de Veículos Araranguaense Ltda.:

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, afastar as preliminares e negar provimento ao recurso e à remessa.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Versa o presente feito sobre ação ordinária interposta por Comercial de Veículos Araranguaense contra o Estado de Santa Catarina, ao argumento de que é contribuinte do ICMS, o qual é recolhido pelo substituto tributário (G. M. do Brasil), distribuidora que retém, antecipadamente, o imposto que incidirá na futura operação de mercadoria, tomando por base o

valor estimado para a venda do bem. Aduzindo que o valor pago antecipadamente é superior ao efetivamente devido na operação de venda realizada, requereu fosse determinado à Fazenda Pública que restituísse os valores pagos a mais a título de ICMS, a partir de março de 1993, devidamente atualizados.

Irresignado com a sentença que julgou procedente o pedido, apelou o Estado de Santa Catarina, repisando os argumentos expendidos na contestação, quais sejam: impossibilidade jurídica do pedido, pois somente haveria a substituição tributária se o fato gerador presumido não se realizasse. No mérito, sustentou a inexistência de crédito e requereu a reforma do decisum.

No mais, adota-se como parte integrante do presente o relatório de fls. 143/144.

II — Voto

A preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, argüida pelo apelante, por confundir-se com o mérito, será com este analisado.

A apelada, nas contra-razões, pugna, prefacialmente, pelo não conhecimento do recurso, por ausência de fundamentação.

Entretanto, segundo se infere do exame da peça recursal de fls. 77/84, estão perfeitamente expostas as razões do inconformismo do apelante, preenchendo a petição do apelo os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 514 e seguintes, razão pela qual afasta-se a prefacial argüida.

No mérito, objetiva a empresa apelada recuperar a diferença de ICMS recolhido a mais, em regime de substituição tributária, entre o fato gerador presumido e o preço efetivo da venda. A r. sentença declarou a existência do direito da substituída de repetir a quantia paga de ICMS no recolhimento antecipado, na hipótese de a mercadoria ser vendida por preço inferior ao previsto, que serviu de base de cálculo para o imposto.

Sustenta o apelante que a previsão legal para a restituição restringe-se à hipótese de não ocorrência do fato gerador e não em casos como o presente, em que o fato gerador ocorreu em valor menor do que o esperado.

A questão resume-se em torno da interpretação dada ao § 7º do art. 150 da Magna Carta, acrescido pela Emenda Constitucional n. 3/93, e regulamentado pela Lei Complementar n. 87/96, dispondo:

“Art. 150 (omissis)

“(…)”

“§ 7º. A lei poderá atribuir a sujeito passivo da obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento 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”.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito da matéria, conforme se verá, inclina-se no sentido da possibilidade de restituição quando a venda se realizar por preço menor do que o inicialmente previsto, sob pena de cobrança indevida.

Nesse sentido é o escólio de Marco Aurélio Greco:

“Questão que pode ser levantada é saber se a previsão constitucional alcança apenas as hipóteses em que o fato gerador não se realizar (dicação literal do dispositivo) ou se também se aplica às hipóteses em que ele ocorrer, mas não tiver a dimensão prevista ao ensejo do recolhimento por antecipação (não ocorrer tal como previsto). ‘O sentido do dispositivo constitucional é claramente o de proteger o contribuinte contra exigências maiores do que as que resultam da aplicação do modelo clássico do fato gerador da obrigação tributária. Não há uma autorização constitucional para cobrar mais do que resultaria da aplicação direta da alíquota sobre a base de cálculo existente ao ensejo da ocorrência do fato legalmente previsto (fato gerador). Antecipa-se o imposto devido; não se antecipa para arrecadar mais do que o devido. Portanto, a devolução é de rigor sempre que o fato não se realizar ou, reali-

zando-se, não se der na dimensão originalmente prevista. O excesso tem natureza de uma cobrança indevida e a Constituição não está legitimando o débito" (in Substituição Tributária. IOB Informações Objetivas, págs. 21/22).

Mais à frente, assinala:

"Cumpra repetir que a antecipação (Substituição Tributária) não é um meio para que o Fisco receba um centavo sequer acima do que resultaria da aplicação direta da alíquota sobre a base de cálculo apurada à vista da ocorrência concreta do fato tributável. Previsto um certo montante, o recolhimento deste é antecipado; não mais que isto. Por isso, afirma-se tantas vezes que o excesso deve ser devolvido, pois se não for, estar-se-á diante de hipótese em que mera técnica de arrecadação de tributo estará sendo utilizada como instrumento indireto de apropriação de parcela do patrimônio individual sem fundamento em norma constitucional de competência tributária. Verdadeira hipótese de confisco, vedada pelo inc. IV do art. 150 da CF" (obra citada, págs. 53/54).

A Constituição da República, em seu artigo 155, § 2º, inc. I, repetida pela Constituição do Estado de Santa Catarina, em seu art. 131, I, dispõe que o ICMS será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal.

Segundo ensina Ives Gandra Martins:

"Periodicamente apura-se o imposto devido na entrada das mercadorias e aquele correspondente à saída e

determina-se, a partir dessa operação, a obrigação de pagar ou aquela de se manter um crédito para o futuro, por haver mais créditos pelas entradas que pelas mercadorias saídas" (in Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo, Saraiva, 1988, vol. 6, t. I, pág. 396).

Ora, o ICMS corresponde a uma única obrigação tributária, de modo que a substituição ocorre justamente para se evitar a cumulatividade do imposto, em virtude das várias etapas de comercialização do produto. Dessa forma, o valor do tributo, embutido no preço, é repassado ao consumidor, não possuindo, a base de cálculo por estimativa, presunção juris et de jure, como dispunha a Lei Complementar n. 44/83. De fato, a Lei Complementar n. 87/96, em seu art. 10, resguardou ao substituído o direito de reclamar eventuais diferenças existentes entre a base de cálculo estimada e o preço efetivo da venda, se menor.

Foi exatamente o que declarou o decisum objurgado, de modo que a alegação do apelante de que a apelada não logrou demonstrar a existência de crédito em seu favor é totalmente irrelevante, tendo em vista que a sentença foi meramente declaratória do direito de restituição dos valores pagos a mais, abstendo-se de fixar o seu quantum.

Nesse diapasão, conforme já demonstrado acima, conclui-se que quando o fato gerador se efetuar de forma diversa daquela inicialmente prevista no recolhimento antecipado, tal situação equivale a sua não ocorrência. Se assim não fosse, estar-se-ia autorizando, sem correspon-

dência legal, a cobrança de um valor maior do que aquele resultante da aplicação direta da alíquota sobre a base de cálculo existente quando da efetiva ocorrência do fato gerador.

Ressalte-se, ainda, que o ICMS é uma espécie de tributo cujo lançamento se dá por homologação, ficando o contribuinte sujeito à fiscalização por parte da Fazenda Pública, durante cinco anos, a teor do art. 150 do CTN:

“Art. 150 — O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

“(…)

“§ 4º — Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

Fica assegurada, portanto, ao fisco, a possibilidade de verificação e controle da regularidade dos respectivos lançamentos, por parte dos substituídos.

Note-se que os Estados de São Paulo e do Paraná possuem legislação específica (Lei n. 9.176/95 e Regulamento do ICMS, respectivamente), que instituem mecanismos que permitem ao contribuinte substituído a imediata restituição do imposto cobra-

do antecipadamente, pelo regime de substituição tributária.

O Superior Tribunal de Justiça possui inúmeros precedentes, podendo-se citar:

“O substituído tem legitimidade para pleitear as diferenças entre a base de cálculo para retenção do ICMS e o preço real de venda dos veículos, podendo requerer a compensação” (ROMS n. 11.325/ES, relator Min. Garcia Vieira, in DJU 27/11/2000).

“Mandado de segurança. Substituição tributária. ICMS. Restituição ao substituído. Base de cálculo presumida. Operação realizada a menor. Possibilidade. Artigo 150, § 7º, CF/88. Lei complementar n. 87/96. Recurso conhecido e provido.

“A previsão constitucional, regulamentada na Lei Complementar n. 87/96, resguarda o direito do contribuinte de não pagar o imposto quando não ocorrido o fato gerador. O entendimento deve estender-se às hipóteses em que o fato gerador ocorreu a menor do que o valor previsto, valor este que serviu de base de cálculo para o recolhimento antecipado da exação, sob pena de o substituído arcar com o pagamento de tributo indevido.

“Recurso conhecido e provido. Decisão unânime” (ROMS n. 10.425/GO, rel. Min. Franciulli Netto, in DJU 2/10/2000).

“Processual — Ação declaratória — Direito à restituição de indébito tributário — Substituição para a frente — Possibilidade jurídica.

“É juridicamente possível o exercício de ação para ver declarado o direito à devolução de quantia paga a título de substituição tributária por

antecipação. Tal possibilidade existe, mesmo que não se tenha apontado qualquer recolhimento concreto, desde que o autor seja do ramo em que costumeiramente ocorre a substituição antecipada” (REsp n. 244.087/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, in DJU 18/9/2000).

“Processual civil e tributário — Mandado de segurança — ICMS — Substituição tributária — Operações de venda de veículos novos — Antecipação do recolhimento — Importância paga a maior — Legitimidade do substituído para requerer a restituição/compensação — Inadequação da via eleita — Inocorrência — LC n. 87/96, art. 10 — CTN, art. 150 — precedentes do STJ.

“A partir da edição da LC n. 87/96, o contribuinte ‘substituído’ está legitimado para requerer a repetição do ICMS pago a maior, em regime de ‘substituição tributária para frente’, quando o preço estimado é superior ao valor efetivo da operação” (ROMS n. 9.627/MS, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, in DJU 1º/8/2000).

“Tributário e processual civil. ICMS. Substituição tributária para frente. Comercialização de veículos automotores. Base de cálculo estabelecida por estimativa maior que a real. LC n. 87/96. Mandado de segurança. Prova pré-constituída. Direito à restituição reconhecido. Recurso especial improvido.

“1 — Há de ser confirmado acórdão que reconheceu o direito da impetrante ao creditamento de valores de ICMS recolhidos a maior por ocasião da venda de veículos por preço inferior ao que serviu de base de cálculo à retenção, na chamada

‘substituição tributária para frente’, ressalvando apenas que a mesma ficaria sujeita ao crivo fiscalizatório do Estado, o qual poderá aferir a veracidade dos valores discutidos posteriormente (...)” (REsp n. 239.510/ES, rel. Min. José Delgado, in DJU 20/3/2000).

“Processual civil. Tributário. ICMS. Operações de distribuição de medicamentos. Antecipação de recolhimento. Regime de substituição tributária. ADCT, art. 34, § 8º. Lei Complementar n. 44/83. Decreto-Lei n. 406/68. CTN, artigos 116, 117, 121 e 128. Convênio 66/88.

“1. O substituto legal tributário é a pessoa não vinculada ao fato gerador, obrigada a pagar o tributo. O responsável tributário é a pessoa vinculada ao fato gerador, obrigada a pagar o tributo se não foi adimplido pelo contribuinte ou pelo substituto legal tributário (REsp n. 86.465/RS — rel. Min. Ari Pargendler).

“2. A base de cálculo no ICMS pode ser estabelecida por estimativa desde a Lei Complementar n. 44/83.

“3. Recurso provido” (REsp n. 118.290/SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, in DJU 28/2/2000).

Da jurisprudência deste egrégio Tribunal, colhe-se:

“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 vinculação entre substituto tributário e fato gerador" (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 97.001622-0, de Itajaí, relator Des. Trindade dos Santos).

"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, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra).

"Tributário — Cobrança antecipada de ICMS — Substituição tributária — Distribuidora de bebidas — Convênio n. 66/88 — Emenda Constitucional n. 3/93 — Legalidade — Recurso e remessa providos.

"Não é ilegal a exigência antecipada do ICMS sobre vendas futuras, por substituição tributária, nos termos do art. 25, II, do Convênio n. 66/88" (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 97.000069-3, de Joinville, relator Juiz Nilton Macedo Machado).

Dos ensinamentos acima coligidos, conclui-se que a apelada, exatamente como declarou a sentença recorrida, tem direito à restituição do ICMS do que recolheu em excesso, desde a edição da Emenda Constitucional n. 3/93, com ressalva às parcelas abarcadas pela prescrição quinquenal, assegurados à Fazenda o controle e a fiscalização (art. 150, CTN). A atualização dos valores deverá se dar na forma do art. 117 da Constituição do Estado de Santa Catarina.

Acresça-se, por último, que o representante do Ministério Público de segundo grau pugna pelo provimento do recurso, aduzindo que não há prova de que a apelada pagou ICMS a mais e que é ela parte ilegítima para pleitear a devolução. Entretanto, a referida prova encontra-se apensada aos presentes autos, na Cautelar n. 00.021185-0. Ademais, a r. sentença limitou-se a declarar o direito de restituição em favor da empresa, sendo que a apuração dos exatos valores dar-se-á em liquidação de sentença.

Diante do exposto, afastam-se as preliminares e nega-se provimento ao recurso e à remessa.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, à unanimidade, afastar as preliminares e negar provimento ao recurso e à remessa.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Sérgio Antônio Rizelo.

João Martins,
Presidente com voto;
Volnei Carlin,
Relator.

Florianópolis, 22 de março de 2001.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.015072-5, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Luiz César Medeiros

Administrativo — Regime jurídico único — Municípios — Arts. 39 da CF/88 e 19 do ADCT — Inexistência do direito à estabilidade — Nulidade da sentença — Ausência de fundamentação — Inocorrência — Recurso desprovido.

1. O regime jurídico único exigido pela Carta Magna (art. 39), por si só, não gera direito à estabilidade. Esta, como é cediço, só pode ser reivindicada pelos servidores que ingressaram na Administração Pública mediante concurso, ou, ainda, por aqueles que, na data da promulgação da Constituição de 1988, exerciam função pública há pelo menos cinco anos continuados (art. 19 do ADCT).

2. Mesmo no período do estágio probatório, situação em que se encontrava o autor, a dispensa de servidor deve ser precedida do indispensável processo administrativo. O rigorismo das formalidades, nesse caso, pode até ser atenuado. Porém, imprescindível seja possibilitada a defesa do interessado.

Observado esse pressuposto, regular se mostra a demissão do servidor, sendo vedado ao Judiciário apreciar e emitir juízo sobre o mérito da decisão administrativa.

3. Não há vulneração do princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, encampado pelo art. 93, IX, da Carta Magna de 1988, quando, embora de modo simples e rápido, o magistrado decline as razões motivadoras do posicionamento adotado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.015072-5, da comarca de Chapecó

(2ª Vara Cível — Fazenda Pública), em que é apelante João Almirante Bueno, e apelado o município de Chapecó:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

I — Relatório

Trata-se de apelação interposta por João Almirante Bueno, pretendendo a reforma da respeitável sentença de fls. 251/254, proferida nos autos de Reclama Laboral n. 018.93.000513-6, ajuizada contra o município de Chapecó, pela qual o digníssimo Juiz a quo julgou improcedente o pedido formulado na inicial.

Na busca pela reforma da decisão objurgada, apelou o autor, alegando em preliminar a nulidade da sentença, porque esta deixou de apreciar devidamente os seus pedidos de reintegração no cargo de operador de máquina e o de regularidade no processo administrativo que culminou na sua exoneração. No mérito, pugnou pela reforma da r. sentença, para que seja “reintegrado no cargo que ocupava, com direito à percepção de todos os vencimentos e vantagens atrasados a partir do injusto afastamento, com a inversão do ônus da sucumbência...” (fl. 280).

O recorrido ofertou resposta ao reclamo (fls. 284/285), pugnando pela manutenção da sentença.

O Ministério Público de primeiro grau (fls. 293/295) e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, esta em parecer de lavra do Dr. Odil José Cota (fls.300/302), manifestaram-se pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

II — Voto

A irresignação do apelante centra-se unicamente no indeferimento do pedido concernente à sua reintegração no cargo que ocupava no Município, sustentando, para isso, a nulidade do processo administrativo que culminou com a decisão que o afastou dos quadros de servidores municipais.

Primeiramente, é de ser afastada a proemial de nulidade da sentença.

Mesmo que de forma sucinta, o MM. Juiz apreciou o pedido de reintegração do apelante, aduzindo S. Exa. que a exoneração não se mostrava ilegal, posto não haver qualquer discussão sobre a vigência do estágio probatório, o que a autorizava.

Textualmente, consignou a r. sentença:

“Por fim, nada de irregular ou ilegal ocorreu com sua exoneração, vez que inexistente qualquer ressalva no que diz respeito ao início do período do estágio probatório, não fazendo diferença se era, ou não, servidor municipal em regime anterior”.

Ora, como o argumento central do autor era justamente a irregularidade do processo administrativo, porque considerou o servidor como ainda estando no estágio probatório, curial que o Juiz enfrentasse a questão que, no seu ver, fulminava a pretensão deduzida com essa finalidade. Entendeu, pois, acertadamente, que o período em regime anterior não afastava a incidência e as conseqüências do estágio probatório decorrente da aprovação em concurso público e da conseqüente nomeação.

Conforme muito bem lembrado pelo ilustre Procurador de Justiça que oficiou no feito, o MM. Juiz não deixou de deduzir os motivos do seu convencimento. A concisão de suas colocações deve ter resultado, provavelmente, da circunstância de ser alternativo o pedido de reintegração no cargo público. Muito embora o recorrente, nesta fase, afirme o contrário, a verdade é que a exordial dá maior destaque ao contrato de trabalho e aos direitos dele decorrentes, todos, apreciados pela decisão hostilizada.

Esta egrégia Casa de Justiça é unânime ao afirmar a ausência de nulidade da sentença concisa. Com efeito:

“Não se pode falar em sentença nula, se apenas concisa, mas que analisa suficientemente as circunstâncias relevantes do caso, suficientes para a completa compreensão da matéria apreciada.

‘O magistrado não está obrigado a examinar, perquirir e responder a todos os argumentos da parte — embora seja isto aconselhável — desde que tenha já encontrado motivo bastante para decidir’ (RT 615/153)” (Apelação Cível n. 98.005307-2, de Lages, rel. Des. Solon d’Eça Neves).

“A motivação das decisões judiciais é princípio fundamental e, pois, de ordem pública, vez que tem o julgador o dever de enunciar publicamente as razões que presidem os atos jurisdicionais emitidos, com a sua ausência implicando em nulidade do provimento exarado. Entretanto, não há que se confundir ausência de motivação com motivação sucinta ou até equivocada, posto que, existente fundamentação, ainda que mínima e mesmo que errônea, a sentença é vá-

lida” (Apelação Cível n. 52.197 (88.092651-2), de Canoinhas, rel. Des. Trindade dos Santos).

Rejeita-se, portanto a alegada preliminar.

No respeitante ao mérito, sustenta o apelante que pelo fato de o Município ter adotado o regime único para os servidores públicos municipais, diante do que dispõe o art. 39 da Constituição da República, teria direito à estabilidade, não podendo, portanto, ser demitido, ou considerado em estágio probatório. Por isso, o pleito de reintegração ao serviço público.

A estabilidade dos servidores públicos, como é cediço, só pode ser reivindicada por aqueles que ingressaram na administração pública mediante concurso público, ou, ainda, por aqueles que, na data da promulgação da Constituição de 1988, exerciam função pública há pelo menos cinco anos continuados (art. 19 do ADCT).

O apelante foi admitido no quadro de servidores do município de Chapecó em 1º/8/84. Assim, quando do advento da Constituição de 1988, não contava ainda com os cinco anos de serviço exigidos no dispositivo acima invocado.

Desse modo, considerando que o apelante não detinha estabilidade, quer como celetista, quer como funcionário em razão da mudança do Regime Jurídico Único pela Lei Complementar n. 3, de 3/5/90, e que estando no estágio probatório em razão de concurso público a que se submeteu, descabida a pretensão de ver invalidado o processo administrativo que culminou com a sua exoneração. Em outras palavras: considerando ou não o concurso a que se refere o postulan-

te, o fato é que a estabilidade prevista constitucionalmente não o socorre. Logo, irrelevante que na peça pòrtica do processo administrativo haja referência ao estágio probatório.

O importante, e isto está comprovado nos autos, é que tenha sido dada oportunidade para o funcionário proceder a sua defesa. O que se faz imprescindível para exonerar um servidor público estável ou não é o devido processo legal, garantindo-se, ainda, o exercício da ampla defesa e do contraditório, posição de há muito sacramentada pelo Supremo Tribunal Federal por meio da Súmula 21, verbis:

“Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade”.

Na esteira desse entendimento, a matéria é tratada de forma uníssona nesse egrégio Tribunal de Justiça:

“Mandado de segurança. Exoneração durante o estágio probatório. Inexistência de procedimento administrativo destinado à apuração da incapacidade ou inaptidão do funcionário. Sentença reformada para deferir-se o writ.

“A exoneração, durante o estágio probatório, não pode ser arbitrária, nem imotivada. Ou tem por fundamento a extinção do cargo ou, dentre outros motivos, a inaptidão, incapacidade ou ineficiência do funcionário. Na segunda hipótese, entretanto, tais defeitos para legitimarem a exoneração devem ser objeto de prévia apuração administrativa, segundo os termos da

Súmula 21 do egrégio Supremo Tribunal Federal.

“Na espécie, referido ato ostenta a pecha de nulidade porque apoiado, apenas, na falta de estabilidade do impetrante” (JC 48/58).

E no mesmo trilho:

“Servidor público. Exoneração do cargo. Estágio probatório. Inobservância do devido processo legal. Segurança denegada. Provimento do recurso, para conceder a segurança. Súmula 21 do STF.

“O servidor público, em estágio probatório, não tem garantia de permanência na função, mas não pode ser exonerado do cargo com inobservância do devido processo legal. A ausência de atributos ou de capacidade para o cargo há de ter apuração regular, não sendo indispensável o processo administrativo. Todavia, é necessário um procedimento mínimo que possibilite o contraditório, e que, em todas as fases, esteja ultimado antes do decurso do prazo assinado por lei para a aquisição da estabilidade” (ACMS n. 5.072, publ. no DJ n. 9.184, de 24/2/95, pág. 5).

Acerca do tema em apreço, recorre-se novamente ao mestre Hely Lopes Meirelles, colhendo-se dele a seguinte lição:

“O que os tribunais têm sustentado — e com inteira razão — é que a exoneração na fase probatória não é arbitrária, nem imotivada. Deve basear-se em motivos e fatos reais que revelem inaptidão ou desídia do funcionário em observação, defeitos, esses, apuráveis e comprováveis pelos meios administrativos consentâneos (ficha de ponto, anotações na folha de serviços, investigações regulares sobre a

conduta do trabalho etc.), sem o formalismo de um processo disciplinar. O necessário é que a Administração justifique, com base em fatos reais, a exoneração, como, a final, sumulou o STF, nestes termos: 'Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade' (Súmula 21). Deve-se observar, também, a exigência do contraditório e a oportunidade de defesa" (Direito Administrativo Brasileiro, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993, pág. 383).

Por derradeiro, quanto à alegada injustiça da decisão administrativa, é importante ressaltar, não cabe ao Judiciário adentrar no âmbito do mérito. No caso, pelo que se deduz dos elementos constantes do caderno processual, não se trata de punição propriamente dita, mas, apenas, da análise da conveniência do funcionário permanecer no serviço público, tendo como parâmetro os requisitos estabelecidos em lei para a aquisição da estabilidade, em cujo procedimento, mais uma vez se repita, foi respeitado o contraditório e a ampla defesa.

De tudo que foi dito, conclui-se: mesmo no período do estágio proba-

tório, situação em que se encontrava o autor, a dispensa de servidor deve ser precedida do indispensável processo administrativo. O rigorismo das formalidades, nesse caso, pode até ser atenuado. Porém, imprescindível seja possibilitada a defesa do interessado. Observado esse pressuposto, regular se mostra a demissão do servidor, sendo vedado ao Judiciário apreciar e emitir juízo sobre o mérito da decisão administrativa.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, por votação unânime, negaram provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Odil José Cota.

Florianópolis, 8 de março de 2001.

Newton Trisotto,
Presidente com voto;
Luiz César Medeiros,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.021567-8, DE MAFRA

Relator: Des. Ruy Pedro Schneider

Paternidade. Procedimento de averiguação oficiosa. Reconhecimento. Citação pessoal da mãe não efetivada em virtude de sua não localização. Sentença de reconhecimento de paternidade, sem que tenha sido oportunizada a citação por edital. Nulidade inexistente. Sentença confirmada.

Quando o suposto pai confirmar expressamente a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao oficial do registro, para a devida averbação.

Sempre que possível, o juiz ouvirá a mãe sobre a paternidade alegada. Todavia, quando não localizada no endereço indicado, dispensável é a citação por edital, uma vez que tal formalidade não se coaduna com o preconizado na Lei n. 8.560/92.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.021567-8, da comarca de Mafra (1ª Vara), em que é apelante o representante do Ministério Público, sendo apelado J. A. M. da S.:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de ação declaratória de paternidade, em que J. A. M. da S. compareceu em Juízo visando a reconhecer como seu filho C. J. L.

Sentenciando, o Juiz a quo reconheceu a paternidade alegada, determinando a expedição de mandado ao registro competente, acrescentando-se ao nome de C. M. da S. o apelido paterno "da S."

Irresignado, o Órgão Ministerial, por seu Promotor de Justiça, apelou da decisão retro, asseverando que não foi possibilitado à representante legal do infante o direito de se opor, ou anuir, à pretensão do declarante; e que o rito da Lei n. 8.560/92 vincula-se à hipótese de registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, quando então

prescreve procedimentos para o fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação.

Por tais razões, pleiteou o provimento do recurso para ser declarada nula a sentença que desconsiderou o art. 5º, LV, da Carta Magna, relegando o princípio da ampla defesa.

O Procurador-Geral de Justiça manifestou-se pela conversão do julgamento em diligência para que o processo seja anulado a partir de fl. 12, retornando à Comarca de origem para seu regular processamento.

É o relatório.

II — Voto

O presente procedimento teve início dado o recente envolvimento do infante em infração penal, em que foi constatado que este não possuía no registro de nascimento o nome de seu pai.

Comparecendo em Juízo com a finalidade de regularizar a situação, o Sr. J. A. M. da S. reconheceu como seu filho, o menor, C. J. L.

É correto dizer que o reconhecimento de um filho de forma voluntária é um ato jurídico que atribui ao progenitor o poder de criar o estado legal de filiação. Este ato voluntário é personalíssimo, unilateral, individual e irrevogável.

Prescreve a Lei n. 8.560/92, em seu art. 1º, que o reconhecimento poderá ser feito no registro de nascimento; por escritura pública ou escrito particular; por testamento; ou, por manifestação expressa e direta perante o juiz.

Outra espécie de reconhecimento é a prevista no artigo 2º, a chamada averiguação oficiosa.

No caso dos autos, o reconhecimento da paternidade deu-se por manifestação expressa perante o juiz, em procedimento de investigação oficiosa, devendo nessa situação o juiz ouvir a mãe sobre a paternidade sempre que possível (art. 2º, § 1º).

Não entanto, quando não for possível a anuência da mãe, seja em virtude de uma negativa para comparecer em juízo ou em face da não localização no endereço fornecido, não deverá este fato ser um óbice ao prosseguimento normal do procedimento.

A respeito do assunto, comenta J.M. Leoni Lopes de Oliveria, em sua obra *A Nova Lei de Investigação de Paternidade*, 5ª ed., Editora Lumem Juris, Rio de Janeiro: 2000, págs. 117/118:

“O procedimento da averiguação oficiosa deve ser o mais singelo possível, a fim de não se transformar numa verdadeira ação, com amplo contraditório. Contudo, deverá respeitar o mandamento constitucional do art. 5º, LV, que dispõe:

‘LV — aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes’.

“Não cabe aqui, também, a aplicação irrestrita do procedimento especial de jurisdição voluntária previsto no art. 1.103 e seguintes do Código de Processo Civil, visto que o art. 1.105 determina a citação de todos os interessados sob pena de nulidade, o que não se aplica no caso de averiguação oficiosa, visto que a oitiva da mãe do menor, que evidentemente é interessada, só será efetivada se possível”.

Nos presentes autos, a citação pessoal restou infrutífera, devido ao fato de a genitora não ter sido encontrada, ocasião em que o douto Magistrado sentenciou o feito, adotando as providências cabíveis ao reconhecimento da paternidade.

Nesse caso, o fato de não ter havido renovação da citação por edital, ao contrário do alegado pelo Ministério Público, não enseja nulidade, uma vez que de acordo com as informações prestadas em Juízo, o menor reside com seus avós paternos desde os três meses de idade, declarando o próprio infante C., que sempre teve J. A. como seu pai e vice-versa.

Devemos ter em mente que o titular do bem jurídico indisponível é o menor, e não sua genitora, portanto, não sendo possível a citação da mãe, não poderá a falta de anuência desta privar o menor de ser reconhecido pelo pai, eis que não há dúvidas a este respeito.

Não esquecendo, também, que o menor pode impugnar o reconhecimento, se assim o desejar, dentro dos quatro anos que se seguirem à maioridade. Não se vislumbra no presente procedimento qualquer prejuízo ao menor, razão pela qual não há necessidade de se anular o feito somente

para que se possibilite a citação editalícia, que na maioria dos casos não atinge a sua finalidade.

Essa providência seria contrariar os princípios basilares adotados pela Lei n. 8.560/92, que foi criada com o intuito de acelerar o rito processual, posto que não se exige o rigorismo e a legalidade estrita a que se submetem os demais procedimentos judiciais.

III — Decisão

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 28 de fevereiro de 2001.

Carlos Prudêncio,
Presidente com voto;
Ruy Pedro Schneider,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.006202-2, DE QUILOMBO

Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento

Apelação cível — Cautelar — Busca e apreensão de menor — Criança desde o nascimento na companhia do pai — Situação desfavorável da mãe — Prova de que o pai dispensa atenções e cuidados necessários ao infante — Recurso provido.

Diante das peculiaridades do caso, indicando os elementos probatórios que os interesses do menor, com dois anos de idade, continuarão resguardados se permanecer na companhia do pai, situação que perdura desde o nascimento, deve ser negada alteração na guarda, pois esta viria em detrimento da criança.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.006202-2, da comarca de Quilombo, em que é apelante L. C. F. da S., sendo apelado o representante do Ministério Público:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

L. C. F. da S. interpôs recurso de apelação contra sentença que, nos autos da ação cautelar de busca e apreensão proposta pelo Dr. Promotor de Justiça em favor de R. D. da S., determinou o retorno da criança à guarda de sua genitora.

O douto representante do Ministério Público ingressou com pedido de busca e apreensão de menor em ação cautelar. A criança, nascida em

27 de janeiro de 1999, foi fruto de uma relação entre R. D. da S. e o ora apelante, o que, no mesmo dia do seu nascimento, retirou o recém-nascido do convívio de sua mãe, levando-o para residir consigo. Aduziu que o menor encontra-se em situação irregular, não possuindo registro de nascimento ou qualquer documento que legitime a permanência da criança com o seu genitor. Requereu, ao final, liminar de busca e apreensão do menor e a permanência deste com sua mãe.

Denegada a liminar, determinou o MM. Juiz de primeira instância a realização de estudo social da atual condição em que se encontra o menor e a citação do requerido.

Apresentou o réu contestação, negando as alegações da inicial. Afirmou que a gravidez decorreu de relacionamento extraconjugal mantido entre as partes. Asseverou, ainda, que, em não tendo o requerido assentido no custeio de um aborto, a genitora teria chamado o pai da criança, logo após o parto realizado em casa, a fim de entregá-la a este. Dessa maneira, o genitor levou a criança para o seu convívio, estando em perfeitas condições de saúde.

Juntado parecer social, indicando que o menor se encontra em perfeitas condições, em ambiente higiênico e informando da recusa do companheiro de R. D. da S. em receber o filho desta, pelo fato de não ser o pai.

Realizada audiência de conciliação, esta não logrou êxito, determinando-se a regularização da situação de R. D. da S., a fim de que possa receber a criança.

O requerente acostou aos autos sentença homologatória da separação de união estável entre R. D. da S. e seu companheiro.

Promoveu-se a audiência de instrução e julgamento em data e hora marcadas, com a oitiva das testemunhas, abrindo-se em seguida a palavra ao representante do Parquet que proferiu verbalmente suas alegações finais. A Dra. Procuradora do requerido não compareceu à audiência. Sentenciou o MM. Juiz, em audiência, julgando procedente o pedido formulado pelo Doutor Promotor de Justiça, determinando a realização da busca e apreensão da criança concebida por L. C. F da S. e R. D. da S.

Frustrado o cumprimento do mandado, foi a Dra. Procuradora do requerido intimada para informar o paradeiro da criança e seu genitor. Respondeu desconhecer o paradeiro da criança, mas informou que o pai encontra-se preso por ordem do Juízo de Direito da comarca de Quilombo.

Inconformado com a decisão proferida, ingressou o requerido com recurso de apelação, pugnando pela permanência do menor sob sua guarda. Repisou o fato de que após o parto a genitora teria encaminhado a criança por intermédio de sua filha mais velha aos cuidados do apelante. Ressaltou que esta escondera a gravidez do marido e que este era contrário ao retorno da criança para o convívio de sua casa, sendo que a dissolução da sociedade conjugal encontra-se apenas no papel, permanecendo estes na mesma casa. Vislumbra inexistir qualquer falta grave a ser imputada à apelada, todavia reside esta com pessoa dependente de álcool, sem rendimen-

tos e mais quatro filhos para prover a sua subsistência. Assim, condenar-se-á a criança a uma vida de miséria, enquanto atualmente esta se encontra cuidada com carinho e conforto em um lar em que o pai trabalha como agricultor e reside com sua esposa; e que, apesar dos crimes que cometeu, isto não significa descuido para com a sua prole. Requereu, por fim, a permanência da criança sob a guarda paterna.

Ofertou o Dr. Promotor de Justiça contra-razões, repelindo as alegações formuladas pelo apelante, bem como reforçou o pedido de permanência do recém-nascido com sua mãe.

Após, subiram os autos.

Exarou a Procuradoria de Justiça parecer no sentido de negar provimento ao recurso.

II — Voto

Trata-se de recurso de apelação interposto por L. C. F. da S. contra sentença que julgou procedente ação cautelar de busca e apreensão promovida pelo Ministério Público, em favor de R. D. da S., determinando o retorno da criança à atenção de sua mãe.

O entendimento deste Tribunal e da jurisprudência nacional tem-se firmado no sentido de que a criança com mais de um ano de idade, quando da disputa pela sua guarda, deverá ter observado o seu interesse.

O genitor da criança, em todo o período em que esteve com ela, deu exemplo de preocupação e cuidados com seu filho, como depreende-se do parecer social fornecido (fls. 30/31). Conclui-se que a criança encontra-se

em perfeitas condições de saúde, higiene, segurança e carinho; fornecendo, portanto, elementos preponderantes na solução do litígio.

É orientação desta Corte de Justiça:

“Agravos de instrumento — Guarda de menor — Transferência — Tutela antecipada — Deferimento — Parecer do Ministério Público e relatório situacional favoráveis à pretensão — Decisão mantida — Recurso desprovido — ‘Na guarda de filho menor, deve atender-se aos interesses da criança e às condições e comportamento dos pretendentes à guarda. Estando bem a criança em poder do pai, sob os cuidados deste e dos avós paternos, a situação deve persistir até o desfecho da controvérsia, evitando-se nova alteração na situação, o que só viria em detrimento do menor’ (AI n. 97.009818-9, de Videira, rel. Des. Silveira Lenzi)” (TJSC, AI n. 98.003524-4—SC, 3ª CC, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, j. 23/6/1998).

Já decidiu o egrégio Tribunal fluminense:

“Posse e guarda — Filho menor — Disputa entre genitores — Direito de Família. Posse e guarda. Menor impúbere. Disputa entre os genitores. Preliminar de nulidade da sentença. Não é nula, por falta de fundamentação, sentença que adota como razões de decidir longo e minucioso parecer do Ministério Público. Menor de apenas um ano de idade, nascida de união extraconjugal, levada pelo pai após a cessação da vida em comum, sem o consentimento da mãe, para viver em sua companhia em outra cidade. Posse e guarda da filha, requerida pela mãe cerca de nove meses após.

O critério preponderante na solução de disputas sobre a posse e guarda de menor é o interesse deste. Elementos constantes dos autos que recomendam a manutenção da menor sob a posse e guarda do pai. Preliminar rejeitada. Recurso desprovido" (grifo nosso) (TJRJ, AC n. 915/97 (Reg. 270697), Cód. 97.001.00915, 2ª CC, Rel. Desa. Cássia Medeiros, j. 13/5/1997).

Também, nesse sentido, já se manifestou o egrégio Tribunal do Rio Grande do Sul:

"Guarda — Alteração — Descabimento — Mãe que, tendo rompido o relacionamento que mantinha com o genitor da menor, deixou-a com o pai e, arrependida, pleiteia a guarda. A alteração de guarda reclama cautela por ser fato em si mesmo traumático e só se justifica quando a criança vive situação de risco atual ou iminente, que incorre na espécie. Deve-se destacar o interesse da criança em permanecer com o pai, pois mostra-se bem adaptada à companhia, prevalecendo o interesse desta sobre todos os demais. Recurso desprovido. Segredo de justiça" (grifo nosso) (TJRS, AC n. 598345197/RS, 7ª CC, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, j. 2/12/1998).

No caso em tela, vislumbra-se que a genitora não dispõe de recursos financeiros que lhe proporcionem estabilidade econômica, reforçada pela incerteza da aceitação de seu filho pelo seu marido. Ainda que demonstrado o interesse em reaver a criança e de lhe prover a atenção necessária, não é tal ambiente propício ao seu bom desenvolvimento, ante a resistência do companheiro da apelada.

O pai do menor, apesar de possuir histórico criminal, não teve contestada, em momento algum, as boas condições em que mantém o menor.

Observa-se que a entrega da criança ao pai deu-se por ordem da própria mãe. Demonstrou-se, ainda, total despreparo e instabilidade emocional da genitora.

A permanência da criança sob a proteção e carinho paterno não implica, por conseguinte, na restrição do direito da mãe em acompanhar e participar da criação de seu filho, sendo-lhe garantido o direito de visita. Deverá, portanto, em processo próprio, regular-se a visita e pensão destinada à criança.

Acrescenta-se acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

"Busca e apreensão de menor — Posse e guarda — Interesse de menor — Regulamentação de visitas — Recurso improvido — Busca e apreensão de menores. Pedido de guarda. Comportamento inadequado da mãe. Necessidade de aproximação gradual das crianças com a mãe. Comprovado o comportamento inadequado da mãe e estando as menores perfeitamente adaptadas na companhia daqueles que detêm a sua guarda, não é conveniente, tendo em vista o bem-estar das crianças, a volta das mesmas ao convívio materno, o que lhes poderá causar problemas, devendo a aproximação com a mãe ser feita de forma gradual, com acompanhamento da equipe técnica do Juizado da Infância e Juventude. Recurso a que se nega provimento" (PCA) (TJRJ, AC n. 5.544/98, Reg. 251198, Cód. 98.001.05544, Niterói, 11ª CC,

rel. Des. Luiz Carlos Peçanha, j. 17/9/1998).

Assim, deve ser dado provimento ao apelo, pois, na situação peculiar dos autos, os interesses do menor só estarão resguardados se permanecer na companhia do genitor.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, por unanimidade, dá-se provimento à apelação, para julgar improcedente o pedido formulado na ação de busca e

apreensão, mantendo-se o filho menor sob a guarda do apelante.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Joel Rogério Furtado.

Florianópolis, 13 de março de 2001.

Carlos Prudêncio,

Presidente com voto;

Wilson Augusto do Nascimento,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.009113-8, DE URUSSANGA

Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento

Apelação cível — Acidente de trânsito — Conversão à esquerda — Indenização — Pensão — Danos pessoal e moral — Honorários — Recurso parcialmente procedente.

1. *Age com culpa preponderante o motorista que efetua conversão à esquerda, sem aguardar no acostamento para promover a manobra, interceptando a passagem do veículo que transitava pela via em sentido oposto e tinha preferência de passagem.*

2. *São válidos, na ausência de comprovada má-fé da vítima, os documentos apresentados com a finalidade de comprovar gastos advindos das despesas médico-hospitalares, ainda que não especifique quem, com clareza, os serviços prestados.*

3. *“Na avaliação do dano moral se deve levar em conta a posição social e cultural do ofensor e do ofendido; a maior ou menor culpa para a produção do evento. A reparação do dano moral para a vítima não passa de compensação, satisfação simbólica; para o ofensor uma pena para que sinta o mal praticado” (Ap. Cív. n. 35.339, Des. Amaral e Silva).*

4. *A pensão será devida quando do acidente restarem sequelas que impeçam ou reduzam a capacidade laborativa da vítima.*

5. Os honorários em acidente de trânsito deverão ser fixados com base no art. 20, § 5º, do CPC, no tocante às prestações vencidas e doze das vincendas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.009113-8, da comarca de Urussanga, em que é apelante Cardoso Indústria, Comércio e Transportes Ltda., sendo apelados Rogério de Medeiros e outros:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, prover parcialmente o recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Cardoso Indústria, Comércio e Transportes Ltda. interpôs recurso de apelação contra sentença que, nos autos da ação de reparação de danos proposta por Rogério Medeiros e outros, julgou parcialmente procedente o pedido, condenando a requerida ao pagamento das despesas oriundas do acidente de trânsito, estabelecendo o valor indenizatório em 100 (cem) salários mínimos e pensão mensal, retroativa à data do acidente, no montante de 3 (três) salários mínimos até o autor completar a idade de 65 anos, além do ressarcimento das despesas médico-hospitalares.

Aduziu o autor/apelado, na inicial, ter o evento ocorrido em 26/8/93, em torno das 14h, na rodovia SC—446, Km 36, trecho Urussanga—Orleans, envolvendo o apelado, que conduzia uma motocicleta, e o preposto da apelante, que dirigia no sentido oposto o veículo Mercedes-Benz

— ZR 1549, de propriedade da ré/apelante. Afirmou que ao fazer manobra de conversão à esquerda teria o motorista agido de forma imprudente, ocasionando a colisão.

Asseverou que o infortúnio resultou em perdas materiais e morais, tornando-o incapaz para o exercício de qualquer profissão. Pugnou, por fim, pela indenização dos danos sofridos.

Realizada a audiência conciliatória, esta não logrou êxito.

Apresentou a requerida sua contestação, argüindo a ilegitimidade ativa da mulher e dos filhos do autor, em face deste não ter sido morto no acidente, e denunciou à lide Bradesco Seguros S.A., empresa com a qual mantinha contrato de seguro do veículo envolvido no acidente.

Adentrando no mérito, apontou que a velocidade mantida pelo autor era superior à permitida naquela via, sendo este o motivo do sinistro. Impugnou o valor referente à renda mensal alegada, além dos documentos e despesas apresentados, em vista de não estarem demonstradas como oriundas de gastos em benefício do requerente. Ponderou, ainda, pela incompatibilidade da indenização por danos morais com a fixação de prestação alimentar.

Oferecida réplica, deu-se prosseguimento à instrução com a oitiva das testemunhas e a realização de prova pericial.

Em análise das questões prejudiciais, a MMA. Juíza fixou o processamento da lide no rito ordinário e acolheu a ilegitimidade passiva da mulher e filhos do requerente. Deferiu, também, a denúncia à lide da seguradora Bradesco Seguros S.A., que, após saneadas as irregularidades citatórias, ofertou contestação nos termos da requerida, informando que, em se acolhendo o feito, deverá ser observado o limite da cobertura da apólice, visto não contemplar danos morais.

Encerrado o período instrutório com o depoimento pessoal dos envolvidos, e com a oitiva das testemunhas, apresentaram os patronos das partes, em tempo hábil, suas razões finais, repisando as argumentações apresentadas previamente.

Exarou o Dr. Promotor de Justiça parecer afirmando não ser necessária sua intervenção no feito.

Sentenciou a MMA. Juíza a quo, deferindo parcialmente o pedido de reparação de danos morais, bem como a denúncia da lide.

Interpôs a denunciada embargos declaratórios, que foram conhecidos e tiveram seu provimento negado.

Irresignada com a decisão, interpôs a vencida recurso de apelação.

Em seu arrazoado, afirmou, novamente, não ter o seu preposto dado causa ao acidente, tendo este tomado as precauções cabíveis ao fazer a conversão à esquerda com o veículo, não agindo, dessa forma, com imprudência ou imperícia. Esclareceu que o veículo de sua propriedade, no momento da colisão, encontrava-se fora da faixa de rolamento, não caracteri-

zando risco àqueles que transitavam na via.

Questionou a afirmação do requerente de que à época do acidente percebia a quantia de 9,5 (nove e meio) salários mínimos, como representante comercial autônomo, na empresa Alumasa Esquadrias de Alumínio Urusanga Ltda., em vista da declaração de fl. 11 não ser instrumento hábil para comprovar a alegação firmada. Complementou desconhecer no apelado óbices ao exercício de suas atividades profissionais, tendo, em vista disso, seu benefício previdenciário cancelado.

Sobre a existência de danos que teriam ocasionado sensações de dor e efeitos psíquicos, entendeu não estarem comprovados, bem como não ter o apelado revelado o recebimento do seguro obrigatório, devendo, no caso, ser deduzido o valor do seguro do montante indenizatório fixado.

Ressaltou, com referência às despesas médicas, que os comprovantes apresentados não demonstram com clareza sua origem e finalidade, visto não estar especificado o prestador dos serviços e sua finalidade. Referiu-se, ainda, ao pagamento de CR\$ 15.000,00 (quinze mil cruzeiros reais) para custear as despesas hospitalares.

Buscou, também, no caso de manutenção do decismum, a ampliação da responsabilidade aferida à seguradora, de modo a obrigá-la ao ressarcimento dos danos morais, patrimoniais, e despesas processuais e honorários.

Ao final, requereu a alteração dos honorários fixados, bem como a reforma da sentença proferida.

Deixou o apelado transcorrer in albis o prazo para apresentar as contra-razões.

Após, subiram os autos.

II — Voto

Trata-se de apelação interposta pelo vencido em ação de reparação de danos ajuizada por Rogério de Medeiros e outros, em face de Cardoso Indústria, Comércio e Transportes Ltda., em que o autor obteve ganho de causa.

Depreende-se dos autos que o preposto da requerida/apelante agiu de forma imprudente, não guardando a devida cautela ao promover a conversão à esquerda na via, cuidado que deveria ser redobrado, ante a possibilidade de o veículo em que trafegava, por decorrência do seu porte, envolver-se em acidente e gerar graves conseqüências, o que efetivamente aconteceu.

A alegação de que o autor dirigia em velocidade superior à permitida não merece guarida, pois não há prova nos autos capaz de dar sustentação a tal assertiva. Contudo, ainda que estivesse o motociclista em alta velocidade, essa irregularidade não teria o condão de excluir a responsabilidade daquele que ocasionou o evento danoso, bem como o fato de ter o caminhão sido abalroado no acostamento, o que indica que procurou o autor/apelado desviar-se do veículo que se encontrava a sua frente.

Em situação similar, já decidiu esta Corte:

“Acidente de trânsito — Conversão à esquerda — Corte na trajetória de veículo que seguia no mesmo

sentido — Excesso de velocidade deste último não evidenciado — Irrelevância, ademais, em face da preponderância da culpa decorrente da manobra imprudente — Reciprocidade afastada.

‘Todo condutor de veículo que, nas vias urbanas de mão única, pretender convergir à esquerda, deve deslocar, com a devida antecedência, o veículo para a faixa mais à esquerda, a fim de poder executar a manobra com tranquilidade e segurança.

‘Caso esteja trafegando pela pista da direita e não possa deslocar o carro para a pista da esquerda, deve, então, seguir à risca a regra estabelecida para as estradas, a teor do art. 83, XIII, do CNT, parando o veículo no acostamento à direita, onde aguardará oportunidade para cruzar a pista com absoluta segurança.

‘Proceder de forma contrária a ponto de colidir com outro veículo que segue à sua retaguarda, mesmo com excesso de velocidade, constitui evidente interceptação de passagem, o que caracteriza culpa autônoma, preponderante e decisiva, absorvendo qualquer parcela de culpa do outro condutor’ (Des. Ernani Ribeiro — JC 39/181)” (TJSC — Ap. Cív. 96.002547-2 — Chapecó — rel. Des. Eder Graf — 3ª CC — j. 28/5/1996).

Constata-se que o acidente veio a causar sérias conseqüências a Rogério de Medeiros, ocasionando-lhe graves lesões que o impossibilitaram de trabalhar, além de não poder mais exercer as mesmas tarefas. Os reflexos do acidente foram sentidos, também, de forma indireta pela família da vítima, que dependia exclusivamente dos rendimentos obtidos por este, crian-

do instabilidade e insegurança para eles.

As perícias apresentadas demonstram que o autor/apelado ficou com seqüelas permanentes, impossibilitando-lhe para o exercício das atividades que exercia, conforme denota-se no quesito cinco à fl. 104, limitando-se àquelas que requeiram reduzido esforço físico.

As lesões causadas tiveram a necessidade de acompanhamento médico, realização de cirurgias e do uso de inúmeros medicamentos, que contribuíram para aumentar ainda mais as despesas da vítima. Assim, com o intuito de se ver ressarcido desses valores, promoveu a juntada dos recibos dos seus gastos.

Os recibos impugnados, por não especificarem os serviços prestados, não apresentam a melhor forma para precisar o montante despendido no tratamento e reabilitação do apelado, contudo, não destoam dos fatos, em vista da gravidade do ocorrido, sendo óbvia a necessidade do dispêndio de tais recursos. Não restou, em igual forma, evidenciada qualquer manobra ilícita ou de má-fé por parte do apelado na obtenção dos comprovantes dos gastos.

Do pedido compensatório do seguro obrigatório diante das despesas médico-hospitalares, não se demonstrando o recebimento pela vítima, não há falar em compensação.

Nesse sentido, já decidiu o egrégio Tribunal do Rio Grande do Sul:

“Apelação cível — Acidente de trânsito — Ação de reparação por ato ilícito — Preliminar de nulidade afastada. Ausência de manifestação do

Ministério Público em parecer final antes da sentença. Ausência de prejuízo, pois acolhida a pretensão em quase sua integralidade. Pensão mensal fixada em valor correspondente a 2/3 dos ganhos da vítima. Dano moral fixado com coerência. Limitação temporal do pensionamento até a data em que a vítima completasse 65 anos, cessando no caso da convolação pela viúva de novas núpcias ou quando os filhos completarem 25 anos ou convolem núpcias. Necessidade da ocorrência de todas as hipóteses para a cessação do benefício. Compensação do seguro obrigatório incabível, pois não demonstrado o seu recebimento ou mesmo o valor a que teriam direito os autores. Rejeitada a preliminar. Recurso provido, em parte” (grifo nosso) (TJRS — AC 598096030 — RS — 11ª C. Cív. — rel. Des. Manoel Velocino Pereira Dutra — j. 3/3/1999).

Verifica-se nos autos ter a requerida/apelante pago ao requerente/apelado a quantia de CR\$ 15.000,00 (quinze mil cruzeiros reais) a título de auxílio às despesas médico-hospitalares, devendo esse valor ser atualizado em conjunto com as despesas efetuadas, para fins de compensação.

Quanto à indenização por dano moral, a jurisprudência brasileira vem superando e suprimindo as deficiências da legislação para a fixação de critérios mais razoáveis, capazes de moldarem-se à realidade, não restando dúvidas quanto à sua aplicação ao caso em tela.

Sobre esse assunto, Caio Mário elucidou:

“A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimo-

nial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva. Mas se é certo que a situação econômica do ofensor é um dos elementos da quantificação, não pode ser levada ela ao extremo de se defender que as suas más condições o eximem do dever ressarcitório. Como proclama Santos Briz, 'o fator patrimonial é só um entre vários que se não de levar em conta'. Esta situação é de ser ponderada, como também a existência de um seguro de responsabilidade, posto não seja este um elemento decisivo" (Responsabilidade Civil, Forense, Rio de Janeiro, 3ª ed., 1992, pág. 60).

Nesta Câmara já se decidiu:

"Responsabilidade civil — Acidente de trânsito — Dano moral — Pensão alimentícia. 1. 'Na avaliação do dano moral se deve levar em conta a posição social e cultural do ofensor e do ofendido; a maior ou menor culpa para a produção do evento. A reparação do dano moral para a vítima não passa de compensação, satisfação simbólica; para o ofensor uma pena para que sinta o mal praticado' (Ap. Cív. n. 35.339, Des. Amaral e Silva). 2. A pensão alimentícia devida aos familiares de vítima de ato ilícito deve corresponder ao total da sua renda presumida, reduzida de um terço. Na ausência de provas concretas, os si-

nais exteriores de riqueza e o padrão de vida proporcionado pela vítima à família constituem valiosos elementos para aferição dos seus rendimentos" (TJSC — Ap. Cív. n. 97.006372-5 — SC — 1ª C. Civ., rel. Des. Newton Trisotto — j. 17/3/1998).

Manifestou-se, também, a Corte Superior sobre os critérios a serem observados pelo magistrado na fixação do quantum indenizatório:

"Processo civil — Responsabilidade civil — Acidente de trânsito — Pensão mensal — Termo ad quem — Dissídio não demonstrado — Dano moral — Arbitramento — Critérios — Caso concreto — Valor razoável — Danos moral e estético — Cumulabilidade — Possibilidade — Honorários advocatícios — Inaplicabilidade do § 5º do art. 20 do CPC — Precedentes — Recurso parcialmente provido. I — Na linha dos precedentes deste Tribunal, os honorários advocatícios, em cujo pagamento for condenada a empresa preponente, devem ser fixados em percentual sobre o somatório dos valores das prestações vencidas mais um ano das vincendas, mostrando-se inaplicável o disposto no § 5º do art. 20 do CPC. II — Nos termos em que veio a orientar-se a jurisprudência das Turmas que integram a Seção de Direito Privado deste Tribunal, as indenizações pelo dano moral e estético podem ser cumuladas, mesmo quando derivadas do mesmo fato, se infundáveis suas causas e passíveis de apuração em separado. III — O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau

de culpa, ao nível socioeconômico do autor e, ainda, ao porte econômico do réu, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. IV — Não se caracteriza o dissídio quando dessemelhantes os casos confrontados” (grifo nosso) (STJ — REsp n. 216.904 — DF — 4ª T. — rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira — DJU 20/9/1999 — pág. 67).

Da jurisprudência fluminense, retira-se:

“Apelação cível — Ação de indenização julgada procedente e reconvenção julgada improcedente — Preliminar de falta de interesse de recorrer. Ainda que a ação tenha sido julgada procedente, há evidente interesse em recorrer para buscar a exacerbação da verba honorária e o aumento da indenização fixada a título de dano moral. Dano moral. Critérios de fixação: 1. Causando o dano moral, fica o responsável sujeito às consequências de seu ato, a primeira das quais será essa de pagar uma soma que for arbitrada, conforme a gravidade do dano e a fortuna dele, responsável, a critério do Poder Judiciário, como justa reparação do prejuízo sofrido, e não como fonte de enriquecimento. 2. Não se pode deixar de considerar as condições econômicas e sociais das partes, bem como a gravidade da falta cometida, segundo um critério subjetivo. 3. Quanto ao ressarcimento, deve corresponder a um equivalente que a quantia em dinheiro proporciona à vítima ‘na proporção da lesão sofrida’. 4. Recomenda-se a condenação ao pagamento do ‘que

for arbitrado razoavelmente’ porque não se trata de ‘enriquecer um necessitado’ nem de ‘aumentar a fortuna de um milionário’, mas apenas de ‘impor uma sanção jurídica ao responsável pelo dano moral causado’. 5 — ‘Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva’. Doutrina a respeito. Rejeitada a preliminar, negaram provimento a ambos os apelos. Unânime” (TJRS — AC 197273998 — RS — 15ª C. Cív. — rel. Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos — j. 23/9/1998).

Deve, assim, o julgador subordinar-se a alguns parâmetros procedimentais, considerando a extensão psicológica e física do dano, as condições econômicas da vítima e do agressor, a intenção do autor do evento danoso, a fim de se constituírem critérios objetivos na fixação do valor indenizatório.

Sobre o valor da indenização por danos morais, de 100 (cem) salários mínimos, por ter sido fixado com averiguação das condições elementares da colisão e dos envolvidos, merece inalterado. Foram obedecidos os critérios para a determinação dos valores, bem como a capacidade das partes em arcar com essa quantia.

É orientação desta Corte de Justiça que:

“Responsabilidade civil — Acidente de trânsito — Dano moral — Indenização — Fixação — Age com culpa grave o condutor de veículo que, de madrugada, horário de saída para o trabalho, colhe ciclistas no acostamento. Nas áreas residenciais ou industriais, no horário de saída ou chegada do trabalho, a prudência re-

comenda redobrada cautela, principalmente com ciclistas e pessoas que inopinadamente podem surgir no acostamento e, inclusive, na pista. O dano moral é indenizável (Constituição, art. 5º, V e X). Na avaliação do dano moral se deve levar em conta a posição social e cultural do ofensor e do ofendido; a maior ou menor culpa para a produção do evento. A reparação do dano moral para a vítima não passa de compensação, satisfação simbólica; para o ofensor uma pena para que sinta o mal praticado” (grifo nosso) (TJSC — Ap. Cív. n. 35.339 — SC — 3ª C. Civ. — rel. Des. Amaral e Silva — DJSC 13/5/1991 — pág. 19).

Da Justiça gaúcha:

“Embargos infringentes — Acidente de trânsito. Indenização. Culpa. Dano moral. Redução inaplicável. Mantido o voto da maioria atribuindo a culpa exclusiva ao preposto da ré no acidente. Ainda que admitida culpa concorrente, inaplicável o critério de redução no arbitramento do valor do dano moral. O critério adotado e o valor fixado para o dano moral mostram-se razoáveis. Subentendido serem fixados 200 salários mínimos para cada um dos autores, totalizando 400 salários mínimos, estando de acordo com a capacidade das partes. Embargos infringentes desacolhidos” (TJRS — EI n. 197125024 — RS — 7º G.C.Cív. — rel. Des. Silvestre Jasson Ayres Torres — j. 7/5/1999).

Ainda:

“Ação indenizatória — Acidente de trânsito — Dano moral — A indenização por dano moral não está vinculada aos ganhos da vítima, fator considerado para a indenização por lucros cessantes. Não possuindo ca-

ráter alimentar, é devida para pagamento em parcela única. Preliminares rejeitadas. Sentença parcialmente alterada. Apelo provido em parte” (TJRS — AC n. 598128460 — RS — 12ª C.Cív. — rel. Des. Ulderico Ceccato — j. 29/10/1998).

E mais:

“Salário mínimo. Acidente de trânsito. Indenização. Dano moral. Acumulabilidade. Cabimento. Valor. Dano moral. Valor. Redução. Acidente de trânsito — Dano moral — Possibilidade de cumulação com danos materiais — O dano moral, por ser de natureza diversa do dano material, é indenizável, não obstante a reparação dos danos materiais. Conquanto difícil ou impossível a quantificação pecuniária do dano moral, há que se fixar um valor monetário, o qual, entretanto, não poderá ser de tal monta a torná-lo praticamente inexecutível e nem deve servir de causa de enriquecimento de quem sofreu o dano. Por não ser a indenização por dano moral de natureza alimentar, não deveria ter qualquer vinculação ao salário mínimo. Entretanto, na falta de outro elemento objetivo, é o mesmo adotado para quantificá-lo. Sentença reformada em parte, para reduzir o valor da indenização por dano moral” (TARS — AC n. 192.066.652 — 4ª C. Civ. — rel. Juiz Armando Mário Bianchi — j. 30/4/1992).

Já o pensionamento encontra previsão no artigo 1.539 do Código Civil, abaixo transcrito:

“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 trata-

mento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu”.

Ocorrida deformidade permanente e redução da capacidade laborativa, conforme denota-se no caso, a pensão alimentícia devida pode ser estipulada vitaliciamente. Portanto, podendo-se fixar a pensão de forma vitalícia, não há negar aquela que concedeu até a idade de 65 (sessenta e cinco) anos.

É orientação desta Corte de Justiça:

“Responsabilidade civil — Servidor de fundação hospitalar — Acidente com máquina centrífuga (lavanderia) — Indenização acidentária não exclui a do direito comum no caso de dolo ou culpa grave (Súmula 229 — STF) — Perda de membro superior — Incapacidade laboral no percentual de 40% — Elevação deste inacolhida — Pensão devida até 65 anos — Dano estético — Sequela irreversível — Quantia arbitrada sem inclusão das despesas com cirurgia futura e colocação de prótese mecânica — Pretensão acolhida — Dano moral conseqüente do dano estético — Admissibilidade — Honorários advocatícios — Fixação na forma dos artigos 20, § 3º, e 260, do CPC — Sucumbência parcial — Artigos 1.538 e 1.539 do CC — Recurso apenas do autor provido parcialmente. O ressarcimento em razão do dano especial previsto no art. 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 con-

seqüente 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. A reparação pecuniária pelo dano estético decorrente da perda de um braço deve abranger não só 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” (TJSC — Ap. Cív. n. 35.215 — SC — 4ª C.Civ. — rel. Des. Alcides Aguiar — DJSC 13/5/1991 — pág. 10).

O entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça não diverge:

“Responsabilidade civil — Fixação de pensão — Dano moral — Particularidade do caso concreto, em que o pedido restringiu o valor da indenização devida, tornando plausível a interpretação do acórdão recorrido, não se divisando afronta, em conseqüência, ao art. 1.539 do CC. Dano moral resultante de lesão estética. Espécie que refoge da disciplina do art. 1.538, § 2º, do CC” (STJ — AgRg no AI n. 58.068-7 — SP — 3ª T. — rel. Min. Costa Leite — DJU 26/5/1997).

Também:

“Indenização — Acidente do trabalho — Dano estético — Dano moral — Pensão — Fixação. A indenização devida em razão de deformidade do empregado, resultante de acidente

do trabalho, corresponde àquela proveniente de dano moral, devendo ser fixada em valor suficiente para conceder ao autor um lenitivo para sua dor, assim como servir de reprimenda ao réu. Na fixação do valor da indenização por dano moral o juiz não está adstrito às conclusões do laudo pericial, devendo levar em consideração vários outros fatores, tais como idade do autor e grau de culpa do réu, não havendo óbice a que tome por base os salários recebidos por aquele. A indenização por dano moral não é compensável com a pensão recebida do INSS, em decorrência da incapacitação para o trabalho, tratando-se de prestações pecuniárias de natureza e objetivo diversos" (TAMG — AC n. 240.090-0 — 5ª C. — rel. Juiz Brândão Teixeira — j. 27/11/1997).

No que concerne ao valor de 3 (três) salários mínimos, representando cerca de 30% (trinta por cento) da remuneração que percebia, denota-se acertada a decisão, ante a perda da capacidade laboral não ter sido completa.

Portanto, com base no art. 1.539 do CC, o ressarcimento deverá corresponder à diminuição de rendas advinda da impossibilidade de o ofendido continuar a exercer seu ofício ou profissão, ou nela ascender.

Adentrando no pedido de apreciação da decisão que limitou a seguradora a ressarcir o montante estabelecido na apólice, este não pode ser conhecido, visto que o recurso voltou-se apenas contra decisão proferida em benefício do autor, tendo transitado em julgado, relativamente à Bradesco Seguros S.A.

Estabeleceu, ao final, a MMA. Juíza singular os honorários advocatícios em 15% (quinze por cento) da soma das prestações vencidas e quinze das vincendas com supedâneo no art. 20, § 5º, do CPC. Correta, portanto, a verba honorária fixada. Determina o artigo citado do Código de Processo Civil:

"Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

(...)

"§ 5º — Nas ações de indenização por ato ilícito contra pessoa, o valor da condenação será a soma das prestações vencidas com o capital necessário a produzir a renda correspondente às prestações vincendas (artigo 602), podendo estas ser pagas, também mensalmente, na forma do § 2º do referido artigo 602, inclusive em consignação na folha de pagamento do devedor".

Da Corte Superior, depreende-se:

"Responsabilidade civil — Acidente de trânsito — 1. Honorários de advogado. Caso em que devem ser calculados sobre prestações vencidas e uma anuidade das vincendas. 2. Matéria de prova, a respeito da culpa do preposto (Súmula 7). 3. Inocorrência de ofensa ao artigo 459, parágrafo único, do CPC. 4. Segundo o acórdão recorrido, 'o pensionamento deve ser prestado aos filhos até atingirem 25 anos de idade, e não tendo em conta a sobrevida provável da vítima'. Inexistência de dissídio jurisprudencial. 5.

Recurso especial dos autores não conhecido; recurso especial da ré conhecido em parte e assim provido" (grifo nosso) (STJ — REsp n. 136116 — RJ — 3ª T. — rel. Min. Nilson Naves — DJU 25/2/1998 — pág. 73).

Dessa forma, mantém-se a decisão proferida em primeira instância, promovendo-se contudo a compensação da quantia de CR\$ 15.000,00 (quinze mil cruzeiros reais) adiantada à mulher da vítima pela apelante, devidamente atualizada.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, dá-se provimento parcial ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 6 de março de 2001.

Carlos Prudêncio,
Presidente com voto;
Wilson Augusto do Nascimento,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.004454-2, DE TUBARÃO

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

Ação ordinária — Apelação de ambas as partes — Pretendida rediscussão de matéria quando já operada a coisa julgada — Impossibilidade — Preliminar — Ausência de fundamentação — Não conhecimento — Recurso improvido.

— Demonstra-se improsperável a rediscussão de matérias quando, em processo autônomo, já levantada a mesma matéria ventilada e, inclusive, operado seu julgamento e respectivo trânsito em julgado, incidindo, desta forma, perfeita coisa julgada.

— Nas razões de apelo devem ser encontrados os argumentos pelos quais ficarão demonstrados, no mínimo, que a decisão foi pouco razoável, ou, em última análise, desarrazoada. O processo lógico destinado a derrubar os fundamentos da decisão de primeiro grau é da essência do apelo e sua ausência há de acarretar o não conhecimento das preliminares suscitadas. Conhecimento do art. 514, II, do Código Instrumental.

Ação de cunho cautelar interposta paralelamente à ação declaratória de sociedade de fato — Pretendida, naquela, reserva de bens e suspensão do processo de inventário — Trânsito em julgado da ação declaratória — Perda do objeto buscado na ação de cunho

cautelar — Recurso prejudicado.

— *Garantidos os direitos da concubina em ação declaratória de sociedade de fato, inclusive com a demonstração discriminada do quantum de seu direito, podendo com esta declaração ingressar no processo de inventário e nele habilitar-se, não há mais que se discutir em medidas cautelares eventualmente interpostas em que pretendida a reserva de bens e suspensão do processo de inventário, isto porque, o direito a que pretendia resguardar já está assegurado com o trânsito em julgado da ação declaratória engendrada.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.004454-2, da comarca de Tubarão (2ª Vara Cível/Reg. Público), em que são apelantes M. L. das N. R. e E. A. de M., sendo apeladas E. A. de M., M. L. das N. R. e espólio de H. A. A.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, não conhecer do apelo engendrado pela requerida M. L. das N. R., eis que manifestamente prejudicado, bem como negar-se provimento ao recurso interposto pela requerente E. A. de M.

Custas na forma da lei.

E. A. de M. ingressou com ação ordinária contra M. L. das N. R. e espólio de H. A. A. objetivando a reserva de bens e suspensão de inventário por conexão e dependência.

Afirmou que viveu por mais de vinte anos com o falecido H. A. A., sendo este desquitado judicialmente de sua primeira esposa desde 14/12/1972.

Apontou que a ex-esposa de seu amásio ingressou com inventário como viúva meeira, quando deveria fazê-lo na condição de credora dos bens inventariados, se, eventualmen-

te, não partilhados os bens quando do desquite.

Afirmou que ingressou com ação declaratória para comprovar a existência de união estável, pretendendo, ainda, a meação dos bens.

Ao final pugnou pela qualificação de meeira da requerida, pugnan-do pela suspensão do processo de inventário, reserva de bens e decretação de indisponibilidade dos bens da sucessão.

Citados, os requeridos oferta-ram contestação, alegando M. L. das N. R., preliminarmente, carência de ação, por falta de legitimidade ativa ad causam, uma vez que a autora não possui legitimidade para ingressar com o pleito.

No mérito, após se reportar à contestação já oferecida nos autos de reconhecimento de sociedade de fato, apontou que a requerente não contribuiu para a formação do patrimônio do falecido.

A seu turno, o espólio de H. A. A. apresentou contestação, afirman-do, preliminarmente, inépcia da inicial e ilegitimidade da autora. Ao final, aduziu a ausência de direitos da auto-ra diante da sucessão do falecido.

Ofertada impugnação às contestações, o Parquet Estadual falou da desnecessidade de sua intervenção.

Realizada audiência de instrução e julgamento, oportunidade em que as partes não conciliaram.

Apresentadas alegações finais, sentenciou-se o feito, oportunidade em que julgou parcialmente procedente o pleito formulado, determinando a reserva em bens à autora nos autos de inventário, suspensão do processo de inventário, condenando ambas as partes ao pagamento das custas e honorários advocatícios, na proporção de 1/3 à autora e 2/3 aos requerentes, fixando os honorários em 20% sobre o valor inicial.

Inconformada, M. L. das N. R. interpôs recurso de apelação, aduzindo quanto à impossibilidade de falar-se acerca de união estável ou concubinato entre autora e falecido, eis que finda a relação em 1986, então antes da Constituição Federal que implantou tal termo.

Salientou quanto à impossibilidade de reserva dos bens, bem como da errônea decretação de suspensão do inventário, impugnando, por fim, os ônus sucumbenciais.

Igualmente, E. A. de M. interpôs apelação, argumentando quanto à exclusão da meeira do processo, julgando insubsistente o fundamento lançado pelo Togado monocrático de que se trata de matéria discutível no processo de ação declaratória de sociedade de fato.

Ofertadas contra-razões a ambos os recursos, restou acostada cópia do acórdão que julgou a ação declaratória de sociedade de fato.

É o relatório.

Tratam-se de apelações interpostas por concubina e ex-esposa, acerca do falecimento de H. A. A. e seu respectivo espólio e processo de inventário, em que discutem, em suma, acerca de seus direitos patrimoniais.

Interposta ação ordinária pela concubina E. A. de M. em que pretendia a exclusão da ex-esposa como herdeira do falecido, bem como a reserva de bens no processo de inventário e a sua respectiva suspensão.

O Togado a quo, em sua decisão, julgou procedente em parte a pretensão inicial, determinando a reserva de bens no processo de inventário, na proporção fixada na ação declaratória de concubinato (25%); suspensão do inventário até o trânsito em julgado de referida ação, julgando improcedente o pedido de impugnação da condição de meeira da ex-esposa do falecido, bem como o pagamento proporcional de 1/3 pela autora e 2/3 aos requeridos, nas custas e honorários advocatícios, estes em 20% sobre o valor inicial.

Inconformados, tanto a requerente quanto a requerida M. L. das N. R. apelaram, pretendendo, aquela a exclusão da ex-esposa como meeira no espólio, e esta a reforma da sentença, aventando, preliminarmente, a impropriedade adotada pelo Togado, já que fundamentou sua decisão na CF/88, legislação esta não aplicável ao caso, já que a condição de concubina deu-se e quedou-se anteriormente à aplicação de referido diploma legal. No mérito, impingiu a reserva de bens deferida, bem como a suspensão do inventário, pugnano pela re-

forma no pertinente aos ônus sucumbenciais.

Para tanto, por haver recurso interposto por ambas as partes, devemos analisar cada uma das apelações interpostas de forma distinta ou destacada.

Da apelação da requerente — E. A. de M.:

Pretende a concubina do falecido a exclusão da ex-esposa da condição de meeira no inventário instaurado.

Entretanto, resta vermos, razão não lhe assiste!

Da análise detalhada no processado nos autos, mais especificamente às cópias das apelações interpostas em processos distintos entre as mesmas partes, depreende-se, às fls. 45/48 dos autos, o julgamento da Apelação Cível n. 27.769, de Tubarão, em que a ora requerente já havia interposto ação cautelar em que, dentre outros pedidos, também impugnou a presença da última no processo de inventário na qualidade de meeira, por entender que esta já encontrava-se desquitada do falecido.

No pronunciamento de citado acórdão ficou consignado que, diversamente do pretendido pela requerente, a ex-esposa deveria continuar como meeira no inventário instaurado, devendo ser citada a litisconsorte necessária, senão vejamos:

"(...) a cautelar tinha em mira, precipuamente, o afastamento, como meeira, da apelante, além da pensão alimentar.

"O acordo homologado, ao menos em tese, alcança direitos da re-

corrente, malferindo, prontamente, o art. 47 do citado Código Processual.

"Com efeito, noticiam os autos a separação judicial da apelante e do autor da herança, constando, ademais, que a partilha dos bens fora postergada para fase posterior e jamais concretizada. A separação não foi convertida em divórcio, de modo que, embora desfeita a sociedade conjugal, permanece o vínculo.

"Trata-se, inuvidosamente, de litisconsórcio necessário, no pólo passivo, o qual 'tem lugar se a decisão da causa propende a acarretar obrigação direta para o terceiro, a prejudicá-lo ou a afetar seu direito subjetivo' (STF — RT 594/248)" (fls. 47/48).

Percebe-se, nitidamente, que a presença da ex-esposa no pólo passivo da demanda decorre, diretamente, do julgamento da apelação ora apon-tada, que determinou que a ex-esposa é litisconsorte necessária nas ações em que a concubina ingressar contra o espólio, havendo, desta forma, verdadeira coisa julgada no ponto ora em discussão.

E nosso Códex Instrumental assim determina em seu art. 267:

"Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito:

"V — quando o juiz acolher a alegação de preempção, litispendência ou de coisa julgada;

"§ 3º. O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI".

Acerca do assunto, Egas Dirceu Moniz de Aragão aponta que:

“O terceiro motivo de extinção do processo sem julgamento do mérito, que o inciso prevê, é a coisa julgada, assunto de que o juiz tanto pode conhecer de ofício (§ 3º), como provocado pelo réu em sua resposta (art. 301, VI)” (in Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II, 9ª ed., Forense, RJ, 1998, pág. 390).

Podendo, ex officio e em qualquer grau de jurisdição, ser reconhecida a coisa julgada, cabe a esta Corte decretá-la, visto que, já julgada a matéria objeto do presente apelo insurgençial.

Finalizando, este o teor da ementa do citado acórdão:

“Cautelar inominada.

“Inventário. Impugnação de meira judicialmente separada do de cujus.

“Sociedade marital fática. Pedido de pensão provisória.

“Acordo celebrado em audiência, sem prévia citação de litisconsorte necessária.

“Nulidade.

“Recurso provido.

“— é visceralmente nulo o processo em que não houve citação de litisconsorte necessário” (Ap. Cív. n. 27.769, de Tubarão, rel. Des. Xavier Vieira).

Da apelação da requerida — M. L. das N. R.:

Pretende a ora apelante a reforma da decisão sob dois prismas: primeiro entende que improsperável o pedido de reserva de bens, pois não existente sociedade de fato entre a concubina e o falecido e, em segundo, improsperável o pleito de suspensão

do processo de inventário, não somente porque já deferida a reserva de bens, como também o pleito suspenscional não se fundamenta em qualquer dispositivo legal.

Primeiramente, a ora recorrente pretende a reanálise das preliminares suscitadas em primeiro grau, reiterando, para tanto, os argumentos lá esposados (fl. 464).

Entretanto, diga-se, seu pleito não merece guarida!

Em sua peça recursal, a apelante apenas e somente diz expressamente:

“Em razão disso, a apelante pede vênua para objetar à fundamentação da r. sentença recorrida e, com isso, propor sua reforma, reiterando, nesse passo, todas as preliminares oportunamente argüidas e que foram afastadas pela r. sentença recorrida” (fl. 464).

No item em destaque, a petição recursal, de mister é assinalar-se, faz-se totalmente apócrifa, eis que dela ausenta-se qualquer crítica específica e formulada de forma precisa ao provimento jurisdicional, a cujo respeito não aponta a apelante erros e imprecisões que aquela, porventura, contenha no desideratum de obter a reaprecação de decisório que lhe foi adverso, o que torna descumpridos os requisitos do art. 514, inciso II, do Código Buzaid.

E a ausência desses requisitos, pondere-se, eiva de vícios a pretensão a uma nova decisão.

Leciona, a respeito, o abalizado José Carlos Barbosa Moreira:

“As razões de apelação (‘fundamentos de fato e de direito’), que po-

dem constar da própria petição ou ser oferecidas em peça anexa, compreendem, como é intuitivo, a indicação dos erros in procedendo, ou in judicando, ou de ambas as espécies, que ao ver do apelante viciam a sentença e a exposição de motivos por que assim se não de considerar" (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, Forense, Rio de Janeiro, 1976, pág. 400).

Mais adiante, às págs. 401 e 402, observa o ilustrado processualista:

"A fundamentação é imprescindível, para que o apelado e o próprio órgão ad quem fiquem sabendo quais as razões efetivamente postas pelo apelante como base de sua pretensão a novo julgamento, mais favorável. Podem até não ser as mesmas alegadas no procedimento de primeiro grau: nada impede que o recorrente use outra linha de argumentação jurídica, quiçá sugerida pelo teor mesmo da sentença, sem falar na possibilidade excepcional da proposição de novas quaestiones facti (art. 517)".

Não divergindo, sustenta o preclaro José Frederico Marques:

"Recurso interposto sem motivação é pedido inepto" (Instituições de Direito Processual Civil, 1976, vol. 4, pág. 76).

Apreciando a matéria, o egrégio Supremo Tribunal Federal deixou decidido:

"A falta das razões do pedido de nova decisão impede o conhecimento da apelação" (RTJ 56/112).

Não discrepando, nosso egrégio Tribunal de Justiça assim tem decidido:

"Não se conhece do recurso de apelação que, em desatendimento às exigências do art. 514 do Código de Processo Civil, não contém a exposição dos fundamentos de fato e de direito que justificariam o pedido de reexame da sentença impugnada, nem pede nova decisão" (Ap. Cív. n. 20.501, de Laguna, rel. Des. Norberto Ungaretti).

"Apelação. Ausência de razões. Não conhecimento.

"A falta de razões impede o conhecimento da apelação" (Ap. Cív. n. 22.211, de Palmitos, rel. Des. Wilson Guarany).

"Ausentes na peça recursal as fundamentações de fato e de direito, imerece ser esta conhecida, dès que afrontado o estatuído no inciso II do art. 514 do Digesto Processual Civil.

"A mera manifestação de inconformismo com o decisum não satisfaz a exigência do dispositivo legal supra-citado" (Ap. Cív. n. 31.855, da Capital, rel. Des. Alcides Aguiar).

"Preceitua o art. 514 do CPC que a apelação, interposta por petição dirigida ao juiz, conterà, além dos nomes e a qualificação das partes, os fundamentos de fato e de direito e o pedido de nova decisão. Mera referência à contestação, à guisa de fundamentos pelos quais se pretende a reforma do decisum de primeiro grau, traduz comodismo inaceitável e que deve ser extirpado, à luz da sistemática processual (STJ)" (Ap. Cív. n. 44.224, de Blumenau, rel. Des. Eder Graf).

"Insuficiente é constar nas razões do recurso que a sentença deve ser reformada totalmente, porque os fundamentos de fato e de direito são

necessários, sob pena de não conhecimento daquele" (Ap. Cív. n. 51.696, de Criciúma, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

"Em tema de apelação, a manifestação do órgão recursal está restrita à matéria específica e fundamentadamente atacada nas razões insurgenciais. Não há, assim, como se reexaminar matérias a cujo respeito a parte recorrente não teceu qualquer crítica válida, limitando-se, para tanto, a fazer remissão às alegativas acerca delas por si lançadas nos autos" (Apelação Cível n. 96.012295-8, de Campos Novos, rel. Des. Trindade dos Santos).

Portanto, deixa-se de apreciar o tópico em questão, ante a ausência de razões recursais.

Ademais, pertinente a alegação de inexistência de sociedade de fato, bem como da inaplicabilidade da Constituição Federal de 1988 ao presente caso, razões estas lançadas nas objeções preliminares, igualmente razão não lhe assiste!

Depreende-se do processado que já restou julgada a apelação interposta nos autos de ação declaratória de sociedade de fato na qual, note-se, já restou bem analisada, pela Apelação Cível n. 48.767, em que foi relator o eminente Des. Newton Trisotto a presente questão que, por economia processual, passo a transcrever:

"O concubinato entre a autora e H. A. A. — que os réus admitem existente — teve seu início e término anteriormente à promulgação da Constituição Federal. Assim sendo, a norma constitucional e as disposições da lei citadas não podem servir de suporte à pretensão da demandante.

"3. É cediço, a jurisprudência, ao lado da doutrina, constituem fontes mediatas de direito" (Curso de Direito Civil, de Washington de Barros Monteiro, Saraiva, 1977, 15ª ed., vol. I, pág. 12).

"A jurisprudência, com apoio na doutrina, consolidou-se no sentido de que, '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' (STF, Súmula 380).

"Inicialmente, para os juristas e para os tribunais, o direito à partilha tinha como pressuposto a contribuição material da companheira na formação do patrimônio comum (REsp n. 85.954/SP, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 20/5/96, pág. 16.718). O crescimento do número de 'uniões estáveis', de constituição de famílias sem vínculo matrimonial e as injustiças que a exigência daquele pressuposto gerava, impuseram uma reavaliação da matéria. Ainda anteriormente à promulgação da CF/88, atento a essa nova realidade social, assinalou Adahyl Lourenço Dias:

'Duas alternativas assistem à companheira nas relações provindas do concubinato: a dissolução da sociedade de fato se contribui com seu trabalho à constituição do patrimônio, adquirido pelo esforço comum; se não houve aquisição, mas houve trabalho, serviços domésticos, ainda que não prestasse diretamente, neste caso mantendo empregada doméstica, sob sua direção, como patroa, serviços completos de dona-de-casa, cabe-lhe a indenizatória pelo tempo que trabalhou, proporcionando para o companheiro tranquilidade, segurança, vi-

vendo em completa união estável, amica convictrix, tida e respeitada em nível e pé de igualdade com a esposa legítima. Havendo patrimônio adquirido por compra e venda, em nome do companheiro, resultante do esforço comum, isto é, investida na compra, economia reunida pelo companheiro durante o concubinato, à concubina se assegura a meação no bem assim conseguido. Claro é que se o concubinário o adquiriu por herança, ou doação, excluído está da partilha, na dissolução da sociedade de fato. Mesmo nessa hipótese, se os bens valorizaram em razão de benfeitorias advindas pelo trabalho comum, ou se tornaram mais produtivas mercê da atividade desempenhada pela companheira, a esta cabe a quota correspondente à valorização por cujo preço respondem os bens assim beneficiados.

‘Não é mister haja inversão de dinheiro da companheira, ou que tenha entregue ao concubinário recursos, basta que se comprove o trabalho, a gerência do lar, serviços domésticos, de dona-de-casa, sem cuidado pela vida do companheiro, para se consolidar sua participação, consoante o afirmamos em linhas volvidas quando estudamos os elementos integrantes da figura do concubino’ (A concubina e o direito brasileiro, Saraiva, 1984, 3ª ed., págs. 115/6) (fls. 519/520).

Ademais, para que impingir alegações quanto à existência ou não de sociedade de fato se, no acórdão acima citado, já se declarou, peremptoriamente, a existência desta relação familiar.

Assim, cai no vazio, para não se dizer inútil, a discussão acerca do thema decidendum.

Da impugnação à reserva de bens no processo de inventário e suspensão do processo de inventário:

Diga-se, desde logo, que a análise dessas duas premissas engendradas pela ora recorrente já se encontram prejudicadas.

Isso porque, conforme se detona dos autos, a ação declaratória já restou julgada, inclusive com seu respectivo trânsito em julgado, demonstrando-se prejudicada a discussão acerca do presente tema.

In casu, onde se encontra o interesse processual da ora recorrente em se modificar a sentença debatida se, percebe-se o julgamento de outra apelação que já esvaziou toda a carga mandamental a que pretendia alterar.

Percebe-se que a Apelação Cível n. 48.767, na qual foi relator o eminente Des. Newton Trisotto, analisou, cuidadosamente, a discussão acerca da partilha dos bens ora pretendidos de reserva.

Assim decidiu o eminente Relator quanto à partilha dos bens:

“a) aqueles descritos no processo de desquite e ainda existentes deverão ser partilhados igualmente entre M. L. e seus filhos. Para identificá-los, poderá servir de precioso elemento o laudo pericial;

“b) M. L. e os filhos também terão direito aos acréscimos resultantes dos rendimentos deles extraídos, em partes iguais, ao capital existente quando do desquite mais os frutos resultantes, em partes iguais, ao capital existente quando do desquite mais os

frutos resultantes da correção do ativo e do reinvestimento dos lucros;

“c) a parte do patrimônio das empresas que exceder ao apurado conforme exposto anteriormente, decorrente de investimentos pessoais feitos pelo de cujus, formará o nome partilhável entre os filhos de H. e a autora;

“d) os bens herdados por H. de seus genitores, que eventualmente ainda tenham sido por ele apossados, integrados ao complexo turístico e comercial sediado em Gravatal, serão partilhados exclusivamente aos filhos dele (não estando descritos nos autos do desquite, presume-se que M. L. a eles tenha renunciado);

“e) os bens adquiridos por H. após o desquite deverão ser partilhados entre seus filhos e E.;

“f) o valor dos bens adquiridos em nome de E. posteriormente à constituição da união com H. integrarão o monte partilhável desde que, na partilha, a parte dela exceda à dos filhos de H. A ressalva é necessária pois não há ação ou reconvenção com pedido expresso de colação desses bens” (fls. 524/525).

Enquanto perdurava a discussão acerca da declaração dos direitos da concubina, é de olvidar-se a reserva de bens, pois, acaso partilhados antes da declaração de seus direitos, as perdas e os prejuízos que daí adviriam seriam imensuráveis.

Entretanto, finda esta discussão, declarando-se judicialmente os direitos da concubina, qual o interesse no prosseguimento do pedido de reserva de bens?

Ora, interesse algum existe, já que a declaração judicial exarada naqueles autos, inclusive com a determinação de qual montante integraria a reserva de bens da concubina, é título suficiente para que a convivente tenha seus direitos preservados e garantidos no inventário instaurado.

Igualmente, quanto à suspensão do processo de inventário, percebe-se que o Togado a quo a determinou até o trânsito em julgado da ação declaratória, trânsito este já incidente (fls. 419 e 579).

Evidente, se o Togado monocrático determinou a suspensão do processo de inventário e este já não mais se encontra suspenso em virtude do respectivo trânsito em julgado, caem no vazio as pretensões esposadas pela apelante.

Ademais, percebe-se que os pedidos ora engendrados são, definitivamente, de natureza cautelar, sendo que, julgada a ação principal, como é sabido, o objeto da ação cautelar fica esvaziado.

Neste desiderato, guardadas as devidas proporções, assim tem-se manifestado nosso Sodalício:

“Agravamento de instrumento. Extinção do processo em que proferida a decisão objurgada. Inutilidade do pronunciamento recursal. Recurso prejudicado.

“Extinto o processo em que foi proferida a decisão atacada e verificada a sua imutabilidade na hipótese de provimento do recurso, desaparece a utilidade do pronunciamento jurisdicional no agravo de instrumento, reputando-se-o prejudicado” (AI n. 98.016916-0, de Itajaí, rel. Des. Sérgio Paladino).

“Medida cautelar inominada. Julgamento do processo principal, inclusive na instância recursal. Não subsistência da ação acautelatória. Insurgência recursal prejudicada. Extinção.

“Prejudicada resulta a insurgência recursal deduzida contra sentença prolatada em autos de ação cautelar inominada, arrostando-lhe a extinção, quando a ação principal já conta com sentença, cujo recurso igualmente já foi julgado pela instância ad quem” (1ª CC, Ap. Cív. n. 97.004180-2, de Jaguaruna, rel. Des. Trindade dos Santos).

“Ação cautelar. Julgamento do recurso da ação principal. Prejudicialidade da cautelar.

“O processo cautelar tem por objetivo resguardar a integridade do principal. Portanto, a extinção deste, com ou sem julgamento do mérito, acarreta também a extinção daquele

em face da perda de seu objeto” (AI n. 98.000315-6, rel. Des. Eder Graf).

Assim, é de se julgar prejudicado o fundo de direito pretendido pela recorrente, eis que já analisada quando do julgamento da ação declaratória de concubinato.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso interposto pela requerente E. A. de M, restando prejudicado o recurso engendrado pela requerida M. L. das N. R.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Sérgio Antônio Rizelo.

Florianópolis, 15 de fevereiro de 2001.

Anselmo Cerello,
Presidente com voto;
Sérgio Roberto Baasch Luz,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.000223-2, DE BLUMENAU

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

Acidente do trabalho — Menor em trabalho perigoso — Culpa in vigilando e in eligendo — Nexo de imputação entre a conduta imprudente e negligente do empregador e o dano sofrido pelo empregado — Indenização por danos morais c/c danos estéticos — Impossibilidade no caso específico — Critério de fixação — Recurso provido em parte.

1. Na indenização acidentária de direito comum basta que o empregador ou os seus prepostos tenham agido com culpa, mesmo leve, para exsurgir a responsabilidade civil e o dever indenizatório do art. 159 do CC, porque in legi aquilia et levissima culpa venit.

2. “No âmbito dos danos à pessoa, comumente incluídos com conceito de dano moral, estão a dor sofrida em consequência do acidente, a perda de um projeto de vida, a diminuição do âmbito das relações sociais, a limitação das potencialidades do indivíduo, a perda de jouissance de vie (...)” (REsp n. 226190/RJ, relatado pelo insigne Min. Rui Rosado de Aguiar).

3. Na fixação do valor da indenização por dano moral, deve-se atentar para vários fatores, entre eles: 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.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.000223-2, da comarca de Blumenau (4ª Vara), em que é apelante Vonpar Refrescos S.A., sendo apelado Franklin Wendorf:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, prover em parte o recurso.

Custas na forma da lei.

Franklin Wendorf, assistido por seu pai, propôs ação de indenização por ato ilícito havido em acidente do trabalho contra a empresa Vompar Refrescos S.A., aduzindo, em síntese, que em agosto de 1989 foi contratado pela requerida para exercer a função de “auxiliar de produção” e no dia 30 de janeiro de 1993, o autor, que nesta época contava com a idade de 17 anos, conforme certidão de nascimento de fl. 8, foi designado a trabalhar em outro setor, numa máquina serra circular, sem nenhum preparo, o que ocasionou o acidente, por negligência da requerida.

Em consequência do acidente resultou para o autor a perda de parte do dedo mínimo da mão direita, sofrendo, ainda, corte em outros três dedos, acarretando limitação da movimentação. Requer, a final, a procedência do pedido, com a condenação da requerida ao pagamento da indenização por reparação da lesão física (danos estéticos) e danos morais, no valor de 100 (cem) salários mínimos cada um.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 7/11.

Contestando a lide, a requerida alegou não ser verdadeira a afirmação de que a empresa tenha sido negligente com o seu empregado ao determinar-lhe um trabalho para o qual não tinha habilitação. Afirma, ainda, que o autor juntamente com outros funcionários auxiliares de produção foram designados para o conserto de pallets, ou seja, estrados de madeira sobre os quais se acomodam e se empilham engradados de refrigerantes, sendo um trabalho fácil, inclusive quando na serra fita, que não requer nenhuma habilitação específica, dependendo

exclusivamente da atenção do trabalhador. Tal trabalho foi desenvolvido sob a supervisão de marceneiros, os quais executavam os trabalhos mais difíceis.

Afirma, por fim, que no dia dos fatos o autor já estava trabalhando há 10 (dez) dias nesse setor e o acidente ocorreu por culpa exclusiva sua que, contrariando ordens expressas de seus superiores, desviava sua atenção com conversas inoportunas, distraíndo-se quando do evento infortunístico; inclusive, no período em que trabalhou na empresa, sofreu várias advertências, demonstrando uma má conduta profissional. Termina sua contestação, afirmando que não houve dano físico e, se existiu, foi de menor significância e não justifica a indenização, nem mesmo o dano moral.

Juntou documentos de fls. 30/64.

Em réplica à contestação, a autora ratificou os termos da exordial (fls. 66/69).

Designou-se audiência conciliatória, sem êxito (fl. 79).

Vieram novos documentos juntados pela requerida (fls. 89/98), tendo a parte contrária se manifestado a respeito às fls. 100/101.

Foi realizada perícia médica (fls. 111/112).

Em audiência de instrução e julgamento (fl. 124), tomou-se o depoimento pessoal das partes e foram ouvidas 3 (três) testemunhas (fls. 75/80).

As partes apresentaram alegações finais, ratificando os termos da inicial (fls. 131/132) e da contestação (fls. 134/142), tendo o Ministério Público se manifestado pela sua não in-

tervenção, em virtude de que o autor já havia, nesta fase, completado a maioria.

Em sentenciando (fls. 145/150) o Juiz a quo julgou procedente o pedido formulado por Franklin Wendorf, para o fim de condenar a empresa Vompar Refrescos S.A. a pagar ao autor a importância de duzentos salários mínimos, cujo valor deveria corresponder ao equivalente no dia do pagamento, acrescida de juros de mora a partir da citação. Condenando, ainda, a requerida ao pagamento das custas do processo, dos honorários do perito e em honorários advocatícios, estes fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Inconformado com a prestação jurisdicional ofertada, a requerida interpôs recurso de apelação (fls. 152/164), entendendo que não houve culpa in vigilando, afirmando que a culpa é exclusiva do autor que, ao não respeitar normas, assumiu o risco de sua conduta. Afirma, ainda, não ser possível a cumulação do pedido de dano estético e dano moral, sendo que os danos não foram comprovados, ou no mínimo restou comprovado que não são tão gravosos para ensejar a total procedência da ação.

O autor contraminutou o recurso (fls. 168/169), requerendo o não conhecimento do apelo, por intempestivo, ou, quando não, pelo seu improvimento.

É o relatório.

Inicialmente, afasta-se a alegação de intempestividade do recurso, posto que o patrono da apelante foi intimado pelo Diário da Justiça que circulou no dia 14/10/99, tendo início o decurso do prazo em 20/10/99, expira-

ria em 3/11/99, sendo o recurso interposto em 27/10/99, portanto no prazo legal.

Insurge-se a apelante contra sentença que em ação de indenização por dano físico (estético) c/c danos morais, baseada no direito comum, julgou procedente o pedido.

É direito do trabalhador, entre outros, "Seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa" (CF, art. 7º, inc. XXVIII).

Esse dispositivo trouxe uma grande e fundamental inovação, pois, com ele, a responsabilidade civil do patrão caiu totalmente no regime do Código Civil. Não se cogita mais do tipo de culpa para impor o dever de reparar o dano regulado pelo direito comum.

Qualquer que seja, portanto, o grau de culpa terá o empregador de suportar o dever indenizatório, segundo as regras do Direito Civil, sem qualquer compensação com a reparação concedida pela Previdência Social.

Somente a ausência de culpa, em hipóteses de caso fortuito, força maior e culpa exclusiva da vítima, isentará o patrão da responsabilidade civil concomitantemente à reparação previdenciária.

A existência, enfim, da 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 art. 7º, inc. XXVIII, da CF.

"Qualquer falta cometida pelo empregador, na ocasião do evento le-

sivo ao empregado, acarretar-lhe-á o dever indenizatório do art. 159 do CC, mesmo levíssimas, porque in legi aquilia et levissima culpa venit" (RT 662/11).

Assim, para obter êxito na ação indenizatória de direito comum, é imprescindível que o acidentado prove a falta culposa ou dolosa do empregador. Nos presentes autos há provas suficientes a demonstrar a responsabilidade, por culpa in vigilando, da apelante no infortúnio laboral.

Em relação ao efetivo dano causado ao apelado, o laudo pericial (fls. 111/112) é claro em afirmar que do acidente resultou a este a perda parcial e permanente da capacidade laborativa em relação à atividade exercida, causada pela perda parcial do dedo mínimo e lesão tendinosa nos 2º, 3º, e 4º quirodáctilos da mão direita, apenas em parte recuperável, afirmando, ainda, que ocorreu o dano estético.

No depoimento pessoal do representante da apelante, Günther Klaus Becker (fl. 126), este afirma que o apelado não tinha treinamento para operar serra circular e que não foi determinado que operasse tal serra, o fazendo por conta própria. Entretanto, já na própria contestação a apelante afirma: "Na serra fita, cujo único requisito para o trabalho é a atenção, revezavam-se os auxiliares de produção, de forma que a tarefa não causasse tédio ou cansaço de forma a provocar acidentes. E, é importante que se repita, no dia 31 de janeiro já havia mais de dez dias que o autor executava essa tarefa". A contradição é evidente.

A prova testemunhal é clara no sentido de que qualquer empregado trabalhava na máquina, sem qualquer

treinamento específico, senão vejamos:

Valmir Vignoli: "(...) que qualquer empregado operava a serra circular; que não havia empregado com essa função específica; que não houve treinamento para o manejo da serra (...)" (fl. 127).

Edelbert Block: "(...) que a função do depoente era de encarregado de turma (...) que o depoente mandou o A. cortar madeira para paletes, na serra circular (...) que não houve treinamento para operar a serra (...)" (fl. 128).

Sílvio Cardoso: "(...) que no dia dos fatos parou a produção e os empregados foram encarregados de outros serviços, entre eles o de reformar paletes; que o A. foi cortar um palete na serra circular (...) que tem conhecimento de outro acidente com empregado na serra circular, que esse empregado tinha a função de jardineiro (...)" (fl. 129).

Ora, dos depoimentos, verifica-se que o apelado foi admitido na empresa na função de auxiliar de produção e no dia do acidente estava trabalhando em outra, portanto, em disfunção ao que foi pactuado no contrato de trabalho. E, ainda, que para o manuseio da serra circular, não foi devidamente orientado. Sabe-se que a operacionalização de qualquer equipamento, principalmente uma serra, requer conhecimento técnico e preparo para tal, o que não ocorreu no presente caso, daí o nexos causal entre a atitude do apelado, a culpa da apelante, e o dano, dando ensejo à responsabilidade civil de indenizar.

Outrossim, à época dos fatos, dia 31 de janeiro de 1993, o apelado

tinha apenas 17 anos, conforme certidão de nascimento de fl. 8 e, por isso, não poderia estar trabalhando em tal máquina, pois há que se considerar a Constituição Federal que, no seu art. 7º, XXXIII, deixa clara a "proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos". Ainda, a Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), no seu art. 67, II, dispõe: "Ao adolescente empregado, aprendiz, em regime familiar de trabalho, aluno de escola técnica, assistido em entidade governamental ou não-governamental, é vedado trabalho: perigoso, insalubre ou penoso".

Diante do farto conjunto probatório não é possível excluir a responsabilidade da apelante, transferindo-se ao apelado a culpa pela produção do evento, ainda que tenha agido com distração.

A culpa é definida por Savatier como a "inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar" (in Dias, José de Aguiar, Responsabilidade Civil, vol. I, Forense: 1994, pág. 114).

Assim, caracterizada a culpa da apelante, sob a modalidade de imprudência e negligência. Imprudência no designar, por seus prepostos, um jovem com apenas 17 anos, para uma função perigosa, a de operar uma serra circular, e negligência, por não lhe dar as mínimas condições de trabalho, isto é, não lhe foi transmitida orientação mais efetiva nem fornecida nenhuma espécie de proteção.

Ante tal contexto, não agindo a apelante de modo a evitar o acidente,

encargo este que assumiu ao designar o apelado para atividade perigosa e desviá-lo de suas verdadeiras funções, sem prestar-lhe qualquer orientação ou apoio, deve indenizar os prejuízos advindos.

É do nosso Tribunal:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano (art. 159 do CC)” (Apelação Cível n. 96.007551-8, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Orli Rodrigues, publicada no DJE de 28/11/96).

“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” (Apelação Cível n. 50.178, de Palhoça, rel. Des. Eder Graf, publicada no DJE de 28/11/96).

O fato de o apelado, quando da ocorrência do evento danoso, contar com apenas 17 anos é extremamente importante e relevante para a decisão do presente recurso, pois é proibido, como vimos, o trabalho perigoso para estes, não sendo outro o posicionamento jurisprudencial:

“O emprego de menor, com apenas 16 anos e meio de idade, nesses locais, é vedado pela Consolidação das Leis do Trabalho (art. 405, I) e pelo atual Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90, art. 67, II).

“Responderá o empregador pelos danos causados ao menor destacado para trabalhar nos lugares cita-

dos, decorrentes de desmoronamento de barranco, de que lhe resultou a perda de um braço e uma perna. O desmoronamento, mesmo considerado caso fortuito, obriga a indenizar, em tais circunstâncias, vez que a responsabilidade do agente decorre do simples risco, bastando à vítima a prova do nexo causal.

“A culpa grave, ainda que fosse exigível (Súmula 299 do STF), se configuraria na inobservância da própria norma protetiva do menor” (Apelação Cível n. 49.038, da Capital, rel. Des. Alcides Aguiar, publicada no DJE de 24/2/95).

Efetivamente, cabia à apelante zelar pelo ambiente de trabalho de seus empregados, de sorte que a imprudência e negligência evidenciadas não podem ficar isentas de responsabilidade quando, por conseqüência, um menor venha a lesionar-se, sofrendo amputação parcial de um dedo e lesão tendinosa em outros três, conforme laudo pericial de fl. 112, merecendo a imposição da devida indenização por dano moral.

O dano moral evidencia-se pelo sofrimento da vítima em relação ao seu pudor, a seu amor estético, às suas afeições. In casu, há um reflexo maior, por tratar-se de um adolescente, numa fase, que sabemos, bastante narcisista, com o culto à aparência.

Segundo Rui Stoco, o dano moral:

“É qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor estético, à integridade de sua inteligência,

às suas afeições etc.” (Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, 2ª ed., São Paulo, RT, 1995, pág. 458).

Portanto, cabível a indenização por danos morais, no entanto, tem razão a apelante em relação à afirmação de que, in casu, o dano estético restou absorvido pelo dano moral.

Sobre a questão o doutrinador Rui Stoco assinala que:

“a sempre lembrada Teresa Ancona especifica o que seja dano estético em Direito Civil (...): ‘O conceito de dano estético está intimamente ligado ao do dano moral, tendo em vista que aquele acarreta, sempre, prejuízos morais e, às vezes, também prejuízos materiais ou patrimoniais.

‘O dano à estética pessoal é espécie do gênero dano moral. (...)’” (Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, 4ª ed., RT, 1999, págs. 668/669).

A respeito, citamos, ainda, o REsp n. 226190/RJ, relatado pelo insigne Min. Rui Rosado de Aguiar:

“Independente da nomenclatura aceita quanto ao dano extrapatrimonial, e sua classificação em dano moral, dano à pessoa, dano psíquico, dano estético, dano sexual, dano biológico, dano fisiológico, dano à saúde, dano à vida de relação etc., cada um constituindo, com autonomia, uma espécie de dano, ou todos reunidos sob uma ou outra dessas denominações, a verdade é que para o juiz essa disputa que se põe no âmbito da doutrina, essa verdadeira ‘guerra de etiquetas’, de que nos fala Mosset Iturraspe (El daño fundado en la dimensión del hombre em su concreta realidad, Revista de Derecho Privado y Comunita-

rio, 1/9) somente interessa para evidenciar a multiplicidade de aspectos que a realidade lhe apresenta, a fim de melhor perceber como cada uma delas pode e deve ser adequadamente valorizada sob o ponto de vista jurídico”.

E mais adiante:

“No âmbito dos danos à pessoa, comumente incluídos com conceito de dano moral, estão a dor sofrida em consequência do acidente, a perda de um projeto de vida, a diminuição do âmbito das relações sociais, a limitação das potencialidades do indivíduo, a perda de *jouissance de vie*, tudo elevado a um grau superlativo quando o desastre se abate sobre a pessoa com a gravidade que a fotografia de fl. 13 revela”.

Em relação à fixação do valor da indenização por danos morais esta deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica, devendo, pois, ser quantia economicamente significativa.

A propósito, a lição de Caio Mário:

“A vítima de uma lesão a alguns daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes do seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, atendendo às cir-

constâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva” (Responsabilidade Civil, n. 49, Rio de Janeiro, 1989, pág. 67).

Importante a lição de Pontes de Miranda:

“O dano moral, se não é, verdadeiramente, dano suscetível de fixação pecuniária equivalencial, tem-se de reparar eqüitativamente (Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, tomo 54, § 5.536, n. 1, pág. 61). O problema haverá de ser solucionado dentro do princípio do prudente arbítrio do julgador, sem parâmetros apriorísticos e à luz das peculiaridades de cada caso, principalmente em função do nível socioeconômico dos litigantes e da maior ou menor gravidade da lesão” (RT 622/9).

Ainda, sobre a fixação do valor da indenização por dano moral, deve-se atentar para vários fatores, como vimos, entre eles: 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.

Buscando traçar considerações em relação aos fatores acima apontados, vemos que a intensidade e duração da dor do apelado foi bastante forte, pois a amputação parcial de um dedo e lesão tendinosa em outros três, além da repulsa natural que lhe é afeta, tem significado ainda maior, pois trata-se de um jovem, em que nessa fase o narcisismo é dominante.

A gravidade do fato causador do dano e a culpa do lesante devem ser consideradas, sem dúvida, em grau máximo, na forma de negligência e imprudência, do empregador da vítima, que se utilizava de um jovem, deslocado de suas funções, para fazer trabalhos perigosos, sem qualquer material de segurança, ao arrepio da lei (ECA, CLT e CF), resultando no acidente que vitimou o apelado.

A condição pessoal e social da vítima/apelado é a de um jovem de 17 anos, do sexo masculino, que precisava trabalhar para ajudar em casa, ante a sua situação financeira desfavorável, em contrapartida a empresa requerida está em situação muito melhor, muito embora não seja de grande porte.

Destarte, com esteio nos fatores de fixação da indenização, já vistos, em relação ao prejuízo moral sofrido pelo apelado, a fixação do valor da condenação em 100 (cem) salários mínimos, operada pelo Magistrado a quo, não representa exagero, devendo ser mantida.

Em face do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, para julgar improcedente o pedido de indenização por dano estético, mantendo a condenação à indenização pelos danos morais sofridos no patamar fixado pelo Magistrado a quo.

Em face da sucumbência recíproca, arcará a requerida com 50% (cinquenta por cento) das custas processuais e com a verba honorária do patrono do autor, fixada em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

O autor arcará com 50% (cinquenta por cento) das custas proces-

suais e honorários advocatícios do patrono da requerida, arbitrados em R\$ 1.000,00 (mil reais), na forma do § 4º do art. 20 do CPC, entretanto, por ser beneficiário da assistência judiciária, tal condenação ficará sobrestada pelo período de 5 (cinco) anos, na forma do art. 12 da Lei n. 1.060/50.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira.

Florianópolis, 22 de fevereiro de 2001.

Anselmo Cerello,
Presidente com voto;
Sérgio Roberto Baasch Luz,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.011484-7, DA CAPITAL

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

Apelação — Preliminar de coisa julgada — Inadmissibilidade in casu — Distinção entre coisa julgada formal e material.

— A coisa julgada tem como pressupostos a identidade de partes, pedido e causa de pedir próxima e remota. Ausentando-se qualquer destes elementos, seu reconhecimento resta prejudicado.

Ademais, a coisa julgada material extrapola os parâmetros do processo em que foi proferida a decisão e caracteriza-se pela imutabilidade do elemento declaratório da sentença. Já as sentenças terminativas fazem apenas coisa julgada formal, pois não analisada a questão de direito material, ante a ausência de algum dos requisitos de admissibilidade do mérito. Neste desiderato, caso proferida decisão anterior em que constatada a ausência de um dos pressupostos de admissibilidade, sendo então o processo extinto, esta decisão amolda-se à coisa julgada formal, não impedindo que futuramente ingresse-se com nova ação, agora sendo proferida decisão de mérito, onde pretendida, justamente, a coisa julgada material.

Mandato — Distinção entre mandato geral e especial e os outorgados com poderes gerais e poderes especiais — Recurso improvido.

— O mandato poderá ser geral ou especial. Aquele engloba a totalidade dos bens do mandatário, enquanto este é restrito aos bens determinados no próprio mandato. Paralelamente, o mandato pode-

rá ser outorgado com poderes gerais ou poderes especiais. Será geral quando os poderes a eles adstritos forem, apenas, de administração, não podendo ser extrapolado — art. 1.295, caput, do CC, e será outorgado com poderes especiais, quando determinadas quaisquer das faculdades referidas no § 1º do mesmo dispositivo legal. Dessa forma, não importa se o mandato é geral ou especial, já que ambos poderão ser outorgados com poderes gerais, cabendo aqui, apenas, os poderes de administração, ou com poderes especiais, devendo estar expressos, ou seja, escritos na figura do mandato, para que o outorgado possa exercer seu munus com maior precisão e dentro dos poderes a ele conferidos.

— A descrição do imóvel na procuração outorgada somente é cabível quando se referir a mandato especial, não a necessitando quando se tratar de mandato outorgado com poderes especiais, já que naquele a parte pretende delimitar quais os imóveis ou bens em que os poderes outorgados serão exercidos, por isso improcede o apelo recursal, já que o mandato outorgado é geral, sendo seus poderes especiais.

Impugnação ao deferimento de assistência judiciária gratuita — Ausência de comprovação de abonamento pelo beneficiado — Indeferimento.

— Para que reste deferido o pedido de impugnação à assistência judiciária gratuita, imprescindível a comprovação de que o impugnado possua condições de arcar com o pagamento dos ônus sucumbenciais, conforme o art. 7º da Lei n. 1.060/50.

— Em que pese o deferimento do pedido de assistência judiciária gratuita, acaso o beneficiado seja o sucumbente da lide, necessária sua condenação aos ônus sucumbenciais que, por força de lei, ficarão sobrestados de cobrança pelo prazo legal de cinco anos, devendo, assim, pagá-los caso comprovada a interrupção da causa que lhe ocasionou o deferimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.011484-7, da comarca da Capital (1ª Vara), em que são apelantes e apelados Vera Regina Tonon Medeiros, Rosemary Muniz Moreira e Onaclí Luiz Fabrin:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso interposto pela requerente e dar provimento parcial ao recurso proposto pelos requeridos.

Custas na forma da lei.

Vera Regina Tonon Medeiros ingressou com ação ordinária de anulação de ato jurídico contra Rosemary Muniz Moreira e Onacli Luiz Fabrin, objetivando o reconhecimento de nulidade do contrato de compra e venda de imóvel, por ausência de solenidade essencial a sua validade, qual seja, a ausência de outorga uxória.

Para tanto, apontou que conferiu a seu marido, Irivaldo Medeiros, procuração que lhe outorgava amplos e gerais poderes à administração dos negócios e interesses do casal, sendo que, de posse de tal procuração, celebrou contrato de compra e venda de um apartamento (n. 101), com 392,39m², e mais duas vagas de garagem (ns. 18 e 19), com 12 m² cada, localizados no Edifício Scalaria, situado na Rua José Jaques, n. 9, nesta Capital, registrados no Cartório do 1º Ofício do Registro de Imóveis.

A forma de pagamento restou devidamente descrita na peça exordial, e, em especial, pelos direitos advindos da desapropriação de imóveis que, agora, caberiam aos requeridos, apontando que durante toda a transação não assinou qualquer documento, fato este que causa a anulação do fato jurídico ora descrito.

Salientou que a procuração outorgada a seu marido apenas delegava poderes gerais de administração, ausentando-se os poderes específicos de compra e venda de imóveis, sendo nulo o negócio efetuado, eis que referida procuração não se constitui instrumento hábil para suprir a falta da outorga uxória.

Salientou que seu marido agiu com excesso de poderes, pleiteando, a final, com fulcro no art. 798, 2ª parte,

do CPC, a concessão de medida cautelar para obstar que os réus levantassem a importância depositada em caderneta de poupança referente ao valor da indenização da desapropriação dos lotes dados como parte do pagamento do preço no negócio, bem como a procedência do pedido, para se declarar a nulidade do contrato subjacente e a condenação dos requeridos nos ônus sucumbenciais.

Indeferido o pedido de medida cautelar, a autora, em apenso, ingressou com medida cautelar inominada, pleiteando a concessão de medida cautelar para obstar aos réus de levantarem a importância depositada na conta poupança vinculada ao Juízo de Direito da 4ª Vara Cível, para evitar danos irreparáveis ou de difícil reparação à patrocinadora da causa e de sua família. Após a manifestação das partes, a medida cautelar foi indeferida, ante a ausência do *fumus boni iuris*, já que a autora busca, sob todos os fundamentos, dispor dos créditos oriundos do precatório que, consoante demonstra a documentação inserta, por decorrência do contrato, aos réus.

Irresignada, ingressou com medida cautelar incidental de seqüestro, reiterando o pedido antes formulado, sob o que se manifestaram os réus.

Citados na ação ordinária, os réus ofereceram contestação, argumentando, preliminarmente, prescrição e coisa julgada e, no mérito, requereram o conhecimento direto da lide, com o julgamento improcedente do pedido, condenando a autora às penas da litigância de má-fé e demais despesas processuais.

O réu Irivaldo Medeiros, a seu turno, ofereceu contestação limitando-se a reconhecer que a procuração pública utilizada no negócio não tinha poderes especiais para alienar créditos de precatório e, bem assim, celebrar contrato de compra e venda.

Apontou que o art. 1.295, § 1º, do CC, exige poderes especiais e expressos para realizar atos que exorbitem a administração ordinária, como alienar bens imóveis.

Houve apresentação de impugnação à contestação, em que restaram rechaçados todos os argumentos espostos na peça contestatória.

Sentenciando, a d. Togada monocrática julgou improcedente o pedido formulado na ação anulatória, julgando, no mesmo ato, extintas, sem julgamento de mérito, as cautelares incidentais apensadas, deixando de condenar a autora ao pagamento das despesas processuais em virtude de ser beneficiada da assistência judiciária gratuita, bem como nas penas de litigância de má-fé, eis que inoperantes quaisquer hipóteses previstas no art. 17 do CPC.

Inconformados, autora e réus apelaram.

A autora, pretendendo a reforma da decisão pelos mesmos fundamentos espostos na exordial (fls. 224/233). Já os réus, pretendem a reforma da sentença no que pertine à extinção das ações cautelares apensadas e, especificamente, à ausência de condenação em litigância de má-fé, bem como o pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios.

Asseverou, preliminarmente, a existência de coisa julgada, e, no mé-

rito, afirma incidir litigância de má-fé, pugnano pela condenação da requerente.

No mérito, impugnou a assistência judiciária requerida, afirmando que a autora detém poder aquisitivo para pagar as custas processuais. Ademais, apontou que, mesmo que goze de dito benefício, necessária a condenação da autora nos ônus sucumbenciais e, sua suspensão pelo prazo de cinco anos, conforme art. 12 da Lei n. 1.060/50.

Afirmou, ainda, o equívoco da Togada a quo em extinguir o processo de impugnação ao valor da causa sem julgá-la, apontando que ao valor da ação de seqüestro deve corresponder o da causa principal, sendo então o valor de R\$ 501.902,25.

Ao final, pleiteou a reforma da decisão, com as penalidades ora referidas, a instauração de processo penal contra a apelada, bem como o julgamento procedente das impugnações ao pedido de assistência judiciária gratuita, com a finalidade de revogar os benefícios da justiça gratuita em face da ora apelada.

Devidamente intimados para contra-arrazoar, requerente e requeridos deixaram transcorrer seus prazos in albis.

É o relatório.

Trata-se de apelação cível interposta tanto pela requerente quanto pelos requeridos.

Razão do insurge recursal da requerente é, lógico, a reforma total da sentença monocrática que julgou improcedente o pleito por ela formulado. Pretende, assim, a declaração de nulidade do ato praticado por seu ma-

rido que, por procuração outorgada a ele pela requerente, efetuou contrato particular de promessa de compra e venda de imóvel, no qual deu, como forma de pagamento do imóvel que estava adquirindo, os direitos advindos sobre processo de desapropriação.

Já a razão do inconformismo dos requeridos é o julgamento improcedente dos incidentes de impugnação à concessão do benefício da assistência judiciária gratuita na medida cautelar inominada incidental, ação ordinária de anulação de ato jurídico e medida cautelar de seqüestro, bem como o julgamento sem mérito proferido no incidente de impugnação ao valor atribuído à medida cautelar de seqüestro e a falta de condenação em litigância de má-fé e despesas processuais e honorários advocatícios.

Primeiramente, analisaremos o pedido de coisa julgada proposto pelos requeridos, uma vez que se trata de matéria prejudicial ao mérito.

Afirmam os requeridos que a presente matéria já foi analisada quando do julgamento da Ação de Nulidade de Compromisso de Compra e Venda n. 96.045126-0.

Assim resta averiguarmos os pressupostos para que reste evidenciada a coisa julgada, quais sejam, identidade de partes, pedido e causa de pedir.

Quanto às partes, sem maiores delongas, são, efetivamente, as mesmas.

Percebe-se que o alvo da Ação de Nulidade n. 99.045126-0 tinha como causa de pedir remota a existência de contrato de compra e venda, nas condições e obrigações pactuadas

pelas partes aqui contendoras, e causa de pedir próxima, a nulidade do negócio efetuado ante a evidente falsificação, por seu marido, da assinatura constante na procuração, sendo, dessa forma, forjada a procuração que seu marido utilizou para assinar, em seu nome, o contrato de compra e venda. O pedido, neste desiderato, foi o de declaração de nulidade do negócio celebrado, ante a falsificação da procuração que autorizava seu marido a realizar o negócio ora espancado.

Nesse desiderato, o Togado monocrático julgou extinta a ação, por entender ser o pedido juridicamente impossível, bem como afirmou inexistir à autora interesse processual, condenando-a às penas de litigância de má-fé (fls. 76/85).

De outra banda, referentemente à ação aqui intentada, vê-se que sua causa de pedir remota, igualmente, refere-se à existência de contrato de compra e venda, e sua causa de pedir próxima, diversamente, trata-se de nulidade do contrato de compra e venda, mas agora sob o fundamento de que ausente, na procuração outorgada, poderes especiais para que seu marido alienasse ou transferisse a terceiros os direitos advindos da ação desapropriatória, ausentando-se, assim, a necessária outorga uxória, sendo preterida solenidade essencial à validade do ato. O pedido, a seu turno, consiste na decretação de nulidade do ato celebrado, ante a ausência de poderes especiais outorgados na procuração para realização do ato negocial ora espancado.

Ora, percebe-se, nitidamente, a diferença entre a causa de pedir próxi-

ma e o pedido das ações ora propostas.

Como se não bastasse, a Ação de n. 96.045126-0 foi julgada extinta, sem a apreciação do mérito da causa, o que originou a incidência da coisa julgada formal.

Nesse desiderato, aponta o art. 467 do Códex instrumental:

“Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Nas lições de Moacyr Amaral Santos, coisa julgada formal é:

“A coisa julgada formal consiste no fenômeno da imutabilidade da sentença pela preclusão dos prazos para recursos. Dá-se porque a sentença não poderá ser reformada por meio de recursos, seja porque dela não caibam mais recursos, seja porque estes não foram interpostos no prazo, ou porque do recurso se desistiu ou do interposto se renunciou. E porque os recursos são atos de impugnação da sentença no processo em que ela foi proferida, a coisa julgada formal redundando na imutabilidade da sentença, como ato processual, dentro do processo” (in *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 3º vol., Ed. Saraiva, 1999, 18ª ed., SP, pág. 43).

E, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery definem coisa julgada material como:

“a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário” (in *Código de Processo Civil Comentado e legisla-*

ção processual extravagante em vigor, 3ª ed., SP, RT, 1997, pág. 676).

Nesse desiderato, a coisa julgada é a imutabilidade da própria sentença e de seus efeitos formais e materiais. Essa imutabilidade é criada pela impossibilidade de a decisão ser atingida por eventual recurso da parte, ou seja, ela é gerada pelo trânsito em julgado da sentença. Todas as sentenças transitadas em julgado geram um efeito específico, que é a extinção do processo, sendo elas definitivas ou terminativas.

A sentença de mérito, além do efeito formal de extinção do processo, uma vez transitada em julgado, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas (CPC, art. 468), tornando imutáveis seus efeitos materiais, projetáveis para fora do processo. É a coisa julgada material.

Assim, a coisa julgada material extrapola os parâmetros do processo em que foi proferida a decisão e caracteriza-se pela imutabilidade do elemento declaratório da sentença. Declaração esta que se torna imodificável tanto no processo em que foi pronunciada, como em qualquer outro.

Já as sentenças terminativas fazem apenas coisa julgada formal, pois não analisada a questão de direito material, ante a ausência de algum dos requisitos de admissibilidade do mérito.

Tanto para a ocorrência da coisa julgada material como a formal, inquestionavelmente, o requisito indispensável é a existência de uma sentença.

Assim, correta a aplicação propugnada pelo Togado monocrático,

que, brilhantemente, assim se manifestou acerca do tema:

“Assim, somente a lide (pedido) é acobertada pela coisa julgada material, que a torna imutável e indiscutível, tanto no processo em que foi proferida a sentença, quanto em processo futuro. A ação de nulidade de compromisso de compra e venda (autos n. 023.96.045126-0) foi extinta, sem julgamento do mérito, com supedâneo no art. 267, VI, do CPC, com a condenação da autora ao pagamento dos ônus sucumbenciais, litigância de má-fé e encaminhamento de cópia das peças ao representante do Ministério Público para instauração de inquérito policial contra Vera Regina Tonon Medeiros e Irivaldo Medeiros (fls. 76/92), o que não induz coisa julgada material e sim coisa julgada formal, ou preclusão, tão-somente em relação à sentença proferida naqueles autos.

“A extinção do feito sem julgamento do mérito possibilita a proposição de nova demanda, desde que suprida a causa extintiva anterior.

“Vê-se, pois, de forma hialina a possibilidade jurídica de reiteração de pedido de reconhecimento de nulidade, agora com outras alegações, razão por que a lide não está acobertada pelo manto da coisa julgada material” (fls. 217/218).

Restando operante apenas a coisa julgada formal, ausentando-se a coisa julgada material, alvo do presente recurso, é de ser indeferida a preliminar suscitada.

Passemos à análise da apelação interposta pela requerente, Vera Regina Tonon Medeiros:

Razão de seu insurge recursal é a alegativa de que a procuração ou-

torgada a seu marido, Irivaldo Medeiros, continha, apenas, poderes gerais de administração e gerenciamento do patrimônio do casal, sendo necessário, dessa forma, outorga uxória ou nova procuração, agora com poderes especiais para alienação, inclusive descrição do imóvel em que se outorgou os poderes especiais.

Entretanto, resta vermos, razão não lhe assiste!

O deslinde da quaestio está na análise de dois artigos inculpidos em nosso Códex material, quais sejam, os arts. 1.294 e 1.295, que assim apontam:

“Art. 1.294 — O mandato pode ser especial a um ou mais negócios determinadamente, ou geral a todos os do mandante.

“Art. 1.295 — O mandato em termos gerais só confere poderes de administração.

“§ 1º — Para alienar, hipotecar, transigir, ou praticar outros quaisquer atos, que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos”.

Washington de Barros Monteiro aponta que:

“O mandato especial é restrito aos atos discriminados pelo mandante na procuração, não podendo ser estendido a outros, ainda que da mesma natureza. É dessa natureza o mandato para assinar determinado título, vender certa casa, requerer falência do comerciante X etc.

“(…)

“O mandato geral (omnium bonorum) compreende, sem exceção, todos os negócios do mandante, por exemplo, a procuração da mulher ao

marido para administrar ou vender todos os bens. Esse mandato há de ser exercido, todavia, em conformidade com os poderes expressos, dos quais o mandatário não pode e não deve se afastar” (grifo nosso) (in Curso de Direito Civil, 5º vol., Ed. Saraiva, 1999, 31ª ed., SP, pág. 256).

Percebe-se, nitidamente, que o mandato será especial quando discriminado certo ato ou fato a ser praticado pelo mandatário, e geral quando compreender todos os negócios do mandante.

In casu, denota-se, claramente, a existência de mandato geral, no qual por procuração outorgada no Cartório Luz, 2º Ofício de Notas, à ora requerente, Vera Regina Tonon Medeiros outorgou a Irivaldo Medeiros poderes gerais a todos os negócios a ela pertencentes, senão vejamos:

“os mais amplos, gerais e ilimitados poderes de administração para tratar de seus negócios e interesses, podendo comprar, vender, hipotecar, permutar, dar em anticrese e pagamento, pagar e receber em seu nome, dando recibo e quitação; contrair empréstimos e obrigações; confessar dívidas, renunciar direitos, cedê-los e transferi-los; prestar e aceitar fianças, fazer quaisquer tipos de contratos; aplicar dinheiro e valores por qualquer forma; transigir em juízo e fora dele; estabelecer cláusulas, condições, preços, formas de pagamento; transferir direito, ação, domínio e posse ou recebê-los; responder pela evicção; assinar as escrituras que se tornarem necessárias para cumprimento deste mandato; representá-lo em repartições federais, estaduais, autarquias e especialmente no Instituto Nacional

de Previdência Social, perante os órgãos do Imposto de Renda, fazendo e assinando declarações; participar de assembléias anônimas, podendo votar, aceitar e impugnar cotas; endossar, avalizar e caucionar títulos de qualquer espécie; fazer empréstimo emitindo títulos ou mediante contratos; movimentar contas bancárias em quaisquer bancos, verificando saldos, retirando talões, emitindo e endossando cheques, autorizando pagamento por meio de cartas; constituir procurador com poderes gerais para o Foro conferindo-lhe todos os poderes constantes do art. 30 do Código de Processo Civil, podendo propor e variar de ações, receber citações, confessar, desistir e transigir; praticar todos os atos necessários ao integral cumprimento deste mandato e substabelecer” (fl. 29).

Entretanto, para análise do caso, dever-se-á analisar, além do tipo de mandato, geral ou especial, a qualidade da procuração outorgada, ou seja, a amplitude dos poderes adstri-tos ao mandato outorgado, amplitude esta determinada pela dicção do art. 1.295 do Código Civil.

Assim é que os poderes adstri-tos aos mandatos, sejam especiais ou gerais, poderão ser outorgados, também, com poderes gerais e/ou com poderes especiais.

Novamente nos serve a lição de Washington de Barros Monteiro, que assim dispõe acerca do tema:

“O mandato, para conferir poderes que ultrapassem a simples administração ordinária, deve ser outorgado em termos especiais, isto é, os poderes devem referir-se, especificamente, determinadamente, ao ne-

gócio jurídico que se tem em mira” (ob. cit., pág. 257).

E, mais à frente aponta:

“A administração ordinária, a que se refere o texto, compreende atos de simples gerência, em que não exista alienação ou disposição (pagar impostos, fazer reparações, contratar e despedir empregados, adquirir sementes e adubos etc.)” (ob. cit., pág. 257).

O mandato firmado ao marido da mandante é, sem dúvidas, conferido com poderes especiais, já que demonstrada, de forma cabal, a intenção de transferir, total e irrestritamente, a administração e controle dos bens do casal, aqui incluído o direito à venda de bens e, principalmente, transferir direitos que a mandante detinha sobre as ações desapropriatórias.

De Plácido e Silva, quando fala acerca dos poderes especiais, assim aduz:

“No conceito jurídico, particularmente em relação ao mandato, os poderes especiais entendem-se os poderes que devam ser, necessariamente escritos ou indicados no instrumento do mandato, para que certos atos jurídicos ou certos negócios jurídicos possam ser, validamente, praticados pelos mandatários constituídos.

(...) Nesta razão, quando a lei exige poder especial para que o mandatário possa praticar um ato jurídico, indubitavelmente, se compreende que impõe a declaração expressa desse ato no mandato constituído. E se no instrumento do mandato não se consigna ou não se individualiza o ato jurídico, validamente, legitimamente, não pode ser executado pelo manda-

tário. Quando este, em tal circunstância, pratique ato jurídico, que somente possa ser praticado por outorga ou poder especial, e não o possua, está fora do mandato, agiu excessivamente” (in Tratado do Mandato e Prática das Procurações, vol. I, 3ª ed., Ed. Guaíra, RJ, págs. 202/203).

E, mais à frente, aponta:

“A especialização de poder, desta forma, não decorre simplesmente da ordem ou do mandato para vender, mas, da determinação escrita, no instrumento do mandato, do poder para vender o imóvel, individuando-o clara e precisamente, para que não se oponha qualquer dúvida sobre a extensão do poder outorgado.

“É bem verdade que, necessariamente, se deve atender, neste particular, a espécie do mandato. Tratando-se de mandato com poderes gerais para a venda de todos os imóveis pertencentes ao mandante, a especialização do poder se deduz dos termos amplos do mandato, desde que ele encerre uma autorização especial para a alienação de todos os imóveis pertencentes ao mandante. Quando ocorre um mandato especial, que se infere para um ato certo e determinado, indispensável, para a especialização, a menção especificada do imóvel” (in Tratado do Mandato e Prática das Procurações, vol. I, 3ª ed., Ed. Guaíra, RJ, págs. 209/210).

Verdade que o mandato foi realizado em sua modalidade geral, já que englobada a totalidade dos bens da mandatária, entretanto, tal assertiva não acarreta, necessariamente, a lavratura do mandato com poderes gerais, já que o mandato geral ou especial poderá ser realizado, tanto com

poderes gerais, quanto com poderes especiais, indistintamente, ou seja, o mandato com poderes gerais poderá ser outorgado com poderes gerais ou com poderes especiais, ou ambos, o mesmo ocorrendo com o mandato especial.

Assim, De Plácido e Silva citando o mestre Amaral e Silva:

“Assim, não é somente expresso o mandato quando dá poderes para vender tal imóvel, ou hipotecar tal prédio a determinado credor. Expresso também é o mandato quando concede poderes para alienar todos os imóveis do mandante, ou hipotecá-los, ainda que não os individualize ou nominativamente os designe, isto porque a natureza dos atos que o mandatário pode praticar estão especificados de uma maneira nítida, clara” (ob. cit., pág. 204).

E, mais à frente:

“Poder e mandato — É que a diferença de poder e mandato é bem visível. Quando a lei exige poderes especiais não alude a mandato especial, como poderes gerais não implicam, exclusivamente, em mandato geral. Podem haver poderes gerais, tal como em termos gerais, em mandato especial, como, da mesma forma, poderes especiais, podem ser consignados em mandato geral” (ob. cit., pág. 205).

Nesse desiderato, a extensão dos poderes limita a faculdade do mandatário, bem como a extensão do mandato indica a amplitude dos negócios que se incluem neste.

In casu, conforme já apontado, lavrou-se mandato geral, mas com poderes especiais, já que consignados, de forma especial e expressa, os ter-

mos e limitações a que se estaria outorgando os poderes, para isso existentes os poderes de alienação, hipoteca, cessão de direitos e outros no mandato.

A amplitude regradada pela expressão poderes especiais e expressos consignada no art. 195, § 1º, do CC, não revela o sentido apontado pela requerente, mas sim o de que os poderes especiais deverão, obrigatoriamente, estar particularizados, individualizados no instrumento de mandato, para que dessa forma possam ser perfeitamente praticados.

Novamente pertinente à lição de De Plácido e Silva:

“Em regra, quando se refere à imposição do poder especial para a prática de um ato, a lei fala em poder especial e expresso.

“Não haveria, propriamente, necessidade deste reforço de expressões: pelo espírito da exigência, o especial já integra o sentido de expresso, pois que não se cumpriria a especialização do poder sem a expressão dele, por escrito, no instrumento do mandato” (ob. cit., pág. 206).

Revelam-se, pois, os poderes que devam ser expressos obrigatoriamente, isto é, determinados com precisão, particularizados ou individualizados, para que, positivamente, com as minúcias necessárias, entendam-se consignados no mandato os poderes especiais.

Neste desiderato, impertinente e inútil a designação do imóvel a qual deverá incidir os poderes especiais, já que, por se tratar de mandato geral, os poderes especiais poderão ser aplicados a todos os bens do patrimônio do

mandatário, o que não ocorreria caso fosse o mandato especial, que exige, para sua existência, a discriminação dos imóveis a que se estão outorgando os poderes, quer sejam gerais quer sejam especiais.

Nesse desiderato a jurisprudência:

"Hipoteca — Constituição por procurador — Procuração com poderes para hipotecar, sem indicação do objeto da garantia — Validade — Inteligência dos arts. 1.294 e 1.295, § 1º, do Código Civil.

"Honorários de advogado — Executivo hipotecário — Verba indevida.

"Não é inválida a procuração que contém poderes para hipotecar, sem, porém, indicar o objeto da garantia" (RT 244/144).

No mesmo sentido, RT 231/149 e RT 226/170.

Assim, nega-se provimento ao tópico sob alinhamento.

Agora, retornemos à análise do mérito insculpido na apelação interposta por Rosemary Muniz e Onacli Luiz Fabrin que, ante a existência de vários tópicos, analisaremos de forma destacada:

a) da litigância de má-fé:

Pretendem os ora recorrentes a condenação da requerente em litigância de má-fé, por entenderem que a pretensão da autora é despropositada, uma vez que a procuração é expressa em transferir poderes específicos para compra e venda de imóveis e de cessão de créditos, mostrando-se infundada a pretensão esposada.

Ocorre que, para que reste condenada em litigância de má-fé, é

necessária a caracterização de um dos pressupostos estampados no art. 17 do CPC, o que, diga-se desde logo, não se encontra no presente caso.

O art. 17 do Códex instrumental assim aduz:

"Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

"I — deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

"II — alterar a verdade dos fatos;

"III — usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

"IV — opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

"V — proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

"VI — provocar incidentes manifestamente infundados;

"VII — interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório".

Em seus comentários, Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery apontam que:

"As hipóteses de caracterização objetiva de litigância de má-fé, estão arroladas em *numerus clausus*, taxativamente, na norma ora comentada, não comportando ampliação (Arruda Alvim, CPCC, II, 149; Borges, Coment., vol. I, pág. 28; Leão, O litigante de má-fé, pág. 37). A taxatividade é relativa às hipóteses caracterizadoras da litigância de má-fé, mas não à incidência restrita do instituto, porque o preceito da norma comentada pode ser aplicado nos processos regulados por leis extravagantes, como por exemplo na ação popular (CF, 5º, LXXIII), na ACP

(LACP 18), na ação coletiva (CDC 81, parágrafo único, 87 e 93 ss.), no MS, nas ações falenciais etc.” (in Código de Processo Civil Comentado, 4ª ed., RT, SP, pág. 423).

Ora, percebe-se que a requerente ingressou com a presente ação com fundamento jurídico plausível, não demonstrando, a princípio, quaisquer das circunstâncias enumeradas no art. 17 do CPC.

Ademais, a circunstância de restar condenada a requerente em outros processos em que ingressou, como litigante de má-fé, não induz a que, em novos processos interpostos, igualmente restasse condenada, já que a pena é aplicável a cada lide, desde que evidenciada a incidência de quaisquer das hipóteses referidas por lei.

A propósito do tema, aliás, já decidiu este Sodalício:

“É sabido que a má-fé do litigante que autoriza a aplicação de pena é de ordem processual, e não a resultante da relação material existente na lide” (Ap. Cív. n. 51.822, de Rio Negro, rel. Des. Orli Rodrigues).

Assim, a constante luta instaurada pela requerente para se anular o processo não acarreta a incidência da pena, já que ela se refere a discussões de direito material, distintamente das de direito processual, que são incidentes às penas de litigância de má-fé.

Ausentes os fundamentos enzejadores da litigância de má-fé, improporável o pleito ora pretendido.

b) da assistência judiciária gratuita:

Pretende a reforma da decisão que deferiu o pedido de assistência judiciária gratuita, por entender que a requerente detém vultoso patrimônio, não necessitando, então, dos benefícios da Lei n. 1.060/50.

Percebe-se, todavia, que a Togada monocrática, ao indeferir o pleito insurgencial proposto pelos requeridos, explicitou que, ante a ausência de provas referentes à efetiva capacidade econômica da requerente, o benefício deveria ser mantido.

E, resta vermos, razão assiste à Juíza singular!

A Lei n. 1.060/50 assim dispõe acerca do tema:

“Art. 4º — A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

“§ 1º — Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta Lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais.

“Art. 7º — A parte contrária poderá, em qualquer fase da lide, requerer a revogação dos benefícios de assistência, desde que prove a inexistência ou o desaparecimento dos requisitos essenciais à sua concessão”.

Assim, a parte poderá requerer os benefícios da assistência judiciária por simples petição nos autos, afirmando não possuir condições financeiras de arcar com o pagamento das custas processuais, cabendo à parte

ad adversa o ônus probatório de refutar a alegação de hipossuficiência.

Do processado nos autos, percebe-se que a requerida, quando ingressou com o incidente de impugnação à assistência judiciária, acostou, apenas, cópia das petições iniciais de outros processos propostos pela requerente, na qual se percebia que não requereu, em qualquer deles, os benefícios da Lei n. 1.060/50, pretendendo, com isso, comprovar que possui condições suficientes.

Entretanto, convenhamos, absurda sua tese.

A prova a fundamentar a retirada do benefício há de ser segura, ou seja, convincente de que a parte contrária possui condições financeiras, não se prestando mera alegação, já que o onus probandi, conforme já aludido, cabe ao impugnante.

Ademais, o momento para averiguar-se a miserabilidade do requerente do benefício é o momento em que interpôs o pedido, não servindo como paradigma ações anteriormente instauradas.

Igualmente, a lista acostada pela requerida quando do ingresso da apelação, em que pretende demonstrar bens de propriedade da parte ad adversa, não poderá ser aceita, já que não evidenciado que estes sejam, efetivamente, de propriedade dela ou de seu marido, inexistindo declaração prestada pelo Oficial do Cartório ou mesmo ausentando-se a data em que coletados os dados.

Nesse desiderato tem-se manifestado a jurisprudência deste Sodalício:

“Apelação cível. Impugnação à assistência judiciária gratuita. Ausência de provas. Hipossuficiência da beneficiária caracterizada. Desprovisionamento do recurso.

‘É assente ser irrelevante que o beneficiário de assistência judiciária tenha propriedade imóvel, desde que não produza renda que permita pagar as custas e honorários do advogado’ (JTA 118/406)” (Apelação Cível n. 96.006534-2, de Imbituba, relator Des. Wilson Guarany).

“Agravado de instrumento. Pedido de revogação de assistência judiciária gratuita. Legitimidade ativa. Decisão reformada. Recurso provido.

“A parte contrária dos autos principais pode impugnar a concessão do benefício de assistência judiciária gratuita, conforme art. 7º da Lei n. 1.060/50, assim como também o representante do Ministério Público, desde que provem a inexistência dos pressupostos legais para a concessão” (Agravado de Instrumento n. 8.157, de Piçarras, relator Des. Carlos Prudêncio).

Em repetição, não havendo provas de que a impugnada/requerente possua condições socioeconômicas de arcar com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, o improvimento é medida que se impõe.

Ademais, no tocante à afirmativa de que mesmo beneficiada pelo benefício da gratuidade, é necessária a condenação e conseqüente fixação da verba honorária devida, o que, diga-se, razão lhe assiste.

O artigo 12 da Lei n. 1.060/50 assim dispõe:

“A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-la, desde que possa fazê-lo sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Se dentro de 5 (cinco) anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita”.

Nesse desiderato, o Togado deverá condenar sim o sucumbente ao pagamento das custas e honorários advocatícios, ficando, todavia, sobrestado tal pagamento até que evidenciada a cessação da condição de necessitado, no prazo prescricional de cinco anos.

A jurisprudência dominante vai ao mesmo diapásão:

“O beneficiário da justiça gratuita que sucumbe é condenado ao pagamento das custas que, entretanto, só lhe serão devidas se, até cinco anos contados da decisão final, puder satisfazê-las sem prejuízo próprio ou da família. Incidência do art. 5º, LXXIV, da Constituição” (STF — 1ª Turma, RE n. 184.841-3/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

“A parte beneficiária da justiça gratuita, quando vencida, sujeita-se ao princípio da sucumbência, não se furtando ao pagamento dos consectários dela decorrentes. A condenação respectiva deve constar da sentença, ficando, contudo, sobrestada até e se, dentro em cinco anos, a parte vencedora comprovar não mais subsistir o estado de miserabilidade da parte vencida” (STJ — 4ª Turma, REsp n. 8.751/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo).

Assim é que condeno a parte requerente ao pagamento das custas

processuais das ações intentadas, bem como ao pagamento dos honorários advocatícios que arbitro, com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC, para as três ações propostas em R\$ 3.000,00 (três mil reais), devendo ser observada, para tanto, a regra determinada pelo art. 12 da Lei n. 1.060/50.

c) impugnação ao valor da causa:

Sob o tema em enfoque, os apelantes pretendem alterar a decisão que lhes julgou improcedente o incidente de impugnação ao valor da causa, pois entendem que tal julgamento interferiria na fixação da verba honorária a que a parte sucumbente há de pagar.

A douta Juíza, em suas fundamentações, apontou que inócua a fixação do valor da causa, uma vez que a parte sucumbente é beneficiária da justiça gratuita (fl. 211).

E, resta vermos, mais uma vez, amoldurada de razão a sentença hostilizada!

Propugne-se que restou deferida, e neste grau de jurisdição confirmada, a concessão da assistência judiciária gratuita, não devendo, dessa forma, arcar com o pagamento das custas e honorários advocatícios aplicáveis na condenação dos ônus sucumbenciais.

Verdade que o Togado deveria solucionar a lide, pronunciando-se acerca dos temas a ele propostos, mas evidente que a espera pelo pronunciamento estatal apenas retardaria a solução do litígio, sem qualquer consequência prática a alterar o problema, uma vez que, se acaso deferido o pedido de impugnação ao valor da causa, na prática, nada alteraria,

pois não necessitaria a requerente recolher as custas iniciais, um dos principais fundamentos para a fixação do valor da causa.

Ora, se inexistente a finalidade propugnada pela lei para que reste analisada a quaestio, e ante a constante instabilidade a que as partes estavam adstritas pelo não pronunciamento estatal, a Togada, brilhantemente, julgou o feito, cumprindo com sua função social de apaziguadora dos conflitos e interesses sociais.

Assim, é de manter-se a sentença sob o tema em enfoque.

Por todos os argumentos expostos é que se nega provimento ao

recurso interposto pela requerente, e dá-se provimento parcial à apelação interposta pelos requeridos para condenar a requerente ao pagamento das custas e honorários advocatícios, observadas as peculiaridades do art. 12 da Lei n. 1.060/50.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira.

Florianópolis, 22 de fevereiro de 2001.

Anselmo Cerello,
Presidente com voto;
Sérgio Roberto Baasch Luz,
Relator.

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 97.015914-5, DA CAPITAL

Relator: Des. João Martins

Agravo de instrumento — Demolitória — Concessão de liminar inaudita altera pars — Decisão que concedeu liminar para demolição de obra edificada em área de preservação permanente do Parque Municipal da Lagoa do Peri — Presença do fumus boni juris e do periculum in mora — Decisão mantida — Recurso não provido.

“A tolerância com edificações clandestinas em áreas de preservação permanente fará com que, estimulados pelo uso de meios retardatários da execução da liminar demolitória, novas violências contra o meio ambiente sejam perpetradas, em prejuízo de toda a comunidade” (AI n. 96.001089-0, da Capital, rel. Des. Eder Graf).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 97.015914-5, da comarca da Capital, em que é agravante Gilberto Grandi e agravada Floram:

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, cassando-se a liminar suspensiva concedida.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de agravo de instrumento ajuizado por Gilberto Grandi contra decisão do Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho da comarca da Capital que, nos autos de ação civil pública que a Floram move contra o agravante, determinou a paralisação da obra construída por este no Parque Municipal da Lagoa do Peri, e a sua consequente demolição, em virtude de estar sendo lesado o meio ambiente, arbitrando multa diária no valor de R\$ 500,00, exigível após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor.

Alegou que o imóvel não está localizado em área de preservação permanente nem em terreno de marinha; que a área não se caracteriza como non aedificandi; que o imóvel já fora objeto de litígio judicial, em que

ficou assente que não se encontra em área do Parque da Lagoa do Peri.

Ao agravo, foi concedido efeito suspensivo parcial, tão-somente para evitar a demolição da obra.

Desse despacho, interpôs a Floram agravo regimental, mas foi-lhe negado provimento.

Apresentada a resposta, pugnou a agravada, preliminarmente, pelo não conhecimento do recurso, por ausência da certidão de intimação da decisão agravada; no mérito, rechaçou os argumentos expendidos no reclamo.

Ouvida a Procuradoria-Geral de Justiça, esta, em parecer da lavra do então Procurador de Justiça Luiz César Medeiros, opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso.

A seguir, procedeu-se à redistribuição do feito em conformidade com o Ato Regimental n. 41/2000, vindo os autos conclusos a este relator.

II — Voto

1. Pugna a agravada, preliminarmente, pelo não conhecimento do recurso, ante a ausência de certidão de intimação da decisão agravada.

Vislumbra-se, no entanto, à fl.168, cópia do mandado de intimação da decisão vergastada, devidamente cumprido, visado pelo agravante em

16/12/97 e juntado aos autos em 18/12/97 (fl. 167v.).

Dispõe o art. 241, II, do CPC, que começa a correr o prazo “quando a citação ou intimação for por oficial de justiça, da data de juntada aos autos do mandado cumprido”.

Com isso, tem-se que o mandado foi juntado aos autos no dia 18/12/97, quinta-feira; o prazo para interposição do agravo de instrumento começou a fluir no dia 19/12/97, sexta-feira; exauriu-se no dia 28/12/97, domingo; em razão disso, prorrogou-se para o primeiro dia útil subsequente, 29/12/97, segunda-feira, que foi a data da protocolização do reclamo.

Theotonio Negrão anota:

“É dispensável a certidão da intimação da decisão recorrida, quando evidente a tempestividade do recurso” (Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, pág. 432).

Assim, conhece-se do recurso.

2. O presente agravo tem por objeto decisão monocrática que determinou a paralisação e demolição de obra construída pelo agravante na região do Parque Municipal da Lagoa do Peri, por ser considerada área de preservação permanente.

O agravante recebeu em 5/5/97 a comunicação n. 7/97 da Floram, embargando a obra ante a falta de autorização; na mesma data foi-lhe entregue a comunicação n. 8/97, determinando a demolição; em 19/5/97 recebeu o auto de infração n. 765, por estar fazendo um acréscimo sem autorização da Floram nos limites do Parque Municipal da Lagoa do Peri;

em 19/9/97 foi lavrado o auto de infração n. 464, por estar o agravante construindo sem autorização do Executivo municipal; em 10/10/97, percebendo que o agravante continuava fazendo substituição e ampliação da construção, bem como a realização de benfeitorias, a agravada emitiu-lhe a comunicação n. 12/97 dando ciência de que deveria parar a construção do pé da caixa d'água e a comunicação n. 13/97 de que deveria demolir a referida obra; pelo não cumprimento dos comunicados foi expedido o auto de infração n. 766; continuando ainda a realização da obra, recebeu o agravante o auto de infração n. 508, em 11/10/97; em 13/10 foram expedidos o auto de infração n. 610 por escavação do terreno para confecção de ponteira d'água e o 2.051 pela construção do pé da caixa d'água; em 15/10/97 foi expedido o auto de infração n. 509 pelo não cumprimento dos comunicados e autos anteriores; em 16/10/97 foi expedido o auto de infração n. 613 pela continuação das obras sem autorização da Floram; em 17/10/97 foi emitido o auto de infração n. 912, por continuar a construção do pé d'água; em 22/10/97 foi expedido o auto de infração n. 915 e 916, por estar o agravante fazendo um acréscimo de alvenaria sem licença da Floram; em 28/10/97 e 29/10/97 recebeu os autos de infração n. 828 e 225, pelos mesmos motivos.

Todos esses documentos foram colacionados aos autos nas fls. 48 a 52, 64 a 77, 83 a 91 e demonstram o total desrespeito do agravante para com as normas estabelecidas pela Administração Pública na defesa do meio ambiente da Ilha de Santa Catarina.

Como é cediço, o planejamento urbanístico local encontra seu fundamento no artigo 30, VIII, da CF/88. Nesse artigo está o reconhecimento exclusivo do município para promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle de uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

José Afonso da Silva leciona que “é competência própria, exclusiva, que não comporta interferência nem da União nem do Estado” (O Município na Constituição de 1988, RT, 1989, São Paulo/SP, pág. 62).

Portanto, o planejamento local possui a finalidade de disciplinar o uso, o parcelamento e a ocupação do solo urbano na área territorial do município. Esse ordenamento deve ser posto no Plano Diretor, aprovado pela Câmara Municipal, elevado pela Constituição como instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana (artigo 182, § 1º), obrigatório para as cidades com mais de vinte mil habitantes.

O Plano Diretor dos Balneários do Município de Florianópolis é regido pela Lei Municipal n. 2.193, de 3 de janeiro de 1985.

Dispõe o art. 21, caput, desse diploma:

“Art. 21 — Áreas de Preservação Permanente (APP) são aquelas necessárias à preservação dos recursos e das paisagens naturais, e à salvaguarda do equilíbrio ecológico...”

E o art. 93, caput, estabelece:

“Art. 93 — As áreas de preservação permanente são non aedificandi, ressalvados os usos públicos necessários, sendo vedada nelas a

supressão da floresta e das demais formas de vegetação, a exploração e a destruição de pedras, bem como o depósito de resíduos sólidos”.

O art. 4º da Lei Municipal n. 1.828, de 3 de dezembro de 1981, classifica a região do Parque Municipal da Lagoa do Peri como área de preservação permanente.

Dispõe o art. 12 da referida lei que, “no Parque, só serão permitidos usos e/ou edificações adequados aos seus objetivos, mediante expressa autorização do Executivo Municipal, ouvidos a Administração do Parque e o Órgão de Planejamento Municipal”; o art. 13 determina que “fica expressamente proibida em toda a área do Parque do Peri qualquer forma de parcelamento do solo...”, exceto na Área de Paisagem Cultural, em que é permitido “o uso residencial unifamiliar quando a edificação for destinada àqueles que já venham exercendo pessoalmente as referidas atividades na área, pescadores artesanais ali residentes, bem como assim seus descendentes” (art. 8º, § 2º, c/c art. 13, parágrafo único); o art. 10 estabelece que “somente será permitida, na Área de Lazer, a construção dos equipamentos públicos necessários à consecução dos objetivos do Parque”; e o art. 11 relaciona taxativamente quais os usos e atividades permitidos na Área de Lazer, sem fazer menção, no entanto, a obras residenciais ou moradias.

Por sua vez, o Decreto Municipal n. 91/82, que regulamenta a Lei Municipal n. 1.828/81, estabelece em seu art. 6º que “os terrenos de marinha e as margens da lagoa numa profundidade de 100m (cem metros) são non aedificandi, ressalvados os usos

públicos necessários”; e no § 2º do art. 9º que “não será permitida a ocupação do solo com edificações fora dos casos previstos, tais como para a construção de residências secundárias de fim de semana”.

O agravante não demonstrou que a realização da obra foi autorizada pelo Poder Público Municipal. Pelo contrário. Reconhece que solicitou autorização no órgão municipal que fiscaliza a região do Parque e, ante a demora da resposta, pôs-se a realizar a obra (fl. 3, n. 3), mesmo sem licença.

Os documentos de fls. 48 a 52, 64 a 77, 83 a 91 comprovam que o agravante foi reiteradamente notificado pela fiscalização ambiental, mas ainda assim, em total descaso para com o Poder Público Municipal, continuou a obrar no local.

O parecer técnico de fl. 59 relata que o “Sr. Gilberto continua a construir sem autorização da Floram, fazendo um acréscimo irregular à construção, também irregular, existente em terreno do qual é posseiro, adquirido após a criação do Parque. Assim, recebeu o Auto de Infração 464 (6º auto de infração) por estar construindo sem autorização da Floram”, sendo que toda a “construção está localizada dentro da área de marinha junto a Praia da Armação e da Área de Lazer do Parque Municipal da Lagoa do Peri”.

Os documentos trazidos aos autos para sustentar a alegação de que o imóvel do agravante não está localizado na dita área não foram suficientes para desmerecer as provas trazidas pela autora/gravada.

Verifica-se, assim, a presença da fumaça do bom direito.

Quanto ao perigo de dano irreparável, este consiste justamente no fato de a edificação estar localizada sobre uma área considerada de preservação permanente, que por si só já requer seja garantida sua integridade e perenidade.

Ademais, ante as insolentes demonstrações de desobediência por parte do agravante, chega-se à conclusão de que, se medidas mais enérgicas não forem tomadas, continuará o infrator levando ao descaso as instituições municipais.

A possibilidade de concessão de liminar na ação civil pública deflui do seu art. 12, in verbis: “poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo”.

Nelson Nery Júnior comenta:

“Medida liminar. Não há necessidade de ajuizar-se ação cautelar, antecedente de ação principal, para pleitear a liminar, com evidente desperdício de tempo e atividade jurisdicional. O pedido de concessão de liminar pode ser cumulado na petição inicial de ACP de conhecimento, cautelar ou de execução (RJTJSP 113/312)” (Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, 3ª ed., Ed. RT, pág. 1.149).

Este Tribunal já decidiu:

“Ação civil pública — Meio ambiente — Residências edificadas clandestinamente em área de proteção ambiental — Liminar demolitória — Pressupostos presentes — Viabilidade.

“É possível a concessão de liminar determinando a demolição de

residência edificada clandestinamente em área de proteção ambiental, quando o particular foi devidamente notificado e teve a oportunidade de exercer a mais ampla defesa administrativa.

“A tolerância com edificações clandestinas em áreas de preservação permanente fará com que, estimulados pelo uso de meios retardatórios da execução da liminar demolitória, novas violências contra o meio ambiente sejam perpetradas, em prejuízo de toda a comunidade” (AI n. 96.001089-0, da Capital, rel. Des. Eder Graf).

Ainda:

“Meio ambiente — Se demonstrados os pressupostos de concessão de liminar — *periculum in mora* e *fumus boni juris* — há que se concedê-la, *initio litis*, em ação civil pública, para que se evitem danos ao meio ambiente, de impossível ou de difícil reparação” (AI n. 4.212, 2ª Câmara Civil, j. 23/2/88).

Vide também, deste relator, o Agravo de Instrumento n. 00.002296-9, da Capital.

3. A alegação de que o imóvel já fora objeto de litígio judicial em mandado de segurança contra ato da Secretária, do Chefe da Divisão de Fiscalização e do Fiscal de Obras da SUSP, em que ficou assente que

aquele não se encontra em área do Parque da Lagoa do Peri, também não prospera.

É que o fundamento da decisão que concedeu a segurança refere-se ao fato de que as autoridades impetradas não respeitaram, na esfera administrativa, o direito à ampla defesa dos impetrantes, não havendo qualquer menção quanto ao fato de o imóvel embargado encontrar-se ou não na área em comento.

Bem-lançada, pois, a sentença da Magistrada a quo, razão pela qual nega-se provimento ao recurso, cassando-se a liminar suspensiva anteriormente concedida.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, decide a Câmara, à unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, cassando-se a liminar suspensiva concedida.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Volnei Carlin. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Procurador Luiz César Meeiros.

Florianópolis, 22 de fevereiro de 2001.

João Martins,
Presidente e Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 96.006321-8, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Gaspar Rubik

Honorários advocatícios. Imposição da verba aos requeridos em ação cautelar e ao autor, na principal e em igual percentual, em

favor de um daqueles. Solidariedade entre os vencidos na cautelar não reconhecida, porque, omissa a sentença a respeito e inexistindo disposição legal expressa ou convenção, inadmissível o seu estabelecimento por presunção (art. 896, CC). Prevalência, em tal situação, do princípio da proporcionalidade, agasalhado pela lei processual (art. 23, CPC). Execução judicial das verbas promovida em nome dos vencedores. Compensação parcial das obrigações. Inteligência do art. 1.009 do Código Civil. Direito do mandatário de haver do mandante a proporcionalidade da obrigação deste compensada com o seu crédito. Decisão que admitiu a compensação integral parcialmente reformada. Agravo parcialmente provido.

É repudiado presumir solidária, devendo-se considerar proporcional, que é princípio que impera em nosso sistema processual, a condenação de co-réus em verba honorária, se inexistente mandamento legal expresso ou vontade das partes, e se a sentença também não o dispõe expressamente a respeito.

Não promovendo, o advogado, execução judicial autônoma, em nome próprio, para cobrança de honorários de sucumbência fixados em ação principal, mas o fazendo em nome de seu constituinte, excluído da lide por ilegitimidade passiva ad causam e condenado também em igual verba no processo cautelar, porém em percentual proporcionalmente menor, é de se admitir, em tal situação, com caráter de excepcionalidade, a compensação dos referidos débitos/créditos, com as respectivas extinções até onde se compensarem, já que, apesar de líquidos e certos os débitos, a rigor não se poderia ter por presente a recíproca identidade credor/devedor, porque o mandante é responsável pelos honorários do advogado do ex adverso na lide em que sucumbiu, enquanto que ao seu mandatário pertencem os honorários naquela em que se saiu vencedor. Fica obrigada a parte, contudo, nessa hipótese, a pagar a seu advogado o quantum dos honorários devidos a ele pelo sucumbente contrário com que se beneficiou na compensação e extinção parcial de seu débito ao mesmo título.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 96.006321-8, da comarca de Criciúma, em que é agravante Unibanco — União de Bancos Brasileiros S.A., sendo

agravada Metalúrgica Iany Indústria e Comércio Ltda.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, prover parcialmente o recurso.

Custa de lei.

Unibanco — União de Bancos Brasileiros S.A. agrava de instrumento da decisão do Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Criciúma que deixou de deferir o seu pedido de liquidação da sentença relativamente aos honorários advocatícios a que, em seu favor, foi condenada a firma Metalúrgica Iany Indústria e Comércio Ltda., em razão de ter sido extinta, em relação à sua pessoa, reconhecida como parte manifestamente ilegítima passiva ad causam, a ação ordinária de nulidade de duplicata, cumulada com pedido indenizatório por perdas e danos e abalo moral creditício que move ela também à S. F. Factoring Fomento Comercial Ltda. e à Markuse Indústria de Prensas Hidráulicas Ltda.

Sustenta, em apertada síntese, ter-se equivocado o digno Prolator do decisório atacado ao indeferir o pedido formulado sob o fundamento de ser compensável o crédito em questão com o débito ao mesmo título a que foi condenado na ação cautelar, porque tal condenação também no percentual de 10% (dez por cento), além de inadmissível, já que considerado parte manifestamente ilegítima na ação principal, não lhe foi imposta com exclusividade e sim também aos dois outros co-requeridos, mesmo assim não sob o regime de solidariedade que, não mencionada expressamente na sentença, não se pode presumir. Aduz, outrossim e em conseqüência, que não tendo relação com os dois outros requeridos, únicos responsáveis pelo saque e circulação de título sem causa cuja sustação de protesto e declaração de nulidade foi buscada nas ações cautelar e principal propostas, seria flagrantemente injusto admi-

tir-se a compensação, a qual, quando muito, teria de obedecer, em relação à sua condenação, o critério da proporcionalidade, ou seja, considerando apenas como 3,33% o percentual da sua obrigação. Enfatiza, por fim, na pugna por afastar a compensação, que admiti-la, no caso, importaria em deturpar o instituto, já que se os honorários, conforme normativa o Estatuto da Ordem (Lei n. 8.906/94), pertencem ao advogado e não à parte, compensá-los seria o mesmo que dizer que o advogado e não a parte é quem os estará pagando.

Deferido o processamento do agravo e concluída a formação do instrumento com a extração, conferência e conserto das peças indicadas por agravante e agravada, os autos, após contraminuta apresentada pela última, defendendo a solidariedade e alegando unicamente ter concordado com a compensação com a finalidade de não causar dano ao seu cliente, e depois de formalizado o preparo e exarado o despacho de sustentação, ascenderam a este Pretório.

É o relatório.

Procede inquestionavelmente, porém apenas em parte, o inconformismo manifestado, haja vista que a admissibilidade da compensação no caso concreto, diante das peculiaridades com que se apresenta, não foi completamente, mas tão-só parcialmente equivocada, porquanto o que não poderia o Magistrado ter feito era mandar compensar com o crédito do agravante o percentual integral da verba a ele imposta conjuntamente com outros dois requeridos, como se entre eles solidariedade houvesse.

Com efeito, pois não obstante seja indelevelmente certo, por ser texto expresso de lei (n. 8.906/94), que os honorários da sucumbência pertencem ao advogado, que tem direito autônomo de executar a sentença em nome próprio, é bem de ver que na hipótese sub appello, apesar de a condenação da agravada ter-se restringido a tal verba, por ter o agravante se saído vencedor unicamente pelo acolhimento da preliminar de sua ilegitimidade passiva ad causam, que motivou a sua exclusão do processo, assim não se portou o causídico, que promoveu a execução em nome de seu constituinte, por razões não esclarecidas, mas que podem, eventualmente, estar atreladas ao contrato de honorários entre ambos estabelecido, em uma provável responsabilização deste último também pelo valor da sucumbência, com o que, conseqüentemente, não estaria sendo afrontado o § 3º do art. 24 do diploma legal mencionado, porque a convenção não estaria a retirar ou suprimir o direito do profissional. Em tal situação, portanto, em que o agravante, como devedor pela condenação em honorários na ação cautelar, se apresenta como credor de igual verba a que foi condenado na ação principal o credor daquela, perfeitamente viável a extinção dos débitos/créditos até onde se compensarem, de acordo com a expressa dicção do art. 1.009 do Código Civil, já que presentes os requisitos que o autorizam, qual sejam a liquidez, certeza e exigibilidade dos créditos e a relação de reciprocidade credor/devedor. E, diante desse contexto, a afirmação do agravante de ser inaplicável o instituto da compensação à hipótese, porque importaria, no fundo, em estar-se

responsabilizando o advogado pelo pagamento, com a verba que de direito lhe pertence na principal, da sucumbência imposta a seu cliente na cautelar, não tem melhor aplicação ao caso concreto, muito embora em situação outra, e como regra, evidentemente que total razão lhe assistiria, já que não haveria a identidade de pessoas em relação credor/devedor de reciprocidade, como pressuposto inafastável do instituto em questão.

Em caso que, mudando o que deve ser mudado, guarda semelhança com este ora sub examen, a colenda Corte Superior de Justiça, em r. aresto da lavra do eminente Min. Luiz Vicente Cernicchiaro (in RSTJ, vol. 77, págs. 356/359), deixou assentado, embora em outros termos, que a parte condenada a pagar honorários pode compensá-los com eventual crédito seu, e se este absorver a totalidade daquela verba, o advogado dela credor nada poderá exigir da parte contrária, porque credora e não devedora, mas deve, sim, voltar-se contra seu constituinte.

Igualmente aplicável à espécie, porém sob ângulo diverso, qual seja o de que, postulando em nome da parte, não deteria o advogado legitimidade para, em nome dela, insurgir-se contra o ato decisório, o entendimento no sentido de que na execução, já a partir da liquidação de sentença, é o advogado e não a parte quem tem legitimidade para recorrer, em seu nome pessoal, da decisão que lese seu direito, já assegurado no processo de conhecimento, de receber honorários (RT 627/184, RJTJESP 50/235 e 123/207 — apud CPC e legislação..., Theotônio Negrão, 27ª ed., 1996, pág. 698, art. 23, nota 4).

Não carece, pois, o ato decisório de reparo no atinente à compensação admitida, pois, como consignado ao preâmbulo, só está a padecer de leve equívoco no tocante à responsabilização do recorrente pela integralidade da honorária imposta, por aplicação do princípio da solidariedade.

E no particular o equívoco é palmar, porque, não tendo a sentença estabelecido expressamente condenação in solidum, a aplicação do critério agora, na fase executiva, esbarra flagrantemente não só na disposição do art. 896 da Lei Civil Maior, que taxativamente afasta a sua presunção, como na do art. 23 da lei processual que, a seu turno, enfaticamente estabelece a proporcionalidade em relação aos honorários e custas quando diversos são os réus vencidos, como no caso, a menos que, diz a jurisprudência, estes hajam sido condenados expressamente in solidum (JTA 105/74 — apud Theotônio Negrão, ob. cit., pág. 96, art. 23, nota 1).

Tem, ainda, assentado essa cristalina fonte do direito:

“Condenando os réus ao pagamento das custas, sem os declarar devedores solidários, o dispositivo da sentença, nesse passo, somente pode ser interpretado como impondo uma condenação proporcional, dado que a solidariedade não se presume e nem na espécie resulta de alguma dis-

posição legal ou vontade das partes” (Alexandre de Paula, Código de Processo Civil Anotado, pág. 122, nota 2, TASP, RT 204/574).

Aplicado, destarte, tal critério ao fato dos autos, é de concluir-se que, sendo três os requeridos a quem foi imposta a condenação, o percentual fixado àquele título deve ser rateado em proporções iguais, ou seja, 3,33% para cada um, individualmente, incidentes sobre a base de cálculo lá estabelecida, já que o decisum também não estabeleceu qual a proporcionalidade a ser observada, do que decorre que é a da igualdade.

Diante, pois, de tais razões, é que se provê parcialmente o reclamo, para que se faça a compensação do débito do agravante, considerado este no percentual proporcional de 3,33% do valor da causa cautelar, atualizado, com o crédito reclamado, também atualizado, extinguindo-se a obrigação até onde se compensar.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 22 de outubro de 1996.

Anselmo Cerello,
Presidente com voto;
Gaspar Rubik,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.013077-8, DE TUBARÃO**Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

Interdito proibitório. Direito do consumidor. Leasing. Receio de ser molestado na posse com o provável aforamento de ação de reintegração. Deferimento da medida. Ilegalidade flagrante. Afronta ao princípio da indeclinabilidade da jurisdição.

O ato judicial que determina seja retirado bem da esfera possessória de uma parte em benefício de outra não é esbulho, por faltar-lhe a necessária antijuridicidade. Em verdade, assemelha-se à figura do exercício legal de direito (art. 160, I, CC).

Sob pena de ofensa ao princípio constitucional da indeclinabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), não pode o juiz, em sede de interdito proibitório, impedir o direito de ação, que pode ser exercido livremente por quem tenha ou não razão, mesmo porque só a Constituição pode, válida e expressamente, excluir da apreciação judicial qualquer lesão de direito individual.

Vistos, relatados e discutidos este autos de Agravo de Instrumento n. 98.013077-8, da comarca de Tubarão, em que é agravante Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc, sendo agravada Masfar Indústria e Comércio de Alimentos Ltda.:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas da lei.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto por Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc em face de decisão que, em sede de interdito proibitório ajuizado por Masfar Indústria e Comércio de Alimentos Ltda., deferiu liminarmente o mandado proibitório, fixando multa diária.

Relata que o agravado ingressou com o interdito proibitório tendo

em vista que, em face de ações revisionais propostas, nas quais se discutia o contrato de leasing firmado com a instituição financeira, receava perder a posse do maquinário essencial à sua atividade produtiva, em virtude de possível ação de reintegração de posse a ser proposta pelo ora agravante.

Deferida a liminar e fixada multa diária, o Banco do Estado de Santa Catarina interpôs o presente agravo de instrumento. Saliencia que, pelo contrato entabulado entre as partes, é possível a reintegração, desde que existente a mora por parte do devedor, e que o interdito proibitório somente aproveita ao possuidor direto.

Denegado o efeito suspensivo, a agravada apresentou contraminuta, sustentando que o contrato de leasing firmado não obedece aos postulados jurídicos da boa-fé ou da função social, pelo que seria ilegal a propositura

da futura ação de reintegração de posse.

2. Dá-se provimento ao recurso.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em sede de ação de interdito proibitório, deferiu liminarmente o mandado, fixando multa diária para o caso de descumprimento da ordem judicial.

Diga-se, a priori, que se está diante de situação peculiar, tendo sido manejado interdito para impedir a propositura de ação de reintegração de posse de bem objeto de leasing.

Esta Câmara, em inúmeras ocasiões, já decidiu que o contrato de arrendamento mercantil cujo valor residual garantido tenha sido diluído nas prestações é, em verdade, compra e venda em prestações, não ensejando, portanto, reintegração de posse.

Tem-se entendido, nesses casos, ser característica do contrato de arrendamento mercantil a opção de compra por parte do arrendatário, a ser "exercida apenas por ocasião do término do contrato, sob pena de a operação vir a ser considerada como compra e venda à prestação" (Priscila Maria Pereira Corrêa Fonseca. O Contrato de Leasing. Novos Contratos Empresariais, Carlos Alberto Bittar (coord.), São Paulo : RT, 1990, pág. 106).

Ademais, são abusivas as cláusulas que "estabeleçam, em contrato de arrendamento mercantil (leasing), a exigência do pagamento antecipado do Valor Residual Garantido (VRG), sem previsão de devolução desse montante, corrigido monetariamente, se não exercida a opção de compra do bem" (15 "cláusula abusiva" Porta-

ria n. 3 da Secretaria de Direito Econômico).

A própria jurisprudência deste Sodalício já se pronunciou:

"Descaracterizado o contrato de arrendamento mercantil, descabida é a impetração da ação de reintegração de posse, porquanto ao alienante sequer restou a posse indireta do bem. Como corolário, impõe-se a extinção do feito, com base no art. 267, inc. VI, do CPC em consequência da ausência do interesse em agir na modalidade adequação" (Ap. Cív. n. 97.012600-0, da Capital, rel. Des. Carlos Prudêncio).

No entanto, o pronunciamento acerca da ilegalidade do procedimento possessório é tarefa exclusiva da jurisdição competente. Vale dizer, não é dado a um juiz determinar a outro a impossibilidade de receber uma ação, por mais absurdo que seja o pedido. Estar-se-ia ferindo o princípio da indeclinabilidade de jurisdição, positivado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, bem como o do juiz natural.

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco acentuam que o princípio "garante a todos o acesso ao Poder Judiciário, o qual não pode deixar de atender a quem venha a juízo deduzir uma pretensão fundada no direito e pedir solução para ela. Não pode a lei 'excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito' (art. cit.), nem pode o juiz, a pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, escusar-se de proferir decisão (CPC, art. 126)" (Teoria geral do processo, 12ª ed., São Paulo : Malheiros, 1996. p. 138).

Sem embargo de entendimento em contrário, decisão judicial não pode impedir o direito de ação, sob pena de afronta ao princípio constitucional da indeclinabilidade da jurisdição já mencionado.

De fato, a regra constitucional em tela está confortada no pensamento da moderna doutrina, tanto do Direito Processual quanto do Direito Político que consagram o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, e que contém em si a base normativa do direito de ação — direito subjetivo público exercido contra o Estado que detém o monopólio da jurisdição. Por esse princípio só a Constituição pode, válida e expressamente, excluir da apreciação judicial qualquer lesão de direito individual.

Não é por outra razão que o Pretório Excelso interpreta como inconstitucional a recusa de prestação jurisdicional, pelo Poder Judiciário, que lhe foi regularmente pedida, pois a indeclinabilidade é um dos princípios que informam a jurisdição (RTJ 99/794).

Por isso mesmo, qualquer medida judicial que vise a restringir, impedir ou condicionar o direito de ação, relativamente a uma das partes da relação jurídica material, não pode merecer amparo jurídico.

O direito de ação, desde a histórica polêmica de Windscheid e Muther, no século passado, que oportunizou a sistematização científica do Direito Processual, afigura-se como um direito subjetivo público, abstrato e autônomo em relação ao direito substancial, tendo por sujeito passivo o próprio Estado. E, conforme salienta Moacyr Amaral Santos, o direito de ação ou o

direito à jurisdição “é de natureza coativa correspondendo-lhe a obrigação do Estado à prestação jurisdicional. É um direito contra o Estado. É de caráter abstrato, porque exercível por quem tenha ou não razão, o que será apurado tão-somente na sentença” (Primeiras linhas do direito processual civil, 8ª ed., São Paulo : Saraiva, [s.d.]. vol. 1, pág. 160).

Sobre o assunto, Humberto Theodoro Jr. pedagogicamente enfrenta a autonomia do direito de ação, quando enfatiza:

“O direito subjetivo que o particular tem contra o Estado e que se exercita através da ação não se vincula ao direito material da parte, pois não pressupõe que aquele que o maneje venha a ganhar a causa. Mesmo o que ao final do processo não demonstra ser titular do direito que invocou para movimentar a máquina judicial, não deixa de ter exercido o direito de ação e de ter obtido a prestação jurisdicional, isto é, a definição estatal da vontade concreta da lei” (Processo Cautelar. São Paulo : LEUD, 1976. pág. 32).

Não bastasse isso, é sabido que o interdito proibitório, de acordo com o art. 932 do Código Civil, somente se presta a assegurar o direito à posse em caso de receio de esbulho iminente, o que não ocorre na hipótese, eis que não se pode interpretar, em tese, um pronunciamento judicial como ato molestador da posse.

Em outras palavras, a “moléstia” que se pretende evitar com o art. 932 do Código Civil é atuação antijurídica daquele que não tem o direito à posse. E o pronunciamento judicial que concede a reintegração posses-

sória, desde que proveniente de autoridade competente, não é conduta antijurídica e, apenas para clarificar, pode-se compará-lo à figura do exercício legal de direito.

A questão se torna bastante simples com a análise do conceito de esbulho possessório:

“O esbulho possessório é ato ilícito civil e penal (crime de usurpação, previsto nos incs. I e II do art. 161 do CPB), praticado por terceiro em detrimento da posse de outrem, que resulta no perdimento (absoluto ou relativo) do poder de fato, invertendo-se a titularidade da relação possessória, passando o esbulhador a ter injustamente (posse ilegítima) o uso e a disponibilidade econômica do bem respectivo. Em outras palavras, é ato eficiente capaz de impedir o possuidor de prosseguir na sua normal relação fático-potestativa, retirando o bem da esfera de seu poder e tornando-o disponível ao autor do esbulho ou a terceiros” (Joel Dias Figueira Jr. *Liminares nas ações possessórias*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. pág. 47, grifou-se).

De acordo com o conceito aludido denota-se que para o esbulho é

imprescindível a antijuridicidade, ou seja, que a apreensão da posse seja injusta. No caso presente não se pode falar em interdito proibitório, porque a perda da posse por atuação judicial, apesar de iminente, não pode ser considerada ilegal e, portanto, não se enquadra no conceito de esbulho.

Ademais, se se considerasse possível a obtenção de mandado interdittório para o esbulho ou turbação levada a cabo por pronunciamento judicial, estar-se-ia emperrando sem motivo relevante todo o procedimento executório, por exemplo, já que impossibilitada a penhora. Vale repetir, só é esbulho o ato antijurídico ou ilícito atentatório à posse.

3. Por todo o exposto, dá-se provimento ao agravo, extinguindo o processo, de ofício, por carência de ação.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maria do Rocio Santa Ritta e Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 22 de março de 2001.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente e Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.004434-2, DA CAPITAL

Relator: Des. Trindade dos Santos

Instrumento particular de compra e venda, mútuo, pacto adjeto de hipoteca e outras avenças — Financiamento habitacional — Revisão contratual — Tabela Price — Ilegalidade — Antecipação de tutela — Perícia a apontar a já integralização do débito — Parcelas restantes — Suspensão da exigibilidade — Possibilidade jurídica — Pleito indeferido — Decisão reformada — Insurgência agasalhada.

Evidenciando as teses jurídicas defendidas pelos devedores a total possibilidade de êxito da ação revisional proposta, transparecendo da perícia extrajudicialmente produzida que, abstraídos ou reduzidos a seus parâmetros legais os acessórios praticados em contrato de financiamento bancário para a aquisição de unidade habitacional, o empréstimo já se encontra integralmente satisfeito, é de direito a concessão de tutela antecipada, suspendendo-se a exigibilidade das parcelas ainda pendentes e vinculadas à mesma celebração.

Em contratos para os quais não haja previsão legal expressa a autorizar a imposição de juros compostos, o uso da Tabela Price revela a prática inescandível de capitalização mensal destes, incidindo no anatocismo execrado pela legislação usurária. O método Price, também conhecido como sistema de amortização francês e juros, incorpora a teoria dos juros compostos incidindo em afronta ao mandamento insculpido no art. 4º do Dec. n. 22.626/33 — Lei de Usura.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.004434-2, da comarca da Capital (4ª Vara Cível), em que são agravantes Pedro Alberto de Miranda Santos e Angela Cristina Carvalho Barros Santos, sendo agravado Banco Bradesco S.A.:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso interposto.

Custas de lei.

I — Relatório

Pedro Alberto de Miranda Santos e Angela Cristina Carvalho Barros Santos interpuseram agravo de instrumento contra a decisão proferida nos autos da ação revisional de contrato c/c tutela antecipada por eles proposta contra o Banco Bradesco S.A., pela

qual foi indeferido o pedido de interrupção do pagamento das parcelas da dívida relacionada com o financiamento de um imóvel, providência essa requerida a título de antecipação de tutela.

Expuseram os agravantes terem firmado, com a instituição financeira recorrida, “instrumento particular de compra e venda, mútuo, pacto adjecto de hipoteca e outras avenças”, objetivando a aquisição de um imóvel situado na cidade de Florianópolis — SC, estipulado o prazo de 180 meses para a quitação integral do débito, adotada a Tabela Price para o cálculo dos juros sobre as prestações mensais.

Afirmaram que, com a incidência do sistema Price, os juros computados nas parcelas no negócio jurídico são capitalizados, ou seja, os juros são calculados sobre juros, revelando um anatocismo vedado pela Lei de Usura e considerado ilegal nos termos

da Súmula 121 do STF, elevando de forma estratosférica o quantum debeatur.

Desse modo, de acordo com a análise financeira realizada por perito contratado pelos insurgentes, acaso inseridos no cálculo do débito apenas os juros simples, a dívida encontra-se totalmente quitada, com o estabelecimento bancário agravado encontrando-se, na verdade, em débito para com os recorrentes, posto haverem estes efetuado o pagamento de valores superiores aos realmente devidos, excedente na quantia de R\$ 9.186,35 até a data da propositura da ação (fl. 22).

Sustentaram a viabilidade do requerimento de concessão de efeito ativo ao agravo, ante o indeferimento da tutela antecipada pleiteada, pugnando, em conclusão, pelo provimento do recurso para autorizar a interrupção dos pagamentos das prestações ainda faltantes.

O efeito suspensivo almejado restou negado (fls. 196 e 197).

Apresentadas as informações requisitadas (fls. 203 e 204), o agravado, devidamente intimado, contramintou o recurso, pugnando pela manutenção do decisum censurado.

II — Voto

Insurgem-se os agravantes, aqui, contra a decisão que, nos autos da ação de revisão de contrato por eles proposta contra o ente bancário recorrido, negou-lhes a antecipação de tutela pretendida.

É cediço que este Julgador, em compreensão particular, tem fixado o entendimento de que em sede de ação

revisional de cláusulas contratuais vê-se incabível, como regram a obtenção de tutela antecipada para a modificação da forma previamente entabulada no “instrumento particular de compra e venda, mútuo, pacto adjeto de hipoteca e outras avenças”, ante a natureza constitutiva da proposição revisória.

Coloca-se, como óbice a tal pretensão, justamente essa natureza constitutiva da revisional de cláusulas contratuais, o que, a primeira vista, gera uma total incompatibilidade desse pedido com os efeitos fáticos da pretensão de antecipação.

A ação revisória de contrato é, inquestionavelmente, ação declaratória e constitutiva, posto que, por meio dela, pretende a parte que a ajuíza uma declaração — a de que o contrato cuja revisão se busca contém em seu bojo cláusula abusiva e unilateralmente imposta pela parte credora ou excessivamente onerosa para si —, aliada à modificação da situação jurídica espelhada no contrato em vigor, que se pretende nula, com sua substituição por uma outra situação, da qual se arreda a cláusula hostilizada, modificando-se-a.

Professa, sobre o tema, o preclaro Moacyr Amaral Santos:

“As ações constitutivas tendem a uma sentença que contém uma declaração e, além disso, modifica uma situação jurídica anterior, criando uma situação nova. Por outras palavras, por via das ações constitutivas se propõe a verificação e declaração da existência das condições segundo as quais a lei permite a modificação de uma relação ou situação jurídica e, em consequência dessa declaração, a cri-

ação, modificação ou extinção de uma relação ou situação jurídica” (Direito Processual Civil, São Paulo, Saraiva, 16ª ed., pág. 174).

Nesse contexto, definida a índole da ação proposta pelos recorrentes, incumbe examinar se compatível com a natureza do pedido revisional aforado se fazia efetivamente a tutela antecipatória primeiramente indeferida.

Esclareça-se que a tutela antecipatória representou, a par de uma importante inovação no ordenamento processual civil pátrio, um notável avanço para a imediata eficácia da ação jurisdicional, propiciando ao julgador a antecipação dos efeitos fáticos daquilo que às vezes somente anos após iria ser concretizado. Possibilita ela, antes de tudo, que a eficácia do provimento judicial a ser, a final, editado, não fique, na sua efetividade, adstrita a manobras procrastinatórias da parte contrária ao interesse defendido pelo autor.

Assim, nos termos do art. 273 do CPC, com a nova redação imprimida pela Lei n. 8.952, de 13/12/94, tem-se que:

“O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

“I — haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

“II — fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”.

Lecionando a respeito, enfatiza o brilhante Cândido Rangel Dinamarco:

“Não se trata de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor. Na prática, a decisão com que o juiz concede a tutela antecipada terá, no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença que concede a definitiva e a sua concessão equivale, mutatis mutandis, à procedência da demanda inicial — com a diferença fundamental da provisoriedade” (Reforma do Código de Processo Civil, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, págs. 139 e 140).

Também, a propósito, colhe-se do magistério do emérito Sérgio Bermudes:

“Cuida-se de prestação jurisdicional cognitiva, consistente na outorga adiantada da proteção que se busca no processo de conhecimento, a qual, verificados os pressupostos da lei, é anteposta ao momento procedimental próprio. Configurados os respectivos requisitos, que se descobrem no caput do artigo, nos seus dois incisos e no seu parágrafo segundo, o Juiz, por razões de economia, celeridade, efetividade, concede, desde logo, e provisoriamente, a proteção jurídica, que só a sentença transitada em julgado assegura em termos definitivos” (Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo, Saraiva, 2ª ed., 1996, pág. 28).

Dessa forma, no provimento antecipado de que se trata, apenas provisoriamente são antecipados os

efeitos fáticos da prestação jurisdicional a ser, pela sentença, outorgados em definitivo.

Assinala, outrossim, Francisco Barros Dias, no estudo "Processo de Conhecimento e Acesso à Justiça" (Tutela Antecipatória):

"...a lei fala em antecipar os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, no pressuposto conceitual de que a tutela seja o próprio provimento a ser emitido pelo juiz. Antecipar os efeitos da tutela seria antecipar os efeitos do provimento, ou da sentença que no futuro se espera. Na realidade, tutela jurisdicional é a proteção em si mesma e consiste nos resultados que o processo projeta para fora de si e sobre a vida dos sujeitos que litigam. Ela coincide com os efeitos dos provimentos emitidos pelo juiz. Beneficiar-se de efeitos antecipados como está na letra do art. 273, é precisamente beneficiar-se da tutela antecipada" (Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 138, pág. 50).

Observa-se, de todo o exposto, que, na hipótese específica do inciso I do art. 273 do CPC, nos deparamos com uma tutela antecipatória urgente, tutela essa que, antes da inovação introduzida com a reforma, sempre foi prestada sob o manto protetor da tutela acautelatória.

Cogita-se, é de se ver, de provimento tendente a realizar antecipadamente o direito afirmado pela parte autora, ou simplesmente antecipar parcialmente os efeitos da tutela final em virtude do perigo decorrente na demora da prestação jurisdicional definitiva buscada.

A tutela de antecipação em referência, sustente-se, é satisfativa no

plano fático, posto que realiza o direito já no limiar da ação.

Não há confundi-la com tutela cautelar, uma vez que esta restringe-se a assegurar a viabilidade da realização futura do direito afirmado, sendo-lhe inerente a referibilidade a um direito acautelado.

Ao contrário, na tutela antecipatória o cunho é de satisfatividade do direito. Nela, nenhum direito é protegido ou acautelado. E sim, apenas e somente, antecipado.

De outro lado, não é demais ponderar-se que:

"Tendo em vista que a medida foi criada apenas em benefício do autor, com a finalidade de agilizar a entrega da prestação jurisdicional, deve ser concedida com parcimônia, de sorte a garantir a obediência ao princípio constitucional da igualdade de tratamento das partes" (Donaldo Armeilin, Tutela Jurisdicional Diferenciada, pág. 46).

Ou, como bem recomenda o douto Humberto Theodoro Júnior:

"Para não transformar a liminar satisfativa em regra geral, o que afetaria, de alguma forma, a garantia do devido processo legal e seus consectários do direito ao contraditório e ampla defesa antes de ser o litigante privado de qualquer bem jurídico (CF, art. 5º, incisos LIV e LV), a tutela antecipatória submete a parte interessada às exigências da prova inequívoca do alegado na inicial" (As Inovações no Código de Processo Civil, 2ª ed., Rio, Forense, 1995, pág. 13).

Entretanto, não se pode olvidar a particularidade da presente hipótese, pois está relacionada com um con-

trato de financiamento de imóvel em que restou fixado no negócio em comento a incidência do sistema Price de cálculo dos juros, os quais, dessa forma, estavam sendo capitalizados mensalmente, ou seja, sobre as prestações devidas pelos agravantes eram impostos juros sobre os juros.

A prática do anatocismo é possível ser constatada, no caso vertente, de maneira cristalinamente clara a partir da análise dos extratos emitidos pelo banco, estes anexados ao processo pelos recorrentes (TJSC, fls. 92 a 95), dos quais se verifica o crescimento em progressão geométrica do saldo devedor.

O financiamento restou firmado em fevereiro de 1991 e, a título de exemplo da ilegalidade do cálculo dos juros, vê-se que a prestação referente ao mês de outubro de 1994 era de R\$ 648,68, restando um saldo devedor de R\$ 34.289,78 (TJSC, fl. 93); e, cinco anos mais tarde, passados mais da metade do período fixado no contrato para a quitação da dívida, correspondendo a prestação do mês de outubro de 1999 ao valor de R\$ 1.268,00, o saldo devedor de responsabilidade dos agravantes alcançava a monta de R\$ 64.950,23 (TJSC, fl. 94).

Tais valores não podem, inquestionavelmente, ser aceitos!

Para tanto, considere-se que o imóvel adquirido pelos agravantes constitui-se de um apartamento de apenas 85,65m², com dois quartos e sem garagem, com os insurgentes, no entanto, suportando prestações dignas de um apartamento amplo e de luxo, totalmente incoadunantes com o valor e com a reduzida área do bem.

Além do mais, se mantido o absurdo cálculo elaborado pela instituição financeira, certamente advirá a impossibilidade do pagamento das futuras prestações, culminando na provável perda da moradia em detrimento dos juros abusivos e ilegais incidentes.

Essa capitalização, in casu, não pode ser admitida, seja ela mensal, semestral ou anual, impondo-se a total erradicação desta do contrato firmado entre os litigantes.

E incontestável no caso, reafirme-se, é a utilização, pelo credor, da Tabela Price, sistema esse que se caracteriza pela imposição, no saldo amortizado, de juros compostos, capitalizados mensalmente.

Walter de Francisco, dando esclarecimento a respeito, ensina que:

“Quando um capital é colocado a juros compostos, capitalizados mensalmente a taxa anual convencionou-se chamar esse sistema de capitalização de Price, e as tábuas financeiras que fornecem taxas anuais de juros e o número de capitalização em meses de tabelas Price” (Matemática Financeira, 7ª ed., São Paulo, Atlas, pág. 49).

Da mesma forma, referindo-se ao assunto, observa José Dutra Vieira Sobrinho que:

“O Sistema Francês de Amortização é mais conhecido no Brasil como ‘Sistema de Tabela Price’, ou, simplesmente, ‘Tabela Price’.

“De acordo com o Professor Mário Geraldo Pereira, a denominação ‘Tabela Price’ se deve ao nome do matemático, filósofo e teólogo inglês Richard Price, que viveu no século

XVIII e que incorporou a teoria dos juros compostos às amortizações de empréstimos (ou financiamentos)” (Matemática Financeira, 5ª ed., SP, Atlas, 1995, pág. 220).

A propósito, destaca o ilustrado Luiz Antônio Scavone Júnior, no artigo “Os Contratos Imobiliários e a Previsão de Aplicação da Tabela Price — Anatocismo”:

“(…) a Tabela Price — como é conhecido o sistema francês de amortização — pode ser definida como o sistema em que, a partir do conceito de juros compostos (juros de juros), elabora-se um plano de amortização em parcelas periódicas, iguais e sucessivas, considerado o termo vencido. Nesse caso, as parcelas compor-se-ão de um valor referente aos juros, calculado sobre o saldo devedor amortizado, e outro referente à própria amortização.

“Trata-se de juros compostos na exata medida em que, sobre o saldo amortizado, é calculado o novo saldo, com base nos juros sobre aqueles aplicados, e, sobre este novo saldo amortizado, mais uma vez os juros e assim por diante” (Revista Direito do Consumidor, São Paulo, RT, vol. 28, pág. 131).

E prossegue:

“No caso de tabela Price, por definição, os juros são compostos (juros sobre juros). Temos, portanto, sistema de amortização francês e juros, quanto à capitalização, classificados como compostos (juros sobre juros)” (pág. 132).

Para concluir, à pág. 136:

“A tabela Price é sistema de amortização (sistema francês) que in-

corpora a teoria de juros compostos. Assim, acorde com o mandamento insculpido no art. 4º do Dec. n. 22.626/33 — Lei de Usura — é prática ilegal”.

Não divergindo, o douto Márcio Mello Casado averba:

“É importante frisar, de início, que somente nas operações firmadas através de cédulas e notas de crédito é que se viabiliza a contagem de juros sobre juros em períodos inferiores a um ano, ex vi do art. 4º do Decreto n. 22.626/33. Fora destas hipóteses a capitalização acarreta a invalidade da cláusula que a prevê, mesmo que haja pacto indubitoso acerca da sua incidência”.

“Conjugando a matemática com o direito, podemos afirmar, sem medo de errar, que nas operações bancárias é vedado o uso da metodologia de cálculo que se valha do fator de capitalização, ou fatos de acumulação de capital para pagamento simples ou único, representado pela expressão $(1 + i)^n$ ”.

“(…)

“No âmbito do modelo Price, especificamente, a capitalização de juros se faz incontroversa quando se contempla a fórmula utilizada para o cálculo das prestações constantes da série postecipada, dentro da qual se encastela, sem nenhum pudor, o fator exponencial $(1 + i)^n$ ”.

Linhas após, diz:

“Incontroverso que a metodologia de cálculo denominada método Francês de Amortização, ou Tabela Price, acarreta a ilegal capitalização de juros. Até porque a matemática é uma ciência exata, onde não se admitem diversas explicações para o mesmo fenômeno. Assim, em havendo o

elemento $(1 + i)^n$ na equação, há a presença de fórmula que prestigia a contagem de juros sobre juros”.

Para arrematar:

“Sob o prisma da ilegalidade da capitalização de juros, ou pela total ausência de informação, o uso da Tabela Price, como metodologia de cálculo é absolutamente inválido, nas contratações firmadas entre consumidores de crédito bancário e instituições financeiras ou assemelhadas” (O Uso da Tabela Price no Crédito ao Consumo, Revista do Direito do Consumidor, SP, RT, vol. 20, págs. 72 a 87).

Secundando os transcritos entendimentos, assinalou o colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Assente a impossibilidade jurídica dessa capitalização, não será dado ao estabelecimento bancário proceder ao cálculo da dívida subsequente a pagamentos parcelados, periódicos e constantes, ou não, por meio da aplicação da ‘Tabela Price’, já que ela tem pertinência à amortização de juros” (RJTJESP 139/213).

In casu, como exposto, o negócio jurídico entabulado diz respeito a “instrumento particular de compra e venda, mútuo, pacto adjeto de hipoteca e outras avenças”, contratos esses para os quais não há previsão legal autorizatória da incidência de juros compostos, autorização essa só existente, à vista das respectivas legislações de regência, para as cédulas de crédito rural, comercial e industrial.

Afora essas hipóteses, sustente-se, a capitalização de juros incide no anatocismo vedado na Lei de Usu-

ra, forçando sua extirpação do âmbito da convenção contratual estipulada.

Nos termos da Súmula 121 do Excelso Pretório:

“É vedada a capitalização dos juros, ainda que expressamente convencionada”.

É também o entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme destacam os acórdãos seguintes:

“Juros. Financiamento bancário. Abertura de crédito rotativo no sistema dos cheques especiais. Impossibilidade de capitalização mensal.

“O Superior Tribunal de Justiça, após período inicial de divergência, adotou entendimento permissivo da capitalização até mensal de juros, mas isso em existindo expresse dispositivo de lei que a admita, como para os créditos rurais o artigo 5º do Decreto-Lei n. 167/67; para os créditos industriais o artigo 5º do Decreto-Lei n. 413/69, e para os créditos comerciais o artigo 5º da Lei n. 6.840/80. A não ser assim, vige a Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal, não revogada pela Súmula 596 do mesmo Pretório (RTJ 124/616) — Recurso especial não conhecido” (REsp n. 16.864/SP, rel. Min. Athos Carneiro, DJU de 29/3/93, pág. 5.528).

“Juros. Capitalização.

“Somente se admite a capitalização dos juros havendo norma legal que excepcione a regra proibitória estabelecida no art. 4º do Decreto n. 22.626/33 (Lei de Usura). Recurso não conhecido” (REsp n. 50.573, DJU de 5/9/94, rel. Min. Costa Leite).

“Ressalvadas as hipóteses em que é admitido por legislação específi-

ca, a exemplo da que disciplina os mútuos rural, industrial e comercial, o anatocismo é vedado” (REsp n. 24.242-7/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo).

“Juros. Taxas. Capitalização.

“A legislação ordinária em vigor permite às instituições financeiras a cobrança de juros acima do limite estabelecido no Dec. n. 22.626/33.

“A sua capitalização, porém, somente tem sido autorizada nos casos expressamente previstos em lei, para as cédulas de crédito rural, industrial e comercial, que não é o caso dos autos” (REsp n. 55.320-2/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU n. 54, de 20/3/95, pág. 6.126).

“Direito comercial. Capitalização de juros. Impossibilidade.

“Não se cuidando de empréstimo bancário através de título que permite a capitalização de juros, a regra é sua vedação” (REsp n. 37.940/RJ, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU 14/3/94).

“Agravamento regimental no agravamento de instrumento. Escritura pública de confissão de dívida. Capitalização dos juros.

“1. Permanece em vigor a vedação contida na Lei de Usura em relação à capitalização dos juros, exceto nos casos especiais previstos em lei, o que não ocorre com a escritura pública de confissão de dívida, tratada nos presentes autos” (AGA n. 137698/PR, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 22/9/97, pág. 46.471).

“Subsiste a vedação do artigo 4º do Decreto n. 22.626/33, no que diz com a capitalização dos juros, não afetado pelas disposições da Lei n.

4.595/64. Excetuam-se as hipóteses previstas em legislação específica, como sucede nas cédulas de crédito rural, industrial e comercial” (REsp n. 163852/RS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 6/9/99, pág. 79).

Por fim:

“Juros. Capitalização. Contrato de abertura de crédito em conta corrente. Inadmissibilidade.

“Não se admite a capitalização de juros em contratos bancários para os quais não exista previsão legal e específica, como acontece com os contratos de abertura de crédito em conta corrente (crédito ouro).

“Recurso não conhecido” (REsp n. 53.935-8/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU n. 45, de 13/3/95, pág. 5.306).

Ainda, no mesmo sentido:

“Contrato de abertura de crédito — Cheque especial — Juros — Capitalização mensal — Inadmissibilidade — Financiamento que não se inclui no elenco em que as leis especiais admitem a prática do anatocismo” (RT 697/191).

Convergente com os posicionamentos assinalados, este Sodalício tem iterativamente decidido:

“A capitalização mensal de juros só é permitida nos casos em que há expressa previsão legal, o que não se verifica com o contrato de financiamento bancário para a abertura de crédito direto a usuário final” (Ap. Cív. n. 52.271, de Campos Novos, rel. Des. Eder Graf).

“A capitalização de juros só é possível se autorizada por expressa disposição legal” (Ap. Cív. n. 47.070,

de Chapecó, rel. Des. Eládio Torret Rocha).

“Capitalização de juros — Contrato de abertura de crédito — Impossibilidade.

“Conforme remansosa jurisprudência, já sumulada no Superior Tribunal de Justiça, a capitalização dos juros só é permitida nas operações em que a lei expressamente a autoriza, o que inocorre nos contratos de abertura de crédito em conta corrente” (Ap. Cív. n. 99.019152-4, de Anita Garibaldi, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Da mesma forma, ao enfrentarmos o problema em julgamentos anteriores, sustentamos:

“Capitalização de juros. Inexistência de previsão legal expressa. Cobrança. Inadmissibilidade.

“Somente se legitima a capitalização de juros nas hipóteses que contem com expressa previsão legal a respeito, tal como sucede relativamente às cédulas de crédito rural, comercial ou industrial. Essa autorização legislativa não se estende aos ajustes de mútuo comum ou aos instrumentos de confissão de dívida” (Ap. Cív. n. 97.013865-2, de Criciúma).

“Capitalização de juros — Contrato de mútuo — Vedação.

“À exceção das hipóteses expressamente autorizadas em lei, como no relativamente aos contratos de mútuo rural, industrial e comercial, a capitalização de juros é inadmissível, mesmo nos contratos bancários de mútuo comum” (Ap. Cív. n. 97.008857-4, da Capital).

Descabida, pois, faz-se a capitalização de juros aplicada pelo cre-

dor, pois incide ela, quando pactuada como no presente caso, em anatocismo vedado pela legislação pátria!

Assim, como não poderia deixar de ser, recalculadas todas as prestações anteriormente pagas, excluindo os juros ilegais e aplicando juros simples atualizados, afirmam os agravantes que a dívida encontra-se inteiramente paga, pleiteando, então, como antecipação da tutela, a cessação dos demais pagamentos resultantes do contrato de mútuo firmado.

Por perícia contábil contratada pelos recorrentes, ainda que seja esta unilateral, demonstraram eles, de maneira serena e bastante verossímil, a incidência ilegal de juros sobre juros nas prestações que já foram pagas, ressaíndo, então, que o valor corretamente devido — uma vez afastado o anatocismo — já se encontra totalmente pago; na verdade, resultou constatado que o estabelecimento financeiro agravado já recebeu valores a mais do que os realmente devidos e que ascendiam, quando da propositura da ação revisional, ao importe de R\$ 9.186,35 (fls. 110 a 113).

Conforme precedentemente enfatizado, a ação revisional tem natureza constitutiva e, por tal razão, insistimos, o deferimento da tutela antecipada é, de regra, incompatível com os próprios objetivos da ação.

Todavia, as particularidades do caso em tela estão a recomendar uma análise mais apurada da pretensão antecipatória formulada pelos postulantes recursais, uma vez que os indícios constantes dos autos tornam inarredável a presunção de êxito da ação principal, tendo em vista a indiscutível ilegalidade da capitalização dos juros

posta em prática pela instituição financeira credora.

Ou melhor dizendo: a concessão da tutela antecipada em ações revisórias de contratos é possível, quando entrever o julgador, das teses jurídicas defendidas, a quase certeza do seu êxito.

Nessa hipótese específica, vislumbrada a possibilidade de êxito da revisional, o que determinará a diminuição do montante do débito, além de evidenciar o total pagamento do débito, parece-nos injusta, e despropositada até, a continuidade do pagamento das demais prestações do financiamento, pois, se não deferido tal pedido, certamente advirá uma futura impossibilidade do pagamento das parcelas e, talvez, a perda do imóvel em face de uma dívida na qual se encontram embutidos juros visivelmente extorsivos.

A situação não pode permanecer da maneira em que se encontra, mesmo em nome do apego ao já vetusto dogma do 'pacta sunt servanda', hoje tornado visceralmente anêmico pelas inovações corajosas e modernas trazidas ao direito pátrio pelos princípios genéricos contidos no Código de Defesa do Consumidor.

Não deferida em favor dos agravantes a suspensão dos pagamentos das prestações futuras e vinculadas ao contrato de financiamento firmado, equivalerá, sem dúvida alguma, a aceitar-se a grande possibilidade da ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação aos devedores, quando se constata, da própria inicial revisória, pretenderem eles, com total possibilidade de êxito, a declaração de nulidade de cláusula

contratual para expurgar do ajuste feito a capitalização dos juros, reduzindo a dívida, assim, a patamares justos e menos espoliativos, passando a incidir apenas, a par da respectiva atualização, juros simples.

Já se decidiu neste Tribunal de Justiça em situação análoga:

"Agravamento de instrumento — Pacto de financiamento imobiliário — Ação revisional c/c nulidade de cláusula contratual — Tutela antecipada recusada — Efeito ativo deferido — Depósito das parcelas mensais com a incidência de juros simples atualizadas mensalmente — Ordem impedida a inscrição do nome nas entidades de proteção ao crédito — Recurso acolhido.

"Em face da Súmula 121 do Excelso Pretório e do precedente oriundo do Agravamento de Instrumento n. 97.000350-1, de Lages, em que foi relator o Des. Alcides Aguiar, em conta vinculada ao respectivo processo, é possível o depósito da prestação, calculada mediante juros simples, atualizada mensalmente, porque a Tabela Price estaria traduzindo juros compostos. Em se tratando de fundamento razoável, impregnado de plausibilidade, inadmissível até o trânsito em julgado é a inscrição do nome da tomadora do empréstimo nas entidades de proteção ao crédito, sob pena de esvaziar o acesso à justiça, compelindo-a a transação extrajudicial, diante dos embargos criados por tal iniciativa.

"Evidente também, na espécie, o risco de lesão grave, tendo em vista o valor da parcela mensal com apoio na Tabela Price e o interesse na continuidade do imóvel. O efeito ativo na hipótese é providência recomendável"

(AI n. 99.022486-4, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. 16/5/2000).

E, por igual, segundo o entendimento que temos iterativamente manifestado e que, aliás, é unânime nesta Quarta Câmara Civil, os juros contratuais, ainda que em contratos bancários, devem ater-se ao máximo autorizado constitucionalmente, ou seja, 12% ao ano; enquanto isso, a capitalização, conforme farta jurisprudência dos Pretórios Pátrios, inclusive da nossa Corte de Justiça e do egrégio Superior Tribunal de Justiça, não é permitida em contratos de financiamento comum por inexistência de autorização legal, autorização essa que, no nosso ordenamento, restringe-se, insistimos, às cédulas de crédito rural, comercial e industrial, como também é hoje unânime o entendimento deste órgão fracionário quanto à incidência, em contratos tais, dos permissivos do Código de Defesa do Consumidor.

Destarte, se a ação revisional do contrato sob enfoque seria, de acordo com o posicionamento atual deste órgão fracionário, acolhível, se não na instância a quo, nesta instância recursal, presente está o requisito do *fumus boni juris*, ou, em se tratando de tutela antecipada, o pressuposto de verossimilhança.

Nesse contexto, sem qualquer razão plausível apresenta-se a continuidade do pagamento das demais prestações do contrato, pois está clarividente a exorbitância dos valores que estão sendo cobrados pelo banco, devendo ser expungidos do contrato os juros compostos traduzidos pela Tabela Price incidente no negócio.

III — Decisão

Pelas razões deduzidas é que se dá provimento ao presente agravo, concedendo-se, dessa forma, o efeito ativo perseguido, ou seja, a antecipação da tutela, para autorizar, em decorrência, a suspensão do pagamento, pelos agravantes, das demais parcelas do contrato de financiamento firmado entre as partes.

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

Florianópolis, 20 de novembro de 2000.

Alcides Aguiar,
Presidente com voto;
Trindade dos Santos,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.009736-5, DA CAPITAL

Relator: Des. Trindade dos Santos

Cautelar inominada — Sociedade comercial — Exclusão de sócio — Deliberação por maioria — Affectio societatis — Desaparecimento — Reinclusão nos quadros societários — Liminar negada

— *Decisão incensurável* — *Agravo de instrumento desprovido.*

Rompida a affectio societatis, elemento esse indispensável à harmonia entre os sócios e, pois, à continuidade da própria sociedade, plantada a desarmonia com relação a um dos sócios, com a instauração da intranqüilidade e da conflituosidade, de todo legítima é a decisão tomada pela maioria representativa do capital social, quanto à exclusão do sócio dissidente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.009736-5, da comarca da Capital (1ª Vara), em que é agravante Sérgio Luiz Sarkis, sendo agravados Norberto Body, Osmar Eduardo Sens, Marshal Soares Gonçalves, Ademar Dias de Oliveira Filho, Antônio João da Silva, Adalberto Cunha, Horst Hasse, Azolnir Schaeffer e Luiz Carlos Simas:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas como de lei.

I — Relatório

Sérgio Luiz Sarkis ingressou com agravo de instrumento, combatendo a decisão proferida nos autos da Ação Cautelar Inominada n. 23.00005730-7, por si proposta contra Norberto Body, Osmar Eduardo Sens, Marshal Soares Gonçalves, Ademar Dias de Oliveira Filho, Antônio João da Silva, Adalberto Cunha, Horst Hasse, Azolnir Schaeffer e Luiz Carlos Simas, pela qual foi parcialmente indeferida a liminar objetivada, observando-o, então, de reingressar no quadro societário do Centro Educacional Geração Ltda., por considerar o MM. Juiz de Direito singular inexistirem

condições de convivência entre o recorrente e os demais sócios.

Narrou o agravante, em apertada síntese, ser um dos sócios proprietários da empresa mencionada, desde sua fundação, em 1º de novembro de 1985, sem que houvesse, nesses 15 anos, qualquer manifestação contrária ao postulante por parte dos demais sócios, esclarecendo que a sociedade por cotas de responsabilidade limitada é composta atualmente por onze sócios, sendo que alguns ocupam cargos de gerência e administração, outros apenas lecionam, como é o seu caso.

Em razão de não estar sendo convocado para diversas reuniões e assembléias, bem como por não lhe ser dado acesso às cópias das atas das referidas assembléias e, também, em face de não lhe estarem sendo prestadas contas, requereu o agravante, administrativamente, as cópias das atas, balancetes etc.; e, como não obteve atendimento, ajuizou medida judicial de exibição de documentos contra a sociedade, esta que não foi cumprida pelos recorridos.

Ressaltou que no dia 10 de fevereiro de 2000 foi realizada uma assembléia na empresa, oportunidade em que foi decidida a exclusão do recorrente, decisão esta que não foi unânime, eis que, dos onze sócios, sete votaram a favor, dois se absteve-

ram e um deles não compareceu. Disse que, após a decisão da assembléia, a alteração contratual foi registrada na Jucesc, sem a devida apuração de haveres ou qualquer oferta por suas cotas na sociedade.

Expôs, mais, que os motivos alegados para a exclusão do agravante são: má gerência administrativa, quando, entretanto, jamais exerceu ele qualquer cargo de gerência administrativa; perda da affectio societatis, motivo esse inexistente, haja vista que o recorrente apenas procedeu de forma a “colocar ordem na casa”, com o acesso aos balancetes; promoções de ações contra a empresa, quando apenas buscou ele obter judicialmente o que lhe foi negado na esfera administrativa; incentivo à discórdia entre o grupo, o que não corresponde à verdade, uma vez que o recorrente sempre teve relacionamento tranqüilo com os sócios; desacato aos membros da Diretoria Executiva, quando limitou-se ele, apenas e somente, a exercer seus direitos de sócio.

Entende, dessa forma, ter sido indevida a sua exclusão do quadro social da empresa, uma vez que, além de inexistir qualquer razão para a atitude tomada, esta contraria a legislação vigente, eis que a deliberação combatida deveria ser unânime e não por maioria, como aconteceu in casu.

Postulou pelo reconhecimento da imperiosidade de seu retorno à sociedade, diante da presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, já que não dispõe ele de outra fonte de sustento a não ser seu emprego como professor.

Em arremate, propugnou pelo provimento da insurgência recursal

deduzida, com o seu conseqüente retorno à sociedade, na qualidade de sócio cotista.

Foi negada a pretendida atribuição de efeito suspensivo ao agravo em tela.

Os agravados não ofertaram resposta.

II — Voto

Pugna o recorrente, por meio do presente agravo de instrumento, pela reforma da decisão exarada nos autos da medida cautelar inominada contra os recorridos por ele ajuizada, que, deferindo apenas parcialmente a liminar pretendida, determinou que o Centro Educacional Geração Ltda. continuasse a lhe pagar mensalmente o pró-labore a que faz ele jus, vedando-lhe, entretanto, o pedido de regresso aos quadros societários da mesma empresa.

Almeja o agravante, então, obter a reinclusão que lhe foi negada no âmbito monocrático, com a assecuração de sua participação nas reuniões e assembléias da sociedade, exercendo ele na sua plenitude, pois, os seus direitos de sócio.

Saliente-se, de início, que o exame nesta esfera jurisdicional há que se cingir à questão decidida na instância a quo e, mais precisamente, se presentes faziam-se ou não os pressupostos autorizadores da concessão integral da liminar, apenas parcialmente deferida em favor do recorrente.

Gizou, a respeito, este Tribunal, por acórdão da lavra do brilhante Des. Pedro Manoel Abreu:

“Em sede de recurso de agravo, a devolução limita-se à questão resolvida pela decisão de que se recorreu.

“O agravo não é foro adequado para a discussão do mérito do pedido, porquanto o recurso está limitado ao exame do acerto ou desacerto da decisão recorrida” (Al n. 9.248, da Capital).

Ou:

“Se o despacho agravado não abarca outras questões, mas tão-só matéria relativa à concessão de liminar, impossível será a análise daquelas, porque não abrangidas no ato judicial atacado” (Al n. 2.320, de Canoinhas, rel. Des. Aluizio Blasi).

Exposto isso, temos que, no que tange à insurgência recursal em si, desprocede esta.

Aponta o agravante ter sido excluído da sociedade por quotas limitada da qual fazia parte por motivos que na realidade não existiram, com a deliberação acerca dessa exclusão ocorrendo de forma arbitrária, eis que tomada pela maioria dos sócios, quando indispensável fazia-se a votação unânime dos componentes da sociedade.

Conquanto o Decreto n. 3.708 apenas preveja a exclusão de sócio na hipótese de ser ele remisso, o Código Comercial supletivamente, em seu art. 336, n. 3, conduz à conclusão de que a saída forçada do sócio é cabível sempre que haja justa causa para tanto.

Ao tratar do tema, o ilustrado José Waldecy Lucena explica:

“É de se ponderar, é bem de ver, que a figuração no contrato de tais

cláusulas genéricas, sem indicação do rol de causas justificadoras da exclusão, acaba por merecer o mesmo tratamento dos contratos omissos, ou seja, cai-se na vala comum da despedida forçada de sócio, em decorrência de aplicação do princípio geral de inadimplemento contratual. E isso porque, sendo a cláusula meramente potestativa, é de rigor a apuração concreta da ‘causa’ ou ‘motivo’, para que os majoritários possam então legitimamente exercer o direito de expulsar o socius rixous do convívio social. E parece claro que a ‘justa causa’, o ‘motivo grave’, o ‘motivo legítimo’, o ‘ato irregular’ etc., traduzirão em regra um inadimplemento contratual, principalmente a quebra da affectio societatis, conceituada como uma colaboração ativa, consciente e igualitária de todos os contratantes, em vista da realização de um lucro igualitário” (Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada, 3ª edição, Ed. Renovar, 1999, pág. 561).

Tem-se, então, que não prevendo o contrato social as causas para uma eventual exclusão de sócio (como ocorreu na hipótese), essa exclusão deve estar calcada em causa justificada, a fim de alicerçar a decisão majoritária, sob pena de se convalidar uma atitude arbitrária e injustificada dessa maioria.

In casu, conforme deliberação ocorrida em 10/2/2000, o conselho diretor da Indústria e Comércio de Material Didático Geração Ltda. decidiu, por maioria de votos, pela exclusão imediata do sócio Sérgio Luiz Sarkis, o aqui agravante, tendo como causas justificadoras “má gerência administrativa, a perda da affectio societatis, promoção de ações contra a empresa,

incentivo à discórdia entre o grupo e desacato ao presidente, dentre outras" (fls. 41 e 42).

Obtempera o agravante, entretanto, que as causas assim alinhadas e que lhe provocaram a exclusão impugnada inexistem, pois não exercia ele qualquer atividade ligada à gerência da empresa, não podendo assim ser acusado de "má gerência administrativa; por outro lado, aponta que os outros motivos não podem ser considerados como elementos justificadores de sua saída, eis que encontrava-se no exercício de seu direito de sócio ao requerer cópia de atos e balancetes que lhe foram indisponibilizados administrativamente, motivo este que não implica em "Perda da affectio societatis".

Concordamos com o recorrente quando afirma ele que a má gerência administrativa não pode ser considerada para justificar a exclusão determinada, pois, segundo consta do contrato social da empresa, bem como dos demais documentos carreados aos autos, exercia ele apenas a função de professor, sem qualquer atuação na administração da sociedade da qual foi excluído.

Contudo, quanto aos demais motivos que ensejaram a exclusão combatida, entendemos que, com efeito, resultaram eles na perda da affectio societatis.

Como acentua o mestre Rubens Requião, em sua clássica obra Curso de Direito Comercial (1976):

"Os autores têm procurado desvendar o verdadeiro sentido da expressão, tendo Thaller dividido nela 'um elo de colaboração ativa entre os sócios'. Paul Pic escreve que 'não há

sociedade sem vontade, em todos os contratantes, de cooperar, direta ou indiretamente, na obra comum, sem a comunhão de capitais (lato sensu) e dos esforços pessoais dos membros'. E continua: 'Todo contrato de sociedade pressupõe não somente a intenção de realizar benefícios por uma reunião de capitais, intenção que se pode descobrir num simples empréstimo, acompanhado de uma cláusula de participação, mas a vontade bem determinada, da parte de todos os sócios, de cooperar atividade na obra comum. Discerne-se, em outros termos, em qualquer sociedade, um pensamento de cooperação econômica (Ripert) ou, mais exatamente, uma vontade de colaboração ativa (Thaller) em vista de um fim comum, que é a realização de um enriquecimento pela comunhão dos capitais e da atividade dos sócios'" (pág. 249).

Constata-se, então, que a affectio societatis, elemento sumamente importante para a conservação da vida da sociedade comercial, caracteriza-se exatamente pela intenção dos sócios em obter resultados comuns.

Contrapondo-se a este conceito, encontram-se todos os motivos apontados pelos sócios para embasarem a decisão de excluir o agravante da sociedade, este que desarmonizava o conjunto de pessoas que formavam a sociedade.

Importante ainda consignar que o agravante ao ingressar com a ação cautelar de exibição de documentos contra a empresa da qual fazia parte, em 26 de novembro de 1999, ou seja, quase quatro meses antes de sua expulsão da sociedade, deixou expressamente consignado na inicial:

“Ocorre que, desde a ocasião de seu manifesto inconformismo com a sua exclusão do processo de eleição, bem como resultado da mesma, as dificuldades de convivência entre o requerente e a empresa em especial como o Presidente, Sr. Norberto, cresceram gradativamente, chegando ao ponto de não dialogarem.

“Não fosse somente a falta de diálogo entre os dois sócios, que obrigatoriamente compartilham do mesmo espaço físico, a situação se agravou quando o desafeto pessoal passou a atingir a esfera profissional, desencadeando diversos mal-entendidos dentro da empresa, sendo que o requerente por diversas vezes sentia-se excluído das reuniões para deliberação do Conselho por falta de convocação etc.

“Os desentendimentos foram tantos, que deram origem ao Boletim de Ocorrência n. 6.300, que por sua vez foi levado a Termo Circunstanciado de n. 1.353/99, tendo os dois sócios participado de duas audiências no Juizado Criminal da Capital, sendo que a última resultou em conciliação” (fl. 85).

Verifica-se então, pelas próprias afirmações do postulante recursal, a existência de uma total desarmonia entre ele e os demais sócios da empresa, fazendo com que suas relações, que antes eram de concórdia, tornassem-se extremamente beligerantes, levando-os a freqüentar audiências no Juizado Criminal, por exemplo.

As atitudes e reações do agravante relatadas na peça exordial da cautelar de exibição de documentos demonstram claramente o sentimento

de intranquilidade e os múltiplos conflitos reinantes no convívio entre os sócios, desestruturando o bom relacionamento antes existente, responsável pela formação da sociedade.

Diante de tal constatação e por tudo mais que consta na exordial da cautelar de exibição de documentos, há de se concluir que, realmente, desapareceu a *affectio societatis* entre o recorrente e os demais integrantes do corpo societário, circunstância esta configuradora, por excelência, de motivo justo a balizar a exclusão atacada.

Do escólio do já citado Rubens Requião colhe-se, ainda:

“Já ficou assentado que, no atual estágio da doutrina e jurisprudência comercialistas, a demissão de sócio se pode efetuar desde que seja por maioria e que esteja alicerçada em motivos justos.

“O ato de exclusão é um direito da maioria dos sócios, evidentemente constituído sem maioria do capital social. Não cabe a prévia aprovação do Judiciário, nem pode ser objeto de apreciação do registro do Comércio, no ato de arquivamento da alteração contratual (na Junta Comercial). Constitui um ato subjetivo dos sócios, mas cuja valoração pode sofrer apenas o controle jurisdicional.

“A exclusão, portanto, é efetuada livremente pelos sócios, sem qualquer formalidade, a não ser a sua elaboração escrita levada ao Registro do Comércio, mas o ato de exclusão se põe imediatamente, no instante em que é decidido pela maioria” (Aspectos Modernos de Direito Comercial, 3º vol., Ed. Saraiva, 1986, pág. 113).

À luz dos enfoques doutrinários assim trazidos à baila, resta arredada

qualquer dúvida quanto à legalidade da forma com que foi realizada a deliberação de exclusão do agravante, exclusão essa referendada por 7 (sete) votos dos dez sócios da empresa, com 2 (duas) abstenções e 1 (uma) ausência, sendo acentuada, destarte, a significativa maioria dos endossantes dessa exclusão.

Esta Casa de Justiça, analisando a hipótese semelhante à destes autos, enfatizou:

“Sociedade comercial — Exclusão de sócio — Deliberação — Sócios majoritários — Dissolução — Apuração de haveres — Cumulação de pedidos

“1. ‘A exclusão [de sócio] por deliberação da maioria não configura abuso de direito e não atenta contra os princípios da isonomia, do devido processo legal ou da plenitude de defesa’ (Luiz Gastão P. de Barros Leães).

“2. ‘A cumulação dos pedidos de decretação da dissolução da sociedade com o de apuração de haveres é juridicamente possível’ (REsp n. 65.439, Min. Sálvio Figueiredo Teixeira). Se o autor, por deliberação dos sócios que detêm a maioria do capital social, foi excluído da sociedade, resta prejudicado o primeiro pedido (dissolução da sociedade), devendo, no entanto, prosseguir o feito em relação ao segundo (apuração de haveres)” (Ap. Cív. n. 97.015953-6, de Araranguá, rel. Des. Newton Trisotto).

Ou:

“— Sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

“— Havendo previsão no contrato social de que as deliberações so-

ciais, ainda que impliquem em alteração contratual, serão tomadas por sócios que representem a maioria absoluta do capital, e deliberando a maioria do capital da sociedade excluir o agravante da sociedade, por justa causa, sob alegação de grave desentendimento com os sócios majoritários, é insuscetível de reparo a decisão judicial que negou liminar para tornar sem eficácia, até julgamento final do processo principal (anulatória de alteração contratual), o ato de exclusão do agravante” (AI n. 97.014843-7, da Capital, rel. Des. João José Schaefer).

Na mesma esteira, proclamou o colendo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

“Sociedade comercial — Exclusão de sócio dissidente — Apuração de haveres — Comercial. Exclusão de sócio por deliberação da maioria. Em se rompendo a affectio societatis indispensável para a harmonia entre os sócios, é cabível que a maioria decida pela exclusão do sócio dissidente, tendo o mesmo direito de receber o valor da real apuração de haveres de sua participação societária. Apelo improvido” (TJRJ — AC n. 3136/97 — (Reg. 290997) — Cód. 97.001.03136 — Valença — 9ª C. Cív. — rel. Des. Nilson de Castro Dião — j. 6/8/1997).

Razão não assiste, portanto, ao recorrente, eis que emerge cristalino dos autos o desaparecimento da affectio societatis entre ele e os demais sócios, autorizando, sem dúvida alguma, a sua exclusão dos quadros societários da empresa, consoante deliberação tomada por maioria de votos.

E a deliberação, em casos tais, não se reveste de qualquer irregularidade ou ilegalidade em face de haver

sido tomada por maioria, porquanto é direito incontestável dos cotistas majoritários a exclusão de integrante da sociedade comercial, haja ou não previsão contratual a respeito.

A via própria, para tanto, é a alteração contratual, não se exigindo a aquiescência da totalidade dos sócios.

Nesse sentido, são os ensinamentos de Fran Martins (Novos Estudos de Direito Societário. Saraiva, 1988, pág. 218), Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto (A Sociedade por Cota. Forense, 1º vol., n. 93), Nelson Abrão (Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada. Saraiva, 1979, pág. 91), Egberto Lacerda Teixeira (Sociedades por Quotas. Max Limonad, 1956, n. 59, pág. 126) e Waldemar Ferreira (Sociedades por Quotas. Monteiro Lobato, 1925, pág. 136), dentre outros.

Acerca do tema, averba o renomado Amador Paes de Almeida:

“Positivando o dissídio da maioria, com um ou mais sócios, pode esta mesma maioria concluir pela exclusão do sócio, sem que se possa chamar de arbitrária a deliberação.

“Tal deliberação, necessariamente cartularizada, não se reveste de forma especial, podendo ser feita de forma simples, como todas as deliberações e alterações de contrato social das sociedades intuitu personae.

“Note-se que essa deliberação (que equivale à assembléia-geral das sociedades anônimas, mas sem o formalismo dessa) possui efeito jurídico operando desde logo entre os sócios.

“(…)

“Ao sócio dissidente só restará acatar a decisão da maioria ou afas-

tar-se da sociedade, hipótese em que os sócios remanescentes pagar-lhe-ão os haveres...” (Manual das sociedades comerciais, Saraiva, 9ª ed., 1997, págs. 138/9).

Da mesma forma, expõe Luiz Gastão Paes de Barros Leães que:

“a exclusão por deliberação da maioria não configura abuso de direito, e não atenta contra os princípios da isonomia, do devido processo legal ou da plenitude de defesa” (Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro 100/92).

Nesse sentido, disse o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Exclusão de sócio.

“A desarmonia entre os sócios é suscetível de acarretar a exclusão de um deles por deliberação da maioria, independentemente de previsão contratual ou de pronunciamento judicial” (REsp n. 7.183, rel. Min. Barros Monteiro, DJU de 16/10/91, pág. 14.481).

III — Decisão

Nega-se, em sendo assim, provimento à insurgência recursalmente manifestada pelo agravante.

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

Florianópolis, 14 de dezembro de 2000.

Alcides Aguiar,
Presidente com voto;
Trindade dos Santos,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.019539-1, DE TUBARÃO

Relator: Des. Silveira Lenzi

Ação de cobrança. Cheques prescritos há mais de dois anos. Perda do direito da ação cambiariforme — Ação de locupletamento prevista no art. 61 da Lei do Cheque. Possibilidade de cobrança da dívida por meio de ação causal. Inteligência dos arts. 61 e 62 da Lei do Cheque.

“A prescrição chéquica na verdade retira a executoriedade do título, mas não o direito nele documentado (art. 131 do Código Civil). Esse é o fenômeno que explica a subsistência de outras duas demandas: a ação de locupletamento (cambiariforme, mas não de eficácia executiva, que é prevista no art. 61) e a ação causal, fundada esta última na relação jurídica que deu origem à emissão do cheque (art. 62). Nesta, a causa de pedir pelo credor remonta ao negócio subjacente, servindo o cheque impago (pro solvendo) como elemento de prova, e o prazo é, em princípio, o vintenário de prescrição das ações comuns, de conformidade com o Código Civil; já a pretensão de locupletamento contra o emitente em detrimento do credor tem na falta de pagamento do cheque o seu pressuposto, e o prazo é bienal de prescrição” (Paulo Sérgio Restiffe e Paulo Restiffe Neto).

Inépcia da inicial. Ação causal. Descrição do negócio subjacente. Necessidade. Exegese dos arts. 61 e 62 da Lei do Cheque. Processo extinto.

“A ação de cobrança há de se basear no negócio subjacente do título, que serve apenas de indício de prova. Inicial fundada apenas no não-pagamento de cheque só pode ser recebida como ação de locupletamento. Como de cobrança é inepta, por ausência de causa, já que só a apresentação do título desprovido de ação cambial é imprestável para tanto” (TJRS, Des. Vicente Barroco de Vasconcelos, julgada em 18/8/99).

Recurso provido. Processo extinto.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.019539-1, da comarca de Tubarão, em que é agravante Orídio Mendes Domingos, sendo agravado Aristeu Martins:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, prover o recurso para indeferir a petição inicial, extinguindo o processo sem julgamento do mérito, com fulcro nos arts. 267, inc. I, e 295, inc. I, do CPC.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Orídio Mendes Domingos interpõe agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, em razão da decisão interlocutória proferida na ação de cobrança, ajuizada por Aristeu Martins, que afastou a preliminar de inépcia da inicial, ventilada pelo agravante, sob o fundamento de que o agravado não teria explicitado a causa debendi dos referidos cheques, uma vez que estes estão prescritos, tendo perdido sua autonomia privativa dos títulos de crédito exeqüíveis.

Sustenta, ainda, o agravante que é obrigação do autor expor na petição inicial os fatos e os fundamentos jurídicos de sua pretensão, ou seja, a origem do débito; assim, a ausência de descrição da origem do título cerceia o direito de defesa do réu.

O efeito suspensivo foi denegado à fl. 31, tendo o agravante oposto embargos declaratórios, que foram julgados pela decisão de fl. 44.

Em contra-razões, o agravado pugna pela manutenção do decisum atacado.

II — Voto

Estabelece o art. 59, caput, da Lei do Cheque (Lei n. 7.357/85), que a ação de execução de cheque — ação direta cambial disposta no art. 47 da mesma lei — “prescreve em 6 (seis) meses, contados da expiração do prazo de apresentação”.

Caso o cheque já esteja prescrito, em decorrência do decurso do lapso temporal, ainda caberá ao portador valer-se da ação de enriquecimento, que prescreve em dois anos, tendo apenas que demonstrar o prejuízo advindo do não-pagamento do título, sem a necessidade de mencionar a causa debendi, conforme dispõe o art. 61 da Lei do Cheque (Lei n. 7.357/85), in verbis:

“A ação de enriquecimento contra o emitente ou outros obrigados, que se locupletaram injustamente com o não-pagamento do cheque, prescreve em 2 (dois) anos, contados do dia em que se consumir a prescrição prevista no art. 59 e seus parágrafos desta Lei”.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou, afirmando que “a posse de cheques que não foram honrados pelo emitente, exaurindo o prazo de cobrança executiva das dívidas por eles representadas, é suficiente à propositura da ação de locupletamento ilícito, presumindo-se, em favor do autor da causa lícita das dívidas, o prejuízo sofrido pelo não-pagamento e o enriquecimento do emitente, presunção que poderá

ser elidida, por provas em contrário, a cargo do réu" (REsp n. 32.772-0/PR, Min. Dias Trindade, julgado em 13/4/00, DJU de 24/5/93, pág. 10.005) (grifei).

Contudo, em caso de o cheque já estar prescrito há mais de 2 (dois) anos, o portador perde o direito à ação de locupletamento prevista no art. 61 da Lei n. 7.357/85, devendo valer-se apenas de ação causal para reaver o quantum caligrafado no título, consoante o disposto no art. 62 do mesmo diploma legal, sendo necessário, por conseguinte, que a exordial mencione a causa debendi, consubstanciada na relação jurídica que originou a emissão do título, sob pena de inépcia da inicial.

Acerca da distinção entre a ação de locupletamento prevista no art. 61 e a ação causal disposta no art. 62 da Lei do Cheque, lecionam Paulo Sérgio Restiffe e Paulo Restiffe Neto que:

"A prescrição chéquica na verdade retira a executoriedade do título, mas não o direito nele documentado (art. 131 do Código Civil). Esse é o fenômeno que explica a subsistência de outras duas demandas: a ação de locupletamento (cambiariforme, mas não de eficácia executiva, que é prevista no art. 61) e a ação causal, fundada esta última na relação jurídica que deu origem à emissão do cheque (art. 62). Nesta, a causa de pedir pelo credor remonta ao negócio subjacente, servindo o cheque impago (pro solvendo) como elemento de prova, e o prazo é, em princípio, o vintenário de prescrição das ações comuns, de conformidade com o Código Civil; já a pretensão de locupletamento contra o

emitente em detrimento do credor tem na falta de pagamento do cheque o seu pressuposto, e o prazo é bienal de prescrição. Essas são as distinções entre ambas.

"Nota-se existência de confusão entre essas duas pretensões, que têm prazos prescricionais também diferentes.

"O que ambas têm em comum é que são ações condenatórias, processo de conhecimento, e referem-se a cheques sem pagamento" (Lei do Cheque: Anotações à nova Lei do Cheque Nacional, conjugada com a Lei Uniforme de Genebra, 4ª ed., São Paulo, RT, 2000, pág. 353).

A respeito dessas duas ações, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em decisão lavrada pelo Ministro Sálvio de Figueiredo:

"Processo civil. Distinção entre ação de cobrança fundada na relação jurídica negocial que gerou o cheque e a 'ação de locupletamento'. Prescrição. Arts. 61 da Lei n. 7.357/85 e 177, CC.

"Recurso provido.

"— A 'ação de locupletamento', de que fala o art. 61 da Lei n. 7.357/85, e a ação de cobrança, fundada no cumprimento de negócio jurídico do qual se originou o cheque, não se confundem, prescrevendo aquela no prazo fixado pelo próprio dispositivo mencionado e esta no prazo estipulado pelo art. 177, CC, para as ações pessoais" (REsp n. 36590/MG, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 31/10/94, pág. 29.502, julgada em 21/6/94).

E, do corpo do acórdão, extrai-se que a ação "de locupletamen-

to' difere todavia da ação de cobrança ajuizada com suporte no negócio jurídico de que emergiu o cheque. (...) Naquela, o credor cobra o cheque a favor do qual milita a presunção juris tantum de veracidade, tal como define o art. 131 da Lei Civil. Está o autor, neste passo, dispensado de outras, incumbindo ao réu abalar tal presunção. (...) Na ação de cobrança, de outra parte, o que persegue o autor é o cumprimento de uma obrigação, resultante de negócio jurídico bilateral. O cheque, nessa circunstância, constitui mero começo de prova escrita, que deve ser reforçado pelo autor por outros meios a seu alcance".

Ainda esclarece o Ministro Sálvio de Figueiredo, embasado no escólio de Wilson de Souza Batalha, que:

"Enquanto na 'ação de locupletamento' o próprio cheque basta como prova do fato constitutivo do direito do autor, incumbindo ao réu provar a falta de causa do título, na 'ação de cobrança', necessário se faz que comprove o autor o negócio jurídico gerador do crédito reclamado. (...) A assim chamada 'ação de locupletamento' tem, portanto, caráter diverso da ação de cobrança, visando aquela à constituição de título executivo judicial que restabeleça a força executiva do cheque partindo de um locupletamento presumido".

A questão dos autos cinge-se a saber se a petição inicial da ação ajuizada pelo agravado contra o agravante, em que aquele pretende cobrar cheques prescritos e não pagos, emitidos pelo recorrente, deveria reportar-se aos negócios originários dos títulos prescritos, que se venceram entre 1994 e novembro de 1996.

De acordo com as declarações do agravado, consignadas na referida ação (fl. 11), os títulos tiveram vencimento final em novembro de 1996. Logo, computando-se 1 (um) mês para apresentação dos títulos, 6 (seis) meses para a execução, 2 (dois) anos para o ajuizamento da ação de locupletamento, constata-se que quando do ajuizamento da ação de cobrança em 3/3/2000 (fl. 10) os cheques já estavam prescritos há mais de 2 (dois) anos.

Infere-se, assim, que o agravado deveria ter declinado na petição inicial da ação de cobrança, qual o negócio jurídico que originou a emissão dos títulos, requisito necessário ao manejo das ações causais, previsto no art. 62 da Lei n. 7.357/85, sob pena desta ser considerada inepta, com fulcro no art. 282 do CPC.

Isso porque "a ação de cobrança há de se basear no negócio subjacente do título, que serve apenas de indício de prova. Inicial fundada apenas no não-pagamento de cheque só pode ser recebida como ação de locupletamento. Como de cobrança é inepta, por ausência de causa, já que só a apresentação do título desprovido de ação cambial é imprestável para tanto" (Ap. Cív. n. 599332061, 15ª Câmara Cível, TJRS, Des. Vicente Barroco de Vasconcelos, julgada em 18/8/99) (grifei).

Assim, assiste razão ao agravante, haja vista a inicial não descrever o negócio subjacente, sendo, portanto, inepta. Dessa forma, impõe-se a extinção do processo, sem julgamento do mérito, com fulcro no art. 267, inc. II, do CPC.

III — Decisão

Do exposto, dá-se provimento ao recurso, para indeferir a petição inicial, extinguindo o processo, sem julgamento do mérito, com fulcro no inciso I do art. 267; no inciso I do art. 295 do CPC; e no art. 61 da Lei n. 7.357/85.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra e Sérgio Paladino.

Florianópolis, 10 de abril de 2001.

Silveira Lenzi,
Presidente e Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.007476-4, DE BLUMENAU

Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra

Agravo de instrumento — Ação de reparação de danos morais decorrentes da imputação de conduta desonesta irrogada à trabalhadora pelo empregador a pretexto de justa causa para a despedida e, assim, decorrente da relação de trabalho, não importando deva a controvérsia ser dirimida à luz do direito civil — Competência — Justiça do Trabalho — Decisão mantida — Precedentes do STJ e STF — Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.007476-4, da comarca de Blumenau, em que é agravante Célia Maria Pintarelli, e agravado Banco do Estado de São Paulo S.A. — Banespa:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por maioria de votos, desprover o recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Agravo de instrumento interposto por Célia Maria Pintarelli contra a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Blumenau que, nos autos da Ação de

Reparação de Danos Morais (n. 008.98.007868-4) movida contra o Banespa — Banco do Estado de São Paulo S.A., remeteu os autos à Justiça Trabalhista, por entendê-la competente para o julgamento da lide.

Defende o julgamento pela justiça comum, visto que pretende única e exclusivamente a reparação dos danos morais decorrentes de ato ilícito, fundado na responsabilidade civil, conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Trouxe, além das obrigatórias, as peças de fls. 16 usque 26 e a prova do preparo.

Não houve postulação de efeito suspensivo.

Instado, o agravado não contraminutou.

II — Voto

O recurso merece prosperar, vez que, na espécie, o pleito é decorrente do modo pelo qual a empregada foi despedida, relacionando-se diretamente com a relação laboral.

A partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 238.737/SP, da 1ª Turma, sob a relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, não se discute mais a competência para julgar ação de indenização por dano moral, quando a ofensa for cometida em razão da relação de emprego. Especificamente tratava-se, ali, de ação de reparação de danos materiais e morais decorrentes de imputação caluniosa irrogada ao trabalhador pelo empregador a pretexto de justa causa para a despedida. Houve interpretação do art. 114 da Constituição Federal e não do art. 109, I, que trata da competência da justiça comum, in verbis:

“Ementa: Justiça do Trabalho: Competência. Ação de reparação de danos decorrentes da imputação caluniosa irrogada ao trabalhador pelo empregador a pretexto de justa causa para a despedida e, assim, decorrente da relação de trabalho, não importando deva a controvérsia ser dirimida à luz do Direito Civil” (in DJU de 5/2/99, pág. 47).

É assente o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

“Competência. Ação de indenização. Danos materiais e morais. Demanda fundada em fato decorrente da relação de trabalho.

“— É competente a Justiça do Trabalho para processar e julgar

ação de responsabilidade civil proposta por trabalhador contra o seu ex-empregador em decorrência de danos materiais e morais ocasionados durante a relação empregatícia. Precedentes do STF e do STJ.

“Recurso especial conhecido e provido” (REsp n. 68501/RJ, rel. Min. Barros Monteiro, in DJU de 17/12/1999, pág. 370).

“Conflito de competência. Ação de indenização. Danos morais e materiais.

“1. Ressalvada a orientação do Relator, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ação de responsabilidade civil proposta por trabalhador contra ex-empregador em decorrência de danos morais e materiais ocasionados durante a relação empregatícia. Precedente do STF (RE n. 238.737-4/SP, 1ª Turma).

“2. Conflito conhecido para declarar a competência da Justiça do Trabalho” (CC n. 22840/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, in DJU de 21/6/1999, pág. 71).

No caso, a imputação da transgressão disciplinar — causa petendi de ação reparatória de danos morais —, surgiu exclusivamente em razão da relação de emprego, formulada como pretexto de justa causa para a resolução do contrato de trabalho pelo empregador.

Trata-se, pois, de dissídio entre trabalhador e empregador, decorrente da relação de trabalho, o que basta, conforme o art. 114 da Constituição Federal, a firmar a competência da Justiça trabalhista, nada importando que deva ser solvida à luz das normas do direito civil.

Compete a ela processar e julgar a ação em que se pede dano moral, salvo se alegadamente este resultou de acidente do trabalho, circunstância esta que atrai a competência da justiça comum estadual, a teor do art. 109, I, da Carta Política, *mutatis mutandis*:

“Conflito de competência. Reclamatória trabalhista. Dano moral.

“Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar reclamationária trabalhista em que se pede dano moral, salvo se alegadamente este resultou de acidente do trabalho. Hipótese em que o dano moral teria sido decorrência do modo como o empregado foi despedido. Conflito conhecido para declarar competente a MM. 2ª Junta de Conciliação e Julgamento de Rio Grande” (CC n. 20814/RS, rel. Min. Ari Pargendler, in DJU 6/9/1999, pág. 39, grifei).

III — Decisão

Diante do contexto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino.

Florianópolis, 17 de outubro de 2000.

Silveira Lenzi,
Presidente com voto;
Cláudio Barreto Dutra,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino.

Votei vencido, dissentindo da douda maioria, ao entendimento de que a competência para julgar e processar ação de reparação de danos decorrentes da relação de trabalho é da justiça comum.

A propósito, já decidiu esta Corte:

“— Ação de indenização ajuizada por ex-empregado, por danos morais decorrentes de despedida por justa causa, com alegação de que não verificada esta.

“— Competência da justiça comum, pois embora ‘tenha remota ligação com a extinção do contrato de trabalho, não tem natureza trabalhista’ (STJ, CC n. 11.732, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, Ementário STJ 12/190)” (AI n. 96.000657-5, de São Bento do Sul, rel. Des. João José Schaefer)

Ante o exposto, votei pelo provimento do recurso.

Sérgio Paladino.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.022051-5, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Ruy Pedro Schneider

Agravo de instrumento. Processual civil. Audiência de conciliação. Pedido de redesignação de data denegado. Cerceamento de defesa. Descaracterização. Pluralidade de prepostos capazes de representar a agravante. Realização de conciliação a qualquer momento. Inteligência dos arts. 12, inc. VI, e 125, inc. IV, ambos do

CPC. Denúnciação da lide. Descabimento. Exegese do art. 88 do CDC. Decadência. Inocorrência. Prazo prescricional ante o disposto no art. 27 da lei consumerista. Ilegitimidade passiva. Tese afastada. Ação originária instruída com contrato em que figura a agravante como contratada. Litigância de má-fé. Inocorrência.

As sociedades por ações dispõem de mais de um representante. Tal fato possibilita o seu comparecimento em atos processuais a serem realizados em comarcas diversas.

Não se justifica a repetição de audiência de conciliação, sob o fundamento de que a representação restou inviável em face da existência de outra já anteriormente designada. Ademais, a conciliação pode ser realizada em qualquer fase processual, não se justificando a anulação do processo sob este fundamento.

A denúnciação da lide é descabida nas ações embasadas no Código de Defesa do Consumidor, por expressa disposição legal (art. 88 do CDC).

Vige o prazo quinquenal nas lides indenizatórias que têm como sustentáculo o conceito de fato do serviço de acordo com o art. 27 do CDC.

São legítimas, para figurarem nos pólos do litígio, as partes que celebraram o contrato que está sendo questionado, em sede de ação indenizatória.

A litigância de má-fé somente se consubstancia nos casos em que há uma insofismável resistência injustificada ao desenvolvimento processual, havendo a presunção de que aquele que contenda em juízo o faça de boa-fé.

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.022051-5, da comarca de Criciúma, em que é agravante Oremar Brasil S.A. Representações, Viagens e Turismo e agravado Dalton Tito Dacoregio:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, conhecer e negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra despachos prolatados pelo MM. Juiz de Direito da comarca de Criciúma, nos autos de indenização por danos materiais e morais sob n. 020.98.022765-8. O primeiro despacho

agravado indeferiu as preliminares de decadência e de ilegitimidade de parte, além dos pedidos de denunciação da lide e produção de prova pericial (fls. 22/24). Já a segunda decisão interlocutória indeferiu o pedido de redesignação da audiência de conciliação (fl. 26). Sustenta, em síntese, que tão-somente a parte agravante foi intimada para comparecer em audiência conciliatória, e não os seus procuradores, tanto que foi concedida a devolução de prazo para a sua manifestação; que o processo é absolutamente nulo, ante a realização irregular da audiência de conciliação, ofendendo os princípios da ampla defesa e do contraditório; que o pedido de denunciação da lide é cabível, com base na art. 70, inciso III, do CPC, não sendo aplicável o art. 13, parágrafo único, do CDC, por se tratar de uma empresa prestadora de serviço, e não comerciante, conforme a vedação do art. 88 do referido código; que o agravado é carecedor de ação, ante a caducidade do seu pretensão direito; que é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da ação originária, não devendo responder por contrato em que não foi fornecedora do serviço a um destinatário final (fls. 2/19).

Às fls. 193/194 foi concedido o efeito suspensivo ativo almejado.

Houve resposta ao agravo, com pedido de condenação por litigância de má-fé, além da manutenção da decisão em ataque (fls. 203/221).

II — Voto

O presente recurso está a comportar decisão de conhecimento, ante a presença dos pressupostos de admissibilidade recursais.

Argúi a agravante a nulidade absoluta do processo, ante a realização irregular da audiência de conciliação, sem a sua presença bem como de seus procuradores. Restariam, assim, ofendidos os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Dispõe o art. 12, inciso VI, do CPC:

“Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

“I — omissis;

“VI — as pessoas jurídicas, por quem os estatutos designarem, ou, não os designando, por seus diretores...”.

Nos autos em análise, a aplicabilidade do artigo supratranscrito é infosismável. Isso porque a ora agravante é uma sociedade por ações, que se caracteriza pela imensa gama de representantes, em tese, vez que não acostou ao caderno processual o seu ato constitutivo, que indicaria especificamente os designados para tal mister.

Esclarece o douto Nelson Nery Junior, manifestando-se sobre o art. 12, inciso VI, do CPC:

“A norma regula a representação judicial de todas as pessoas jurídicas de direito privado. (...) Na falta de previsão legal ou estatutária, elas poderão ser representadas por qualquer de seus diretores. Neste conceito se incluem (...) as sociedades mercantis” (in Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor, 3ª edição, pág. 280).

No caso em epígrafe, a agravante e não seus procuradores, que são em número de seis, clamou pela redesignação da audiência de conciliação, confor-

me atestado à fl. 183, uma vez que para a mesma data já havia outra audiência anteriormente designada, à qual deveria estar presente. Todavia, por se tratar de sociedade por ações, a agravante poderia, perfeitamente, ter enviado preposto para comparecer à audiência de conciliação ora em vergasto.

Diz o art. 125, inciso IV, do CPC:

“O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

“I — omissis;

“IV — tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”.

Ante a suso mencionada regra positiva, a conciliação é corolário processual que deve ser observado pelo juiz em qualquer fase do procedimento adotado. Na demanda em estudo, a eiva, que se traduz no cerceamento de defesa, não subsiste, ante a possibilidade de conciliação das partes a qualquer tempo. Torna-se, por conseguinte, despicienda a anulação do referido ato processual.

Atacando o despacho de fls. 22/24, a agravante argumenta que o pedido de denunciação da lide é cabível, com base no art. 70, inciso III, do CPC; que o agravado é carecedor de ação, vez que decaiu do seu pretenso direito; que é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da ação originária, por não ter fornecido o serviço ali em discussão.

A agravante busca caracterizar a denunciação da lide a partir do disposto no art. 70, inciso III, do CPC.

Depreende-se da leitura do art. 14, caput, do CDC:

“O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos

danos causados ao consumidor por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos...” (grifei).

Ora, a própria agravante admite ser prestadora de serviços, conforme se constata à fl. 12 da peça inicial, dizendo:

“...a atividade turística foi vinculada à prestação de serviços”.

Assim, não é possível deixar de frisar que a relação jurídica travada entre os litigantes é eminentemente consumerista.

Gizando essa tese está a jurisprudência:

“A venda de pacote de turismo está sujeita ao Código de Defesa do Consumidor...” (TJSP, 18ª CC, AC n. 251.218-2/9, rel. Barreto Fonseca).

Assim, é de bom alvitre transcrever o art. 88 do Código de Defesa do Consumidor:

“Na hipótese do art. 13, parágrafo único, deste Código, a ação de regresso poderá ser ajuizada em processo autônomo, facultada a possibilidade de prosseguir-se nos mesmos autos, vedada a denunciação da lide” (grifei).

A título de esclarecimento, o parágrafo único do art. 13, do CDC, faculta, àquele que ressarcir o prejudicado, exercer o seu direito de regresso contra os demais causadores do dano. Todavia, ante a expressa previsão do art. 88 do CDC, é proibida a utilização de denunciação da lide, em se tratando de relação jurídica abrangida pelo direito consumerista.

Colhe-se da ensinança dos festejados Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery:

“O sistema do CDC veda a utilização da denúncia da lide e do chamamento ao processo, ambas ações condenatórias, porque o direito de indenização do consumidor é fundado na responsabilidade objetiva. Embora esteja mencionada como vedada apenas a denúncia da lide na hipótese do CDC 13 parágrafo único, na verdade o sistema do CDC não admite a denúncia da lide nas ações versando lides de consumo. Seria injusto discutir-se, por denúncia da lide ou chamamento ao processo, a conduta do fornecedor ou de terceiro (dolo ou culpa), que é elemento da responsabilidade subjetiva, em detrimento do consumidor que tem o direito de ser ressarcido em face da responsabilidade objetiva do fornecedor, isto é, sem que se discuta dolo ou culpa” (in Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor, São Paulo, RT, 1997, pág. 1.402).

Por consequência, faz-se necessário rechaçar por completo a denúncia da lide suscitada.

Alega, também, que o agravado é carecedor de ação, já tendo caducado o seu pretense direito.

Diz o art. 27 da Lei Protetiva do Consumidor:

“Prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria”.

A citada norma é contundentemente clara ao estabelecer que o prazo para as lides indenizatórias, com sustento no conceito de fato do servi-

ço, é prescricional, equivalente a um lapso temporal de cinco anos. Não há falar, por conseguinte, em prazo decadencial, nos termos do art. 26, inciso I, do CDC, conforme o pedido da agravante.

Aliás, prega o meridiano entendimento jurisprudencial:

“Prestação de serviços. Pacote turístico internacional. Indenização por danos materiais e morais decorrentes do fato do serviço. Alegação de decadência, por superação do prazo previsto no art. 26 do CDC. Rejeição bem pronunciada. Incidência do prazo quinquenal do art. 27, também decadencial. Agravo não provido. Nas hipóteses de indenização pelo fato do serviço, de responsabilidade por danos, materiais ou morais, causados a consumidores em virtude de serviços defeituosamente prestados, incide o prazo decadencial de cinco anos, estabelecido no art. 27 do CDC. Não, assim, o prazo curto do art. 26, específico dos casos de responsabilidade por vícios do serviço, ou seja, pelos defeitos inerentes ao próprio serviço” (TJSP, 2ª C. de D. Privado, AI n. 35.0006-4, rel. Des. Roberto Bedran).

Não cabe acolher, conseqüentemente, a pretensão alhures levantada pela agravante.

Por fim, a ora agravante articula a sua ilegitimidade passiva, não devendo responder por contrato em que não foi fornecedora do serviço a um destinatário final (fls. 2/19).

O documento juntado à fl. 51 apresenta-se estreme de dúvidas ao arrolar, como contratante dos serviços turísticos questionados na ação que originou o presente agravo de instrumento, o agravado, sendo contratada

a agravante, que estipulou para si a denominação de organizadora. Tal nomenclatura, todavia, não é bastante para desvirtuar o caráter contratual do documento em comento, bem como os consectários indenizatórios porventura dele decorrentes.

Em arremate, sustenta o agravado que a agravante é litigante de má-fé.

Tal assertiva, contudo, não merece guarida, vez que em nenhuma passagem dos autos denota-se atos tendentes a obstar o normal desenvolvimento da contenda.

Segundo já decidiu este egrégio Tribunal de Justiça:

“Na análise da ocorrência de litigância de má-fé importa considerar que, em princípio, quem contende em juízo, fá-lo de boa-fé. A *presumptio juris tantum* derrui, unicamente, quando indisfarçável o intuito obstativo ao regular desenvolvimento do processo” (Apelação Cível n. 97.008116-2, de Videira, rel. Des. Pedro Manoel Abreu)

No mesmo norte é entendimento de outros tribunais:

“A condenação por litigância de má-fé pressupõe a existência de prova ou de fortes indícios de dolo ou culpa da parte do agente que pratica os atos reprimidos pelo Código de Processo Civil” (TJSP, AC n. 229.082-2, rel. Des. Marrey Neto; 2º TACSP, AC n. 499.201, rel. Juiz Andreatta Rizzo; TJDF, AC n. 5.738/96, rel. Des. Dácio Vieira; TAPR, AC n. 89898000, rel. Juiz Ronald Moro).

III — Decisão

Ante o exposto, voto por conhecer e negar provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 20 de março de 2001.

Carlos Prudêncio,
Presidente com voto;
Ruy Pedro Schneider,
Relator.

AGRAVOS NOS AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.024961-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Recurso cível — Agravo de instrumento — Manifesta improcedência — Aplicação do art. 557, caput, do CPC — Interposição de

agravo inominado (CPC, art. 557, § 1º) — Conhecimento — Recurso não provido.

Compete ao relator negar seguimento a recurso manifestamente improcedente, como aquele buscando antecipação de tutela incabível na primeira fase da ação de prestação de contas.

Prestação de contas — Ação de natureza dúplice — Processo bifásico — Tutela antecipada na primeira fase — Inadmissibilidade.

A ação de prestação de contas (para dar ou tomar contas) caracteriza-se por sua natureza dúplice, pois as posições de autor e réu se confundem, dispensando reconvenção, resultando que tanto o autor quanto o réu poderão ser credores do saldo.

O processamento da ação de prestação de contas (de caráter dúplice) é bifásico, em cuja primeira fase se analisa apenas o direito de exigir e o dever de prestar contas e, na segunda, o juiz decidirá a respeito do saldo e condenará o devedor (tanto pode ser o autor como o réu) a pagá-lo, de acordo com as que forem apresentadas caso procedente o pedido na primeira fase.

Diante da natureza dúplice da ação de prestação de contas, resulta claro que não cabe antecipação de tutela na primeira fase de seu procedimento, pois a finalidade desta não é prevenir ou acaute-lar, mas satisfazer desde logo o pedido do autor, dando-lhe o bem da vida por ele pretendido, se estampados os pressupostos que legitimem a prestação jurisdicional invocada, para a qual se exige prova inequívoca do fato do pedido a convencer o juiz da verossimilhança da alegação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo no Agravo de Instrumento n. 00.024961-0, da comarca da Capital (5ª Vara Cível), em que é agravante O. G., sendo agravada E. C. B. G.:

ACORDAM, em Câmara de Férias, por votação unânime, conhecer do agravo na forma do art. 557, § 1º, do CPC e negar-lhe provimento.

Custas legais.

O. G. interpôs agravo, com fulcro no art. 557, § 1º, do CPC e art. 104, I, letra g, do Regimento Interno deste Tribunal, contra decisão que negou provimento a recurso de agravo de instrumento (autos n. 00.024961-0), por ser não só manifestamente inadmissível como também manifestamente improcedente, com supedâneo no art. 557, caput, do CPC, objetivando sua reforma a fim de ser concedida a tutela antecipada na ação de prestação de contas, proposta em face de

sua ex-consorte E. C. B, em que visa a apurar os valores a que faz jus em virtude da administração de patrimônio comum, que ficou sob a responsabilidade desta na partilha da separação judicial, sendo que a última prestação de contas foi prestada também em Juízo em 1993, por meio de ação correspondente (autos n. 163/93).

Sustentou, para tanto, que a tutela antecipada pode ser deferida em ação de prestação de contas, em qualquer momento, inclusive no instante de recebimento da petição inicial, sem manifestação da parte contrária, demonstrando seus requisitos com a comprovação de sua debilidade degenerativa.

É o relatório.

1. Inicialmente há ressaltar que a decisão denegatória de provimento ao presente recurso de agravo de instrumento não foi lavrada com fundamento na saúde debilitada do agravante, mas sim porque é impossível concessão de tutela antecipada na primeira fase da ação de prestação de contas, a qual tem caráter dúplice, que “se caracteriza quando as posições de autor e réu no processo se confundem, sendo que, por esta razão, não poderá o réu deduzir reconvenção. Isto porque, em sua contestação deduzida, poderá ele pedir a proteção de seu interesse” (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, 3ª ed., SP, RT, 1997, pág. 956).

Lecionam, ainda, os mesmos doutrinadores, ao comentar a presta-

ção de contas julgada na primeira fase:

“(…) Porém, ação de prestação de contas é bifásica, sendo que na primeira fase apenas o dever de prestar contas é analisado. O mérito das contas é aferido em segunda fase, que se encontra em andamento no juízo suscitado (...)” (ob. cit., pág. 957).

Ademais, a própria decisão que negou provimento ao recurso foi cristalina ao enfatizar:

“3. Pois bem. Como se viu do relatório, trata-se de ação de prestação de contas, de procedimento especial (CPC, arts. 914/919), com pedido de tutela antecipada, prevista no novo texto do art. 273 do CPC (introduzido pela Lei n. 8.952/94), segundo o qual o juiz poderá antecipar a tutela ‘desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação’.

“Vale destacar que a ação de prestação de contas, de rito especial, é de natureza dúplice, pois poderá ser proposta tanto por quem tenha o direito de exigir-las (ação de exigir contas), como por aquele que esteja obrigado a prestá-las (ação de dar contas), em a qual ‘ambas as partes assumem, simultânea e reciprocamente, as posições de autor e de réu, não havendo interesse instrumental, pois, por parte daquele que figure formalmente como réu, em deduzir pedido pela via reconvenção, bastando-lhe apenas formular, em sua contestação, a sua própria pretensão’ (Antônio Carlos Marcato, Procedimentos Especiais — Da Ação de Prestação de Contas — 8ª ed., Malheiros, SP, 1998, págs. 102/103).

“Mas, não é só! A especialidade do procedimento também está em que dispõe de duas fases; na primeira discute-se e decide-se sobre a obrigação de prestar e/ou de receber as contas, mediante sentença que enfrenta, claro, recurso de apelação; na segunda (caso procedente o pedido na primeira fase), ‘o juiz decidirá, uma vez julgadas as contas, a respeito do saldo e condenará o devedor a pagá-lo, podendo ser exigido em execução forçada (art. 918). Observe-se que tanto o autor quanto o próprio réu poderão ser credores do saldo, dado o caráter dúplice da ação, conforme já salientado’ (Antônio Carlos Marcato, ob. cit., pág. 106).

“Destas conclusões já resulta claro que não cabe antecipação de tutela na primeira fase da ação de prestação de contas, pois como afirma Antônio Cláudio da Costa Machado (citado pelo eminente Des. Trindade dos Santos no AI n. 96.007475-9, de Itajaí, j. 12/11/96), ‘Voltando ao processo de conhecimento, somos da opinião de que, afora os procedimentos ordinário e sumário, para os quais o art. 273 foi dirigido basicamente, não resta muito espaço no âmbito dos procedimentos especiais que não dispõem de liminar (consignatória, depósito, anulatória de títulos, prestação de contas, usucapião, divisória e demarcatória etc.) para a aplicação da tutela antecipatória de que cogitamos...’ (A Reforma do Processo Civil Interpretada, São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 20).

“Justifica-se o óbice diante do procedimento especial: não se sabe o que virá com a resposta, pois o autor poderá se tornar devedor; o requerido poderá pedir contas; poderá ser cre-

dor ou apresentar justificativas excludentes da obrigação ou mesmo de valores, tudo a ser decidido pelo juiz ao término da primeira fase, não fosse a necessidade de se aguardar o julgamento da segunda fase para o fim de constituir título ao que resultar credor (a propósito, relembre-se da inicial da ação de prestação de contas em exame que não há pedido deste jaez, pois a parte preocupou-se em requerer a administração dos bens relacionados).

“Ademais, porque a finalidade da tutela antecipada ‘não é prevenir ou acautelar, mas satisfazer, desde logo, o pedido do autor se estampados os pressupostos que legitimem a prestação; para isto, exige-se prova inequívoca do fato do pedido a convencer o juiz da verossimilhança da alegação’ (AI n. 98.007566-1, Capital, deste Relator), pois ela (tutela antecipatória) é satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento, resulta inviável, assim, seu manejo na primeira fase da ação de prestação de contas (tanto de pedir, como de dar).

“Ora, como sustenta Nelson Nery Júnior, a tutela antecipada ‘não é tutela cautelar porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Ainda que fundada na urgência (CPC, 273, I), não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução, objetivo que não se confun-

de com o da medida cautelar (assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor)' (Atualidades sobre o Processo Civil, RT, 1995, págs. 51/52).

"Não devem ser esquecidas as lições de Luiz Guilherme Marinoni, sobre os requisitos da tutela antecipada, especialmente quando trata da 'denominada prova inequívoca, capaz de convencer o juiz da verossimilhança da alegação, somente pode ser entendida como a prova suficiente para o surgimento do verossímil, entendido como o não suficiente para a declaração da existência ou da inexistência do direito' (A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil, Malheiros, 1995, págs. 67/68).

"Nelson Nery Júnior, citando Calmon de Passos (Inovações no Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, 1995, pág. 10), complementa e adverte que:

'Essa prova inequívoca é do fato título do pedido (causa de pedir). Tendo em vista que a medida foi criada em benefício apenas do autor, com a finalidade de agilizar a entrega da prestação jurisdicional, deve ser concedida com parcimônia, de sorte a garantir a obediência ao princípio constitucional da igualdade de tratamento das partes' (ob. cit., pág. 54).

"De outro lado, quanto à inequívocidade do motivo em que a parte se baseia para caracterizar o convencimento da verossimilhança da alegação, destaca Humberto Theodoro Júnior:

'Para não transformar a liminar satisfativa em regra geral, o que afeta-

ria, de alguma forma, a garantia do devido processo legal e seus consectários do direito ao contraditório e ampla defesa antes de ser o litigante privado de qualquer bem jurídico (art. 5º, incs. LIV e LV), a tutela antecipatória submete a parte interessada às exigências da prova inequívoca do alegado na inicial' (As Inovações no Código de Processo Civil, Forense, 3ª ed., pág. 13), no que é acompanhado por Cândido Rangel Dinamarco que realça:

'A exigência de prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais do que o *fumus boni juris* exigido para a tutela cautelar' (A Reforma do Código de Processo Civil, Malheiros Editores, 2ª ed., pág. 143).

"Assim, além de não admissível a antecipação da tutela na primeira fase da ação de prestação de contas, tem-se que, para as hipóteses em que é cabível, a lei exige demonstração da prova inequívoca do alegado na inicial e sua verossimilhança, esta sendo muito mais do que o *fumus boni juris* exigido para a tutela cautelar, não tratada nestes autos.

"A tutela antecipada requerida pelo agravante revelou-se, assim, equivocada, ainda mais com seu deferimento de forma genérica e abrangente a ponto de incluir até aqueles imóveis particulares e individualizados da agravada (que não estão gravados pelo usufruto comum) e agora sob a posse legítima de terceiro locatário, não se podendo admiti-la muito menos com a finalidade declarada de 'saldar a dívida', pois representa verdadeiro confisco sem que antes se saiba quem será vencedor da demanda na primeira fase.

“Ora, antes de se dar pela procedência ou não do pedido, já se está pretendendo executar diretamente e em espécie, sem oportunização ao menos de prazo para resposta, recurso, posterior nomeação de bens à penhora, embargos etc..., enquanto o agravante se faz representar por procurador leigo — a mesma pessoa nomeada administradora — que contratou advogados com ajuste de pagamento do ‘percentual de 50% (cinquenta por cento) do total do proveito advindo ao cliente, independentemente dos honorários a serem fixados’ (sic — fls. 60/61 dos autos originais = fls. 152/153 TJSC), conforme contrato de honorários exibido pelos causídicos (e juntado pela agravada), tendo eles postulado, em caráter de urgência, providências do juízo para que ‘seja retido em juízo o valor de 50%’ e ‘sejam liberados os valores devidos ao requerente somente através de alvará judicial’, o que vem a comprovar que se trata de causa de risco e nem tudo o que eventualmente for acolhido chegará ao agravante” (fls. 162/171).

Por fim, importante registrar que a antecipação de tutela só deve ser deferida antes de ouvida a parte contrária, como exceção, “quando a citação do réu puder tornar ineficaz a medida, ou, também, quando a urgência indicara necessidade de concessão imediata da tutela, o juiz poderá fazê-lo inaudita altera pars, que não constitui ofensa, mas sim limitação imanente do contraditório, que fica diferido para momento posterior do pro-

cedimento (...)” (sic — Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, ob. cit., pág. 548).

Ora, o que ensejou a decisão de negar seguimento ao recurso, porque manifestamente improcedente, não foi a urgência do pedido do autor e sim, repita-se, a inviabilidade de concessão da tutela antecipada na primeira fase do procedimento especial prevista para a ação de prestação de contas, em que a ré/agravada poderá demonstrar sua condição de credora, ou mesmo a inexistência de obrigação de prestar contas.

Nessa situação processual, cabia ao Relator, especialmente porque as partes interessadas já se haviam manifestado nos autos, negar seguimento ao recurso porque manifestamente improcedente.

Diante do exposto, conhece-se do agravo, na forma do disposto no art. 557, § 1º, do CPC, e nega-se-lhe provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cesar Abreu e Jaime Ramos, participando da sessão, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 31 de janeiro de 2001.

João José Ramos Schaefer,
Presidente;
Nilton Macedo Machado,
Relator.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 01.001855-7, DA CAPITAL**Relator: Des. Eládio Torret Rocha**

Agravo regimental interposto contra despacho que concedeu pedido de efeito suspensivo em agravo de instrumento. Inadmissibilidade. Interpretação do art. 195 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça diante da nova sistemática recursal disposta no art. 557 do CPC. Recurso não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 01.001855-7, da comarca da Capital, em que é agravante Dib Ammar, sendo agravado Eduardo Alberto Dordoni:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, não conhecer do agravo regimental.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Dib Ammar interpôs agravo regimental contra o despacho proferido por este Relator, que concedeu efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento n. 01.001855-7, proposto por Eduardo Alberto Dordoni contra decisão interlocutória de primeiro grau (fls. 93/94).

Após historiar longamente acerca do intrincado negócio que envolve os litigantes, o agravante sustentou que a manutenção do ora agravado na administração do estabelecimento comercial e/ou empresa que os vincula trar-lhe-ia, claramente, seríssimos prejuízos financeiros, dada a condição do agravado, turista argentino apenas com visto para tal condição.

Postulou, a final, a reconsideração do decisório anteriormente prolatado, a fim de se manter os despachos monocráticos quanto ao efeito apenas devolutivo da apelação e à obrigatoriedade de prestação de contas, ou, alternativamente, impondo o caucionamento devido, sem prejuízo da suso aludida prestação de contas acerca do gerenciamento mantido.

Tendo em vista que indeferi o pedido de reconsideração formulado pelo ora recorrente (fls. 189/191), trago os presentes autos de agravo regimental para julgamento por esta Câmara.

É o relatório.

II — Voto

Trata-se de agravo regimental interposto contra o despacho exarado por este Relator, que concedeu efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento n. 01.001855-7.

Inúmeros são os precedentes desta Corte no sentido de ser descabida a interposição de recurso da decisão que nega ou concede efeito suspensivo em agravo de instrumento.

Nesse sentido:

“Processo civil. Decisão que outorga ou denega efeito suspensivo

a agravo de instrumento. Interposição de agravo regimental. Inadmissibilidade. Não conhecimento.

“Ainda que o Regimento Interno do Tribunal, em seu art. 195, possibilite que as decisões do relator sejam revistas em sede de agravo regimental, todavia, em face do novo regime do agravo, pelo tratamento específico dado à matéria, descabe tal recurso, consoante, aliás, o pensamento mais consistente da doutrina e da jurisprudência” (AR no AI n. 97.000923-2, de Blumenau, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Cito, também, as decisões proferidas nos AR nos AI ns. 97.000923-2, de Blumenau; 99.000923-8, de Blumenau; 99.004797-0, de Chapecó; 99.007559-1, de São Bento do Sul.

Cumprе ressaltar, finalmente, que essas decisões não configuram entendimento isolado deste Tribunal, é o que se depreende da decisão proferida pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, verbis:

“Nos termos do CPC e do Regimento Interno deste Tribunal, a decisão

denegatória de liminar em agravo de instrumento é irrecurável, não comportando agravo regimental (Ac. un. da 7ª Câm. do TJSP de 16/10/1996, no Ag. n. 20.424-5, rel. Des. Nigro Conceição, JTJSP 185/239)” (Alexandre de Paula, in Código de Processo Civil Anotado, 7ª ed., São Paulo, RT, 1998, vol. 2, pág. 2.328).

Posto isso, pelo meu voto, não conheço do recurso.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por votação unânime, não conheceu do agravo regimental.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Torres Marques e Jaime Ramos.

Florianópolis, 22 de fevereiro de 2001.

Alcides Aguiar,

Presidente;

Eládio Torret Rocha,

Relator.

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 01.002103-5, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

Agravo inominado. Artigo 557, § 1º, do CPC. Decisão que negou seguimento a agravo de instrumento, por falta de peça necessária à compreensão do litígio. Inteligência dos artigos 525 e 527 do CPC. Instrução deficiente. Recurso desprovido.

A petição inicial é, igualmente, a peça primordial do processo, fundamental mesmo ao êxito ou fracasso do pedido. Pode ser (e ordinariamente é), documento importante à sorte do agravo de instrumento detonado no seio da ação, sobretudo em razão do comando

previsto no artigo 525 do CPC.

Sendo assim, se, em sede de ação ordinária com pedido de antecipação de tutela, a juntada de cópia da petição inicial for omitida pela agravante, o relator poderá negar seguimento ao recurso, por entender ausente documento relevante à segura compreensão e adequada solução da questão incidentalmente colocada para o Tribunal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo no Agravo de Instrumento n. 01.002103-5, da comarca de São José, em que é agravante Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc e agravado Francisco Fernandes:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, desprover o recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc interpôs agravo (artigo 557, § 1º, do CPC) contra decisão deste Relator que, nos autos do Agravo de Instrumento n. 01.002103-5, negou seguimento ao recurso por ausência de peça essencial à compreensão do litígio (fls. 25/27).

Alega, em síntese, o agravante, que no agravo de instrumento foram expostos os motivos de seu inconformismo quanto à concessão da tutela antecipada.

Afirma que a ausência da peça inicial não pode ter o condão de liquidar um direito cristalino seu, e que alguma peça necessária poderia ser requisitada ao juízo de origem.

É o relatório.

II — Voto

Cuida-se de agravo inominado, previsto no artigo 557, § 1º, do CPC, contra decisão que negou seguimento ao presente agravo, por não conter peça necessária à compreensão da controvérsia (fls. 19/20).

Entendo essencial à compreensão e análise do litígio apresentado no agravo de instrumento, o exame, na hipótese focalizada, da petição inicial detonadora da ação ordinária de indenização por ato ilícito e danos morais, com pedido de tutela antecipada, desencadeada pelo ora agravado contra o agravante.

Há considerar, a propósito, a complexidade da demanda, tendo em vista que um dos pedidos é a condenação por dano moral, em que os contornos foram supostamente bem delineados no aludido petítório exordial, de modo a possibilitar, assim, ao Relator a análise do recurso em toda sua extensão.

Sobre o assunto, anota Nelson Nery Júnior:

“A juntada das peças facultativas também está a cargo da parte, incumbindo-se juntar aquelas que entendam importantes para o deslinde da questão objeto do agravo, ainda que seja documento novo, que não conste dos autos (Bermudes, Reforma, 89).

Caso não seja possível ao tribunal compreender a controvérsia, por ausência de peça juntada facultativa, o agravo não deverá ser conhecido por irregularidade formal (Nery, Recursos, 323)" (in Código de Processo Civil Comentado e legislação civil extravagante em vigor, 4ª ed., São Paulo, RT, 1999, pág. 1.028).

É que, a partir da peça proemial, poderiam ser adequadamente compreendidos os motivos que levaram o Magistrado a proferir a decisão recorrida, que acabou, aliás, por deferir a antecipação da tutela, formando seu convencimento.

Não há, pois, cogitar da prescindibilidade do aludido petitório vestibular, que, como se sabe, é peça primordial do processo, fundamental mesmo, como visto, ao êxito ou fracasso do pedido.

Ademais, é cediço que somente ao agravante compete a adequada formação do instrumento, não procedendo, igualmente, a argumentação de que documentos necessários poderiam ser requisitados ao Juiz da causa.

Inegável, conseqüentemente, a deficiência na instrução que culminou na negativa de seguimento do agravo.

Nesse diapasão, extraio, dentre muito precedentes desta Corte, o que segue:

"Agravo contra decisão que negou seguimento a agravo de instrumento — Indeferimento liminar pelo relator — Inteligência dos arts. 243, 525, I, e 557, caput, do CPC — Recurso desprovido.

'O agravo de instrumento deve ser instruído com peças 'obrigatórias'

e também com as 'necessárias' ao exato conhecimento das questões discutidas. A falta de qualquer delas autoriza o relator a negar o seguimento ao agravo ou à Turma julgadora o não conhecimento dele' (IX ETAB, 3ª Conclusão — maioria).

"É que o inciso I do art. 525 especifica quais são as peças obrigatórias. Mas existem, ainda, peças necessárias, a saber, as mencionadas peças obrigatórias e todas aquelas sem as quais não seja possível a correta apreciação da controvérsia; a sua falta, no instrumento, acarreta o não conhecimento do recurso, por instrução deficiente (RT 736/304, JTJ 182/211)" (Agravo no Agravo de Instrumento (art. 557) n. 99.018766-7, da Capital, rel. Des. Anselmo Cerello).

No mesmo sentido encontram-se os seguintes: Agravo no Agravo de Instrumento (art. 557) n. 99.011452-0, de Chapecó, rel. Des. Silveira Lenzi e o Agravo no Agravo de Instrumento n. 97.007487-5, de Tijucas, rel. Des. Alcides Aguiar.

Voto , pois, pelo improvemento do agravo.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por unanimidade de votos, desproveu o recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, o Exmos. Srs. Des. Cesar Abreu e Jaime Ramos.

Florianópolis, 15 de março de 2001.

Alcides Aguiar,
Presidente;
Eládio Torret Rocha,
Relator.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.024671-9, DE PALHOÇA

Relator: Des. Jaime Ramos

Agravo regimental — Despacho do relator que nega efeito suspensivo a agravo de instrumento — Irrecorribilidade.

*Não cabe agravo regimental do despacho do relator que de-
nega efeito suspensivo a agravo de instrumento.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 00.024671-9, da comarca de Palhoça (1ª Vara), em que é agravante L. A. M. e agravada F. de O.:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, não conhecer do agravo regimental.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

L. A. M. interpôs agravo de instrumento da decisão que, na ação de dissolução da sociedade de fato c/c pensão alimentícia que lhe move F. de O., fixou alimentos provisórios em 3 (três) salários mínimos.

Inconformado com o despacho do relator, que negou efeito suspensivo à decisão agravada, o agravante ofereceu agravo regimental, buscando a reforma daquele ato jurisdicional, repetindo, em suma, os mesmos argu-

mentos que antes expôs, com o acréscimo de que o despacho de primeiro grau que concedeu a tutela antecipada não fora motivado nem fundamentado, não podendo o agravante arcar com suas conseqüências, haja vista a ausência dos requisitos básicos para concessão da medida antecipatória, e disso não se deu conta o despacho ora combatido que negou o efeito almejado.

A decisão impugnada foi mantida.

Parecer oral do ilustre Procurador de Justiça, opinando pelo não conhecimento do recurso.

II — Voto

O agravo regimental não merece ser conhecido.

É certo que o art. 195 do Regimento Interno desta Corte de Justiça reza que "A parte que se considerar prejudicada por decisão do presidente, ou do relator, poderá dela agravar, conforme o caso, para o Tribunal Ple-

no, para a Câmara competente ou para as Câmaras Cíveis Reunidas, no prazo de quarenta e oito horas, contado da intimação, salvo disposição em contrário”.

O Código de Processo Civil, no entanto, tacitamente afastou a possibilidade de manejar qualquer espécie de recurso contra a decisão do relator que denega o pleiteado efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

Com efeito, o art. 558 do referido Estatuto Processual, com a redação dada pela Lei n. 9.139, de 30/11/1995, ao facultar ao relator suspender, até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara, os efeitos da decisão atacada por agravo de instrumento, se dela puder resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, não autorizou a interposição de qualquer recurso contra a decisão que nega ou defere tal efeito suspensivo.

Da decisão monocrática do relator cabe o “agravo” previsto no art. 557, § 1º, do mesmo Diploma Instrumental, que a prática cognominou de “agravinho”, quando ele desde logo nega seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do mesmo tribunal, do Pretório Excelso ou de Tribunal Superior; ou dá provimento a recurso contra decisão que estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

Não é possível, no caso, dar interpretação extensiva ou analógica à lei processual para estender o “agravo” contido nesse dispositivo à hipóte-

se de denegação ou concessão de efeito suspensivo a agravo de instrumento, sob pena de estar-se criando um recurso a mais, que a lei não criou.

O agravo de instrumento é recurso de tramitação e julgamento extremamente rápidos (pauta em prazo não superior a trinta dias após a contraminuta, conforme o art. 528 do multicitado Código). Por isso, a concessão ou a denegação do efeito suspensivo ao agravo não traz consequência duradoura para qualquer das partes.

Por outro lado, não cabe ao Tribunal instituir recurso à margem do sistema processual brasileiro e ao arripio da competência federal (art. 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988) ou estadual supletiva (art. 24, inciso XI).

Sem embargo da opinião de Carreira Alvim, que entende ser uma “temeridade” sujeitar o direito do agravante “ao arbítrio de um órgão singular”, e de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, que admitem o cabimento do agravo previsto no art. 557, § 1º, do CPC, no caso de negativa ou concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, que se deu por decisão interlocutória (in Código de Processo Civil Comentado, 3ª ed., São Paulo, RT, 1997, pág. 801), é francamente majoritário o entendimento doutrinário no sentido do descabimento de qualquer recurso, mesmo o agravo regimental, contra tal decisão do relator.

Assim, José Carlos Barbosa Moreira:

“A lei não obriga o juiz de primeiro grau nem o relator a deferir o requerimento de suspensão. Tampouco

estabelece pressupostos quer do deferimento, quer do indeferimento. Fica, por conseguinte, à discrição do juiz ou do relator suspender ou não a medida — o que, de lege ferenda, não seria aconselhável. Não há direito do agravante à suspensão; há poder discricionário do juiz ou do relator. Se o juiz indeferir o requerimento, a decisão é irrecorrível, apesar da letra do art. 522, caput” (Comentários ao Código de Processo Civil, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993, vol. V, pág. 594).

Teresa Arruda Alvim Wambier (in O Novo Regime do Agravo, 2ª ed., São Paulo, RT, 1996, pág. 196):

“Da decisão do relator, indeferindo o requerimento da parte, no sentido de suspender a eficácia da decisão impugnada, caberia o recurso previsto no art. 557, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

“O legislador só faz menção, no art. 557, parágrafo único, a que o recurso ali referido tem cabimento contra decisão denegatória do recurso, a que o caput deste mesmo dispositivo diz respeito. Poder-se-ia sustentar que o legislador teria dito menos do que queria. Assim, nesse diapasão, sustentar-se-ia que o recurso do parágrafo único do art. 557 também poderia ser interposto contra o ato do relator que, embora admita o agravo, não lhe dê efeito suspensivo (art. 527, II).

“Não nos parece ser esta a interpretação correta. Da decisão do juiz ou do relator que indeferia o requerimento da parte com base no art. 558 revogado não cabia recurso, embora a letra do art. 522 sugerisse o contrário. A interposição de outro agravo seria inú-

til, porque manifestamente inoperativa.

“Em nosso entender, continua sendo esta, pelas mesmas razões, a melhor interpretação”.

José Carlos Teixeira Giorgis, Juiz do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, no artigo “Notas sobre o Agravo”, publicado na Revista dos Tribunais n. 734, págs. 129/151:

“Indaga-se a espécie de recurso que pode atacar a decisão concessiva. A resposta pode ser encontrada no mandado de segurança, do qual se disse, e com saciedade, ser espelho do novo modelo de agravo.

“Os regimentos internos das Cortes costumam receitar o agravo regimental para a decisão do relator que conceda ou denegue liminar em mandado de segurança, mesmo que se reitere inexistir previsão legal no diploma que o disciplina.

“Entretanto, é pacífica a jurisprudência da Suprema Corte em rechaçar recurso contra decisão concessiva ou denegatória de liminar pelo relator (STF, Pleno, MS 21.276-4-DF — Ag. Reg., rel. Min. Paulo Brossard, DJU 21/6/1991).

“A razão teleológica também afasta a cogitação de recurso, na procura de procedimento célere que quebre a hígidez das rotinas existentes, culpadas no tribunal das opiniões.

“Aponte-se, finalmente, que haveria um aumento desnecessário de pronunciamentos do colegiado, quando a própria norma já anuncia que a suspensão se manterá até o pronunciamento da turma ou câmara, que deve reunir-se em curto prazo.

“Tais subsídios desaconselham debate da decisão do relator”.

O Professor e Desembargador Araken de Assis, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, deitou amplas luzes acerca do tema na exposição de seu voto no acórdão publicado na Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul n. 176, pág. 396, como adiante se transcreve:

“A decisão que outorga efeito suspensivo ao agravo de instrumento (CPC, art. 527, II), porque relevante a fundamentação e possível lesão grave e de difícil reparação (CPC, art. 558), não comporta qualquer recurso, mesmo o agravo regimental, até o pronunciamento definitivo da Câmara ou Turma”.

“(…)

“E, com efeito, esta parece ser a solução correta. Em primeiro lugar, o legislador concedeu agravo contra ato do relator que julga inadmissível ou improcedente o agravo (art. 557, caput). Omitiu-se quanto à recorribilidade do ato que outorga efeito suspensivo. Trata-se, a meu juízo, do chamado silêncio eloqüente.

“É que o efeito suspensivo, de caráter excepcional, perdurará até o pronunciamento definitivo da Câmara, segundo a parte final do art. 558. Ora, o pronunciamento definitivo, aí referido, não pode ser o julgamento de outro recurso, no caso de fonte regimental, porque ele não seria definitivo. Definitivo, ao menos no órgão fracionário competente do Tribunal, é o julgamento do próprio agravo de instrumento. Caso contrário, a parte final do art. 558 passaria a contemplar uma possibilidade nela, explicitamente,

não prevista: a manutenção do efeito suspensivo até o julgamento do agravo regimental ou do próprio agravo. Fácil se mostra conceber, ainda, divergência entre tais julgamentos — provimento do agravo regimental, seja qual tenha sido o sentido da decisão do relator, e julgamento do próprio agravo, em sentido contrário —, gerando uma instabilidade imprópria e contradições inconvenientes. Na realidade, o rito célere, agora imprimido ao agravo de instrumento, repele a possibilidade de outro agravo, agora regimental, contra o ato do relator (art. 527, II). O recurso será julgado em trinta dias (art. 528), após a manifestação do agravado, e, neste interregno, subsistirá o eventual efeito suspensivo.

“Por outro lado, não cabe aos tribunais legislar sobre procedimento. Isto é concedido, em caráter supletivo, aos Estados (art. 24, XI, da CF/88). E o art. 232 do nosso Regimento não é lei, formal ou material.

“Além disto, é duvidoso que a criação de recurso seja matéria de procedimento e, de qualquer sorte, que o Estado pudesse criar recurso onde a lei federal não prevê.

“Essas considerações, em matéria nova, me conduzem à inadmissibilidade do agravo regimental. Não é possível, ao invés de eliminarmos recursos, venhamos aumentar o seu número, impedindo a eficácia imediata das resoluções judiciais”.

Essa orientação foi aplaudida por Athos Gusmão Carneiro (in *O Novo Recurso de Agravo*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, págs. 76/77):

“Interessante perquirir se, dessas decisões proferidas nos termos do

art. 558, é cabível a interposição do agravo por petição (ou agravo interno, no dizer de Carreira Alvim), a símile do previsto no parágrafo único do art. 557.

“(…)

“Parece-nos assiste razão a Araken de Assis, não apenas pelo argumento jurídico relativo ao ‘silêncio eloqüente’, como pela consideração de que ‘o rito célere, agora imprimido ao agravo de instrumento, repele a possibilidade de outro agravo, agora regimental, contra o ato do relator’ (artigo doutrinário publicado na *Ajuris*, vol. 66, págs. 158/159). Além disso, é de ponderar o descabimento da criação, para a hipótese, de ‘agravo regimental’, pois não cabe aos tribunais legislar sobre procedimento, criando recursos onde a lei federal (ou estadual supletiva, CF art. 24, XI) não os criou”.

A partir desses escólios, o tema acabou sendo objeto da 6ª conclusão do Cetargs (Centro de Estudos do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul), sob a coordenação do Juiz Alcindo Gomes Bittencourt:

“Não cabe agravo regimental das decisões atinentes à agregação de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, bem como daquelas em que o relator deferir antecipação de tutela ou tutela cautelar”. Justificativa: “A lei, quando desejou prever recurso, o fez expressamente (art. 557, parágrafo único, do CPC) e considerou a maior gravidade da decisão de ‘negativa de seguimento”.

No Sodalício Catarinense, firmou-se jurisprudência no sentido do não conhecimento do agravo regimental contra a decisão do relator que

denega ou concede o efeito suspensivo ao agravo de instrumento:

“Recurso. Decisões do relator que, em agravo de instrumento, negam ou concedem carga suspensiva ao recurso. Irrecorribilidade. Agravo regimental. Descabimento. Na atual feição emprestada ao agravo de instrumento, mercê dos ditames da Lei n. 9.139/95, especificadas encontram-se, no art. 557, parágrafo único, do Estatuto Procedimental Civil, as decisões que, prolatadas pelo relator, comportam novo agravo. Tal ocorre, somente, quando o relator julga, por ato monocrático, inadmissível ou manifestamente improcedente o agravo de instrumento, obstando-lhe, pois, o seguimento. Em sendo assim, irrecorribéis são os despachos exarados pelo relator, concedendo ou negando carga suspensiva a agravo de instrumento, posto que os dispositivos de lei que versam especificamente acerca dessa modalidade recursal são totalmente silentes a respeito. Esse silêncio equipara-se à não admissibilidade de qualquer ataque recursal aos despachos negatórios ou concessivos de efeito suspensivo, uma vez que à lei processual, na hipótese, não se pode conferir uma interpretação analógica ou extensiva” (TJSC — Ag. Reg. no AI n. 96.010055-5, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos, em 25/3/1997).

“Processo civil. Decisão que outorga ou denega efeito suspensivo a agravo de instrumento. Interposição de agravo regimental. Inadmissibilidade. Não conhecimento. Ainda que o Regimento Interno do Tribunal, em seu art. 195, possibilite que as decisões do relator sejam revistas em sede de agravo regimental, todavia, em face do novo regime do agravo, pelo

tratamento específico dado à matéria, descabe tal recurso, consoante, aliás, o pensamento mais consistente da doutrina e da jurisprudência" (TJSC — Ag. Reg. no AI n. 97.000721-3, de Blumenau, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, em 6/3/1997).

"Processual — Agravo regimental — Agravo de instrumento — Efeito suspensivo — Denegação — Irrecorribilidade. Não cabe agravo regimental da decisão do relator que nega efeito suspensivo a agravo de instrumento" (TJSC — Ag. Reg. no AI n. 98.007135-6, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto, em 11/8/1998).

"Agravo de instrumento — Decisão que nega ou concede efeito suspensivo — Irrecorribilidade — Agravo regimental — Descabimento. Em face do advento da Lei n. 9.139/95, a decisão que nega ou concede efeito suspensivo ao agravo de instrumento é irrecorível, não comportando sequer agravo regimental (RITJSC, art. 195)" (TJSC — Ag. Reg. no AI n. 99.019635-6, de Tubarão, rel. Des. Eder Graf, em 30/11/1999).

"Conforme a disciplina ditada para o novo agravo de instrumento (art. 557 e seu parágrafo único), mercê da Lei n. 9.139, de 30/11/95, não é possível interpor outro agravo senão o nominado e diante apenas do despacho que nega seguimento ao recurso. O rito célere agora imposto ao agravo de instrumento repele a possibilidade

de agravo regimental" (TJSC — Ag. Reg. no AI n. 97.011461-3, Des. Alcides Aguiar).

"Agravo regimental em agravo de instrumento. Decisão que nega pedido de efeito suspensivo ao recurso. Não conhecimento. Face ao novo regime do agravo de instrumento, não cabe agravo regimental das decisões concessivas ou denegatórias de efeito suspensivo ao recurso, por ausência de previsão legal" (TJSC — Ag. Reg. no AI n. 00.017856-0, de Lages, rel. Des. Francisco Borges, em 26/10/2000).

Não há como, pois, admitir-se a interposição do agravo regimental contra a decisão que concede ou nega efeito suspensivo a agravo de instrumento.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, não se conhece do agravo regimental.

Participaram do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Eládio Torret Rocha; e, pela Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raulino Jacó Brünning.

Florianópolis, 1º de março de 2001.

Alcides Aguiar,
Presidente com voto;
Jaime Ramos,
Relator.

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.025427-4, DE CANOINHAS

Relator: Des. Jaime Ramos

Agravo nominado (CPC, art. 557, § 1º) — Despacho do relator que nega seguimento a agravo de instrumento por ausência de

peças necessárias — Alegação de desnecessidade — Juntada posterior — Impossibilidade — Competência do relator para o despacho inicial — Desprovemento do agravo.

A competência dos integrantes da Câmara Civil Especial para apreciar, em despacho preliminar, os pressupostos de admissibilidade e o pedido de concessão de efeito suspensivo em agravos de instrumento, consoante a regra do art. 12 e seus parágrafos, do Ato Regimental n. 41/2000, deste Tribunal, não interfere na prevenção estabelecida em favor de outro relator, que será observada com a posterior redistribuição, a ele, do recurso.

Ao agravante compete instruir o agravo com todas as peças obrigatórias (art. 525, I, do CPC), bem como com aquelas necessárias para o conhecimento do pedido recursal, sob pena de negar-se seguimento ao recurso, por falta de um dos pressupostos de admissibilidade.

Não se admite a juntada posterior do documento omitido no traslado anexo à exordial do agravo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo do art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, no Agravo de Instrumento n. 00.025427-4, da comarca de Canoinhas, em que é agravante Olívio Piovesan Fi, sendo agravada Agro Pastoril Novo Horizonte S. A.:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, negar provimento ao agravo.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Olívio Piovesan Fi interpôs agravo de instrumento contra a decisão do Juízo a quo que indeferiu a suspensão do processo da ação de rescisão contratual que lhe move Agro Pastoril Novo Horizonte S.A. para aguardar a sentença da ação de rescisão contratual c/c cobrança de servi-

ços que o agravante move contra Lavrama Racional de Madeiras S.A. Alegou que a suspensão do feito era necessária porque nos contratos firmados entre as partes ficou convencionada a compensação do preço de um trator que o agravante adquiriu da agravada com os valores dos serviços de corte de madeira que prestaria à Lavrama.

O Relator negou seguimento ao agravo de instrumento, sob o entendimento de que, para apreciar o recurso, era necessário examinar os contratos referidos pelo agravante, que não os juntou, embora essenciais à compreensão da controvérsia.

Inconformado com essa decisão do Relator, o agravante interpôs este agravo inominado, seguindo o permissivo do art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil.

Alegou, preliminarmente, a incompetência absoluta do Relator para oficiar no agravo de instrumento, haja vista a prevenção estabelecida, conforme o art. 85 do Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina, e o art. 54 e seus §§ 1º e 4º (com a redação do Ato Regimental n. 22/93), do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em favor do Desembargador Orli Rodrigues, a quem foram distribuídos anteriormente os Agravos ns. 99.001951-9 e 99.006164-7, referentes à mesma causa, de sorte que é nula a decisão monocrática aqui vergastada, nos termos do art. 113, § 2º, do CPC.

No mérito, afirmou que a negativa de seguimento do recurso só poderia ter ocorrido se a peça requisitada fosse obrigatória (art. 525, I, do CPC), mas não na hipótese em que a peça, embora facultativa (art. 525, II), seja considerada essencial, ou seja, necessária à compreensão do recurso, o que poderia acarretar o desprovimento deste, mas nunca a extinção liminar.

Acrescentou que a juntada dos contratos requestados era irrelevante, porque a própria agravada afirmou, na inicial, a existência de contrato em que se convencionou a compensação de valores das parcelas a serem recebidas pela prestação de serviços objeto do contrato que o agravante havia firmado com a Lavrama, contra a qual promove a ação que quer ver solucionada antes da ação de rescisão contratual c/c cobrança que lhe move a agravada.

Por fim, se era impossível instruir o instrumento depois, com a cópia dos contratos, poderia o Relator requisitar informações ao Juiz da causa.

A suspensão do feito até o julgamento da ação promovida pelo agravante é necessária para atender ao princípio da economia, evitando-se atos desnecessários no processo.

Requeru assistência judiciária gratuita.

Não houve retratação da decisão impugnada.

II — Voto

Da decisão que nega seguimento a agravo de instrumento considerado manifestamente inadmissível, improcedente ou prejudicado, ou contrário a súmula ou a jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, cabe agravo inominado, que alguns chamam de “agravinho”, previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, daí por que conheço do recurso.

Todavia, o inconformismo do agravante não merece ser acolhido.

No tocante à alegação de nulidade do despacho monocrático, por incompetência absoluta do Relator para oficiar no agravo de instrumento, diante da prevenção estabelecida em favor de outro julgador que recebeu agravos anteriores, é bem de ver que o art. 85 do Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina preceitua que “A Câmara que conhecer da causa, ou decidir algum de seus incidentes, terá a jurisdição preventiva, na ação e na execução, para todos os recursos posteriores, pensando-se, neste caso, a distribuição”.

De teor assemelhado é a disposição do art. 54, com as exceções de

seus parágrafos, do Regimento Interno deste Tribunal.

Ocorre que, pelo Ato Regimental n. 41/2000, o Sodalício Catarinense instituiu a Câmara Civil Especial, cujos integrantes passaram a ter competência para a prolação do despacho inicial em agravo de instrumento, a fim de apreciar a admissibilidade e os pedidos de efeito suspensivo.

Rezam o art. 12, e seus parágrafos, do mencionado Ato:

“Art. 12. É instituída a Câmara Civil Especial, presidida pelo 2º Vice-Presidente e integrada por mais dois (número depois alterado para três) Juízes de Direito Substitutos de Segundo Grau, designados pelo Presidente do Tribunal.

“§ 1º. Os integrantes da Câmara a que se refere este artigo terão competência para apreciar a admissibilidade e os pedidos de efeito suspensivo em agravos de instrumento de interlocutórias de primeiro grau, bem como julgar os recursos contra decisões de seus membros.

“§ 2º. A distribuição e as decisões proferidas na Câmara Civil Especial não a tornam preventa para o julgamento dos recursos ou pedidos posteriores, tanto na ação, quanto na execução, referentes ao mesmo processo, nos termos do art. 54 do RITJSC, na redação do Ato Regimental n. 22/93.

“§ 3º. Admitido o agravo e apreciado o pedido de efeito suspensivo, a respectiva decisão será encaminhada a publicação e o agravado intimado para a resposta; sendo apresentada ou não esta, os autos serão redistribuídos entre as Câmaras Cíveis e, nestas, entre seus membros.

“§ 4º. Redistribuídos, sendo o caso, serão os autos encaminhados ao órgão do Ministério Público.

“§ 5º Manifestado recurso da decisão a que se refere o parágrafo anterior, proceder-se-á como determinado no Regimento Interno do Tribunal, ou no art. 557 do CPC, conforme o caso”.

Portanto, independentemente da prevenção estabelecida em favor da Câmara Civil pelo CDOJESC e pelo Regimento Interno do Tribunal, por força do Ato Regimental n. 41/2000, cabe ao integrante da Câmara Civil Especial, em despacho preliminar, examinar os pressupostos de admissibilidade do agravo de instrumento, podendo negar-lhe seguimento (conforme o art. 557, caput, do Código de Processo Civil), se algum daqueles não estiver presente, ou apreciar o pedido de atribuição de efeito suspensivo ou ativo, bem como participar do julgamento, pela mesma Câmara, dos recursos que vierem a ser interpostos contra as decisões monocráticas do relator.

Esgotada a função do relator inicial, e expirado o prazo para a resposta ao agravo, os autos serão redistribuídos, agora, então, à Câmara Civil competente, inclusive, se for o caso, àquela que se tenha tornado preventa pelo recebimento anterior de outros recursos sobre o mesmo processo.

Destarte, o reconhecimento da prevenção e a distribuição obrigatória à Câmara preventa são atos posteriores à cognição liminar do agravo de instrumento, que é feita pelos integrantes da Câmara Civil Especial, desde a publicação do Ato Regimental n. 41/2000.

Não se verifica, pois, a incompetência absoluta do Relator inicial. Conseqüentemente, nula não é sua

decisão aqui verberada, eis que inaplicável ao caso a regra do art. 113, § 2º, do Pergaminho Instrumental.

Quanto ao mérito do agravo inominado, observa-se que o Relator negou seguimento ao agravo de instrumento por não ter sido juntada pelo agravante cópia dos contratos pelos quais teria sido convencionada a compensação entre os valores das prestações a que o agravante teria direito, por serviços de corte de madeira que prestaria à empresa Lavrama, com o preço do trator que adquiriu da agravada Agro Pastoril Novo Horizonte S.A.; para aquilatar-se sobre a possibilidade de suspensão da ação de rescisão de contrato promovida pela agravada contra o agravante, para aguardar o julgamento da ação também rescisória que este moveu contra a Lavrama.

É evidente que, sem os instrumentos contratuais, não seria possível verificar se houve ou não a convenção sobre a aludida compensação, não bastando a menção a respeito, feita pelas partes.

Como se disse na decisão monocrática, “é cediço que a disciplina do agravo exige que o recurso seja obrigatoriamente instruído com as peças essenciais (tanto as obrigatórias quanto as necessárias) à compreensão da controvérsia, sem o que não é de ser conhecido o recurso”, como orientou o eminente Des. Nilton Macedo Machado, no AI n. 98.014527-9, de Concórdia, publicado no DJSC de 6/5/1999.

Não há dúvida de que, em face do art. 525 do Código de Processo Civil, o agravo de instrumento será instruído com as peças obrigatórias, que são as “cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e

das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado” (inciso I), e com as peças facultativas, que são aquelas que o agravante “entender úteis” (inciso II).

Todavia, como anotou Theotônio Negrão (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 31ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, págs. 556/557):

“O inciso I especifica as peças obrigatórias. Mas existem, ainda, peças necessárias, a saber, as mencionadas peças obrigatórias e todas aquelas sem as quais não seja possível a correta apreciação da controvérsia; a sua falta, no instrumento, acarreta o não conhecimento do recurso, por instrução deficiente (RT 736/304, JTJ 182/211).

“Finalmente, há também peças úteis ou facultativas (inciso II), que podem ser juntas, a critério do agravante, para facilitar o provimento do agravo e a melhor apreciação das questões suscitadas”.

Outro não é o entendimento de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery (Código de Processo Civil Comentado, 3ª ed., São Paulo, RT, 1997, pág. 768):

“Formação deficiente. Peças facultativas. A juntada das peças facultativas também está a cargo da parte, incumbindo-lhe juntar aquelas que entenda importantes para o deslinde da questão objeto do agravo, ainda que seja documento novo, que não conste dos autos (Bermudes, Reforma, 89). Caso não seja possível ao tribunal compreender a controvérsia, por ausência de peça de juntada facultativa, o agravo não deverá ser co-

nhecido por irregularidade formal (Nery, Recursos, 323)".

Doutra parte, "não mais é dada ao tribunal a faculdade de converter o julgamento em diligência para melhor instruir o agravo, como se previa na redação revogada ao CPC, 557. Alterado este dispositivo sem repetir a possibilidade de conversão em diligência, não mais se admite esse expediente" (Nelson Nery Jr., ob. e pág. cit.).

Nesse sentido, é copiosa a orientação jurisprudencial desta Corte:

"Agravo de instrumento. Ausência da procuração do agravado. Peça obrigatória. Artigo 525, I, do CPC. Não conhecimento.

'A instrução documental do agravo, de acordo com a nova disciplina instituída pela Lei n. 9.139/95, cabe ao próprio agravante, a quem incumbe o dever de vigilância quanto ao correto processamento do recurso, cuidando para que, a par das peças obrigatórias, representadas pelas cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados de ambas as partes, também façam parte do instrumento aquelas consideradas essenciais ao deslinde da questão controvertida a ser examinada pelo Tribunal.

'Faltante qualquer das peças, inviabilizada estará a apreciação do inconformismo' (Des. Eder Graf)" (Agravo de Instrumento n. 98.010774-1, da Capital, relator Des. Nilton Macedo Machado)".

"Agravo. Código de Processo Civil, artigo 557, parágrafo único. Despacho que inadmite agravo de instrumento por instrução deficitária. Não comprovação da tempestividade. Jun-

tada posterior de documento visando a comprovação da tempestividade. Inadmissibilidade.

"A inicial do recurso de agravo de instrumento deve ser, competitivamente, instruída com as peças consideradas pela lei processual civil como obrigatórias e também com aquelas que, muito embora facultativas, mostrem-se imprescindíveis ao desate da questão, pois totalmente inadmissível se faz a juntada posterior de qualquer dessas peças. Sendo peça obrigatória, a certidão de intimação da interlocutória agravada, há que ser acostada à inicial, sob pena de não se poder aquilatar a tempestividade ou não da insurgência. Inexistente nos autos certidão de intimação ou não tendo sido ainda juntado o respectivo AR intimatório, cumpre ao agravante, pena de ver negado prosseguimento ao reclamo, acostar certidão detalhando essa ocorrência" (Agravo no Agravo de Instrumento n. 99.003783-5, de São José, rel. Des. Trindade dos Santos, em 1º/6/1999).

Nem se autoriza a anexação posterior à interposição de qualquer das peças essenciais, consoante a recomendação jurisprudencial desta Corte:

"Agravo de instrumento — Instrução documental deficiente — Juntada posterior — Inadmissibilidade — Seguimento negado — Agravo (art. 557, parágrafo único, do CPC) desprovido.

"A instrução documental deficiente, na hora da protocolização do recurso, não pode conduzir a outro desfecho que não à negativa de seguimento, posto que inadmitida a juntada posterior das peças faltantes" (Agravo no Agravo de Instrumento n. 97.012075-3, da Capital, rel. Des. Eder Graf, em 4/11/1997).

Sobre o particular, também é enfática a doutrina:

“A única oportunidade para a juntada de peças é o momento da interposição do agravo. Não pode o agravante interpor o recurso num dia e juntar as peças em outro, pois já terá havido preclusão consumativa. (...) Faltando um dos requisitos de ordem formal, o agravo não poderá ser conhecido, por falta de pressuposto recursal da regularidade formal” (Nelson Nery Júnior, *Atualidades sobre o Processo Civil*, SP, Ed. RT, 1996, 2ª ed., pág. 155).

O art. 557, caput, do Estatuto Processual, autoriza o relator, em decisão monocrática, a negar seguimento ao recurso, por ser manifestamente inadmissível, haja vista a ausência do pressuposto da regularidade formal, independentemente do pronunciamento da Câmara.

Não exercendo essa faculdade, o relator estará levando ao julgamento

por parte da Câmara recurso inadmissível, o que retardaria a apreciação de inúmeros outros que preenchem os requisitos legais.

As Câmaras, aliás, nem sequer conhecem do agravo malformado.

À vista do exposto, nego provimento ao agravo inominado.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, nega-se provimento ao agravo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Eládio Torret Rocha.

Florianópolis, 29 de março de 2001.

Alcides Aguiar;
Presidente com voto;
Jaime Ramos,
Relator.

AÇÃO RESCISÓRIA

AÇÃO RESCISÓRIA N. 98.002296-7, DA CAPITAL

Relator: Des. Luiz César Medeiros

Ação rescisória — Tempestividade — Início do prazo decenal — Trânsito em julgado do acórdão — Violação à literal dis-

posição de lei — Inexistência — Controvérsia interpretativa — Improcedência da ação.

1. “O prazo decadencial de dois anos para a propositura da ação rescisória tem início na data do trânsito em julgado do acórdão, mesmo que este se limite a proclamar deserto o recurso de apelação, por falta de preparo” (STJ — 6ª Turma, REsp n. 170.636/MG, rel. Min. Vicente Leal, j. 16/6/98, conheceram do recurso, v.u., DJU 17/8/98, pág. 105).

2. “A sentença que dá à lei interpretação divergente da que lhe tenha sido dada pela doutrina ou jurisprudência não pode ser objeto de ação rescisória” (STF — Súmula 343).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 98.002296-7, da comarca da Capital em que são autores Juarez Cidade do Nascimento e Mário Luiz Garcia e réu o representante do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, julgar extinto o processo com base no art. 267, inciso IV, do CPC.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Juarez Cidade do Nascimento e Mário Luiz Garcia ajuizaram ação rescisória contra o representante do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Santa Catarina visando à desconstituição da sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança n. 2395020506.7 por eles impetrado.

Alegam na exordial que são servidores públicos estaduais e tiveram apostilado seus títulos de investidura com os direitos e vantagens de cargos comissionados que exerceram pelo

tempo previsto em lei, incorporando-se assim ao patrimônio jurídico individual dos autores. Afirmam que como servidores do DER, autarquia estadual, percebem a gratificação de produtividade, regida pelas Leis ns. 9.571/94 e 9.184/93, as quais facultam o pagamento da gratificação de produtividade sobre o vencimento do cargo efetivo ou do cargo comissionado exercido pelos servidores. Em virtude de perceberem referida gratificação com base somente no cargo efetivo impetraram mandado de segurança visando à percepção da gratificação sobre o valor agregado em decorrência do exercício de cargo em comissão. Denegada a segurança, os impetrantes apelaram, entretanto o reclamo não restou conhecido em razão do preparo extemporâneo (fls. 179/181), transitando em julgado o acórdão (fl. 182) e, conseqüentemente, a sentença que denegou a segurança.

Regularmente citado, o Departamento de Estradas de Rodagem de Santa Catarina — DER contestou o feito, pugnando pela improcedência da ação, sob a fundamentação de que a gratificação de produtividade incide somente sobre o cargo efetivo, uma vez que a incorporação de vencimento

de cargo em comissão por servidor efetivo apresenta-se como ofensiva ao princípio da isonomia.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do doutor Kurt Ernesto Hammerschmidt, opinou pelo não conhecimento da presente ação rescisória uma vez que extemporânea e, se este não for o entendimento adotado, pela procedência da ação para que, rescindida a sentença, conceda-se aos autores o direito reclamado.

II — Voto

1. Primeiramente mister se faz analisar a tempestividade da presente ação.

Extraí-se do feito que os autores foram intimados da sentença em data de 21/7/95, conforme certidão constante à fl. 126.

Irresignados com o teor do decisório interpuseram recurso de apelação que, submetido a julgamento, restou não conhecido em razão do preparo ter sido efetuado fora do prazo legal, conforme cópia do acórdão juntada às fls. 179/181, decisão que transitou em julgado na data de 16/4/96, conforme certidão de fl. 182.

Conforme entendimento iterativo dos tribunais pátrios, o prazo para ajuizar ação rescisória é decadencial, portanto, não se interrompe, não se suspende e inicia com o trânsito em julgado da decisão final.

In casu, o dies a quo do prazo decadencial para a propositura da ação rescisória é a data do trânsito em julgado do acórdão e não a data em que a sentença foi publicada, pois, em que pese o não conhecimento do recurso, por extemporâneo, a sentença somente se tornou definitiva após o

decurso do prazo recursal, contado a partir da decisão do Órgão Colegiado.

Corroborando este entendimento traz-se à colação os seguintes julgados:

“O prazo decadencial de dois anos para a propositura da ação rescisória tem início na data do trânsito em julgado do acórdão, mesmo que este se limite a proclamar deserto o recurso de apelação, por falta de preparo” (STJ — 6ª Turma, REsp n. 170.636/MG, rel. Min. Vicente Leal, j. 16/6/98, conheceram do recurso, v.u., DJU 17/8/98, pág. 105).

“O prazo de dois anos conta-se do trânsito em julgado. Tal não se verifica pendendo recurso, cabível e tempestivamente ofertado. Não faz retrotrair aquele termo a circunstância de haver sido julgado deserto. O termo a quo coincidirá com o momento em que se exaurir o prazo para impugnar o provimento que reconheceu a deserção” (STJ — 3ª Turma, REsp n. 5.722/MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 22/10/91, deram provimento, v.u., DJU 25/11/91, pág. 17.070).

Assim, afasta-se a prejudicial de intempestividade.

2. No tocante ao cabimento da presente ação, entretanto, melhor sorte não assiste aos autores, uma vez que a sentença analisou corretamente o feito, não violando literal disposição de lei, apenas seguiu uma corrente de interpretação amplamente aceita e, diga-se de passagem, majoritária dos tribunais pátrios, no sentido de que a gratificação de produtividade não incide sobre o valor agregado em virtude do exercício de cargo em comissão e, tão-somente, sobre o valor do cargo efetivo.

Convém ressaltar que o nó górdio da presente ação rescisória diz respeito à incidência da gratificação de produtividade sobre o valor agregado ao vencimento dos autores em decorrência do exercício de cargo comissionado. É matéria por demais conhecida dos tribunais e geradora de controvérsias, originando diversas correntes de interpretação dos preceitos constantes nas leis instituidoras da referida gratificação e até mesmo acerca dos termos vencimento e vencimentos.

Com efeito, traz-se a lume julgados desta egrégia Casa de Justiça, prolatados no ano próximo passado (2000) versando sobre o tema em análise e com decisões em sentidos opostos. Vejamos:

“Mandado de segurança — Gratificação de produtividade — Pretensão à incidência sobre o valor incorporado, este decorrente de exercício de cargo em confiança — impossibilidade — Ausência de direito líquido e certo — Segurança denegada.

‘A partir de nova reflexão sobre questões que envolvem o tema objeto desta e de outras ações mandamentais de idêntico ou semelhante teor, decidiu-se acatar entendimento da colenda Suprema Corte, não se permitindo o aumento de estipêndios com base no instituto da agregação, por não se vislumbrar, na hipótese, direito adquirido, bem assim, face a caracterização de confronto com o enunciado sumular n. 339 do mesmo Excelso Pretório’ (MS n. 96.005046-9, da Capital, rel. Des. Carlos Prudêncio)” (Mandado de Segurança n. 88.088321-2 (9.618), da Capital, rel. Des. Orli Rodrigues, julgado em 14/3/2000)

“Mandado de segurança — Servidor do DER detentor de estabilidade financeira (art. 90 da Lei n. 6.745/85) — gratificação de produtividade — Lei n. 9.184/93 — Incidência, também, sobre a parcela correspondente à agregação — segurança denegada — Sentença reformada — Recurso provido.

‘—A estabilidade financeira faz com que a diferença entre os vencimentos do cargo comissionado e os do efetivo integre o vencimento do servidor para todos os efeitos legais, razão pela qual sobre este incide a Gratificação de Produtividade a que se referem as Leis ns. 9.751/94 e 9.907/95’ (MS n. 10.206, da Capital)” (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 99.021541-5, da Capital, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, julgado em 11/4/2000).

Desta feita, sendo a matéria discutida na presente demanda hoje pacificada, mas à época controvertida, o fato de o Magistrado, na sentença, filiar-se a uma das correntes doutrinárias ou jurisprudenciais existentes acerca do tema não dá ensejo à propositura de ação rescisória com fundamento no inciso V do art. 485 do CPC, ou seja, violação literal de lei, pois não há que se falar em violação de lei e simplesmente em decidir com apoio em forte corrente jurisprudencial.

Este, aliás, é o entendimento adotado integralmente pelo conspícuo Supremo Tribunal Federal, estando inclusive sumulado:

“A sentença que dá à lei interpretação divergente da que lhe tenha sido dada pela doutrina ou jurisprudência não pode ser objeto de ação rescisória” (Súmula 343).

Nesse sentido, colhe-se das precisas lições de Cândido Rangel Dinamarco que:

“A força que tenha a tomada de posição do juiz, ou que tenham as repetidas decisões coincidentes e (tanto maior quanto mais elevado for o órgão jurisdicional), é mera influência ‘moderada’, ou seja, influência que não chega a caracterizar-se como poder. Decisões que contrariem a jurisprudência não são ilegítimas por essa razão e não comete desvio de poder o juiz que as profere. O Supremo Tribunal Federal chegou inclusive a proclamar essa liberdade dos juízos inferiores e outros tribunais, o que fez em dois importantes enunciados de sua Súmula. Em primeiro lugar, disse que não constitui violação à literal disposição de lei a opção por uma entre duas ou várias interpretações que o texto legal vier recebendo na jurisprudência: o Supremo Tribunal tem por juridicamente impossível a demanda rescisória nesse caso, com o que afirma a liberdade de julgar de modo divergente da corrente dominante. Está também assentado que não ‘nega vigência’ à lei a sua interpretação razoável, ‘ainda que não seja a melhor’. Por mais que a jurisprudência influa os julgamentos inferiores, portanto, a sua infringência não é assim rigorosamente hostilizada pelos próprios tribunais” (Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, 2ª ed., São Paulo: RT, 1990, págs. 156/157).

Do colendo Supremo Tribunal Federal colhe-se que:

“Ação rescisória.

“Se, ao tempo em que foi prolatada a decisão rescindenda, era controvertida a interpretação do texto legal por ela aplicado, não se configura a violação literal a dispositivo de lei,

para justificar sua rescisão (artigo 485, V, do CPC), ainda que a jurisprudência do STF venha, posteriormente, a fixar-se em sentido contrário. É essa, aliás, a orientação seguida na Súmula 343. Recurso extraordinário não conhecido” (STF – RE n. 89824/SP, Ministro Moreira Alves, RTJ 91/312).

“Ação rescisória proposta contra julgado, fundada em violação de literal disposição de lei, para restabelecer o entendimento do Tribunal de Justiça.

“À época da decisão, era controvertida a interpretação do texto legal invocado, vindo, posteriormente, a se fixar em sentido contrário; entretanto, em tais casos, aplica-se a jurisprudência desta Corte, segundo a qual ‘não cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais’ (Súmula 343), ainda que a jurisprudência do STF venha, posteriormente, a fixar-se em sentido contrário” (STF — RE n. 89.924-SP, rel. Min. Moreira Alves, in RTJ 91/312).

Ação julgada improcedente” (AR n. 1326/RJ, Ministro Maurício Correa, DJU 6/6/97, pág. 24.867).

Do Superior Tribunal de Justiça extrai-se que:

“Não tendo a Turma Julgadora examinado frontalmente a constitucionalidade de lei, mas atendo-se ao aspecto da legalidade, como era de sua competência, restaria indagar sobre se o texto legal era de interpretação controvertida nos tribunais.

“Evidenciada a controvérsia, à época dos fatos, apesar de a jurisprudência posteriormente se ter inclinado na direção das pretensões do autor —

legitimidade da cobrança do tributo — não cabe ação rescisória” (STJ — AR n. 380/SP, Min. Hélio Mosimann, DJU 4/9/1995, pág. 27.792).

Deste egrégio Tribunal, destaca-se:

“Ação rescisória — Violação à literal disposição de lei (CC, art. 945, § 1º) e erro de fato — Inocorrência — Pedido improcedente.

“A ofensa à literal disposição de lei que justifica a rescisória deve se traduzir em ‘estridente contrariedade ao dispositivo’ (STF, RTJ 120/978), não servindo eventual injustiça no decisor ou má apreciação da prova.

“Eventual controvérsia na interpretação de lei não enseja a rescisória (STF — Súmula 343)” (Ação Rescisória n. 97.000856-2, de Blumenau, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 19/10/98).

“Ação Rescisória. Ofensa à literal disposição de lei. Incoerência. Texto legal de interpretação controvertida nos tribunais. Improcedência” (Ação Rescisória n. 687, de Santa Cecília, rel. Des. Nestor Silveira).

Diante de todo o exposto, verifica-se que não há, no caso em exame, vi-

olação à literal disposição de lei que justifique a rescisão do julgado, tendo em vista que há divergências interpretativas a respeito das normas aplicáveis, fato este que, por si só, não autoriza a rescisão da sentença, conforme já demonstrado.

Fixo a verba honorária em R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais).

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, não conheceram da presente ação rescisória.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Kurt Ernesto Hammerschmidt.

Florianópolis, 22 de março de 2001.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente com voto;
Luiz César Medeiros,
Relator.

EMBARGOS INFRINGENTES

EMBARGOS INFRINGENTES N. 97.015318-0, DE SÃO MIGUEL DO OESTE

Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento

*Embargos infringentes — Lei de imprensa — Dano moral —
Ofensa à honra — Responsabilidade civil do autor da nota publica-*

da — Matéria paga — Legitimidade passiva — Improvimento.

“São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação” (Súmula 221 do STJ).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 97.015318-0, da comarca de São Miguel do Oeste, em que é embargante Ouvídio Nelson Bortolotti e embargado Jorge Castelli:

ACORDAM, em Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Ouvídio Nelson Bortolotti, já qualificado nos autos da Apelação Cível n. 51.716, interpôs embargos infringentes, pois inconformado com a respeitável decisão, não unânime (fls. 149/161), da Segunda Câmara Civil, que deu provimento ao recurso.

O ilustre Relator votou pelo afastamento da preliminar de ilegitimidade passiva e conhecimento do mérito da causa pelo Magistrado.

Por maioria de votos, entendeu-se que o autor da matéria publicada é parte legítima para figurar no pólo passivo da relação processual, podendo ser responsabilizado pelos danos morais.

O embargante fundamentou seu pedido no voto divergente do Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello, bem como nos arts. 530 e segs. do Códex Instrumental.

O voto divergente é pelo afastamento do autor da matéria do pólo passivo da demanda, devendo a empresa jornalística responder civilmente pela emissão de ofensas à honra veiculadas por ela, já que é exploradora do meio de informação.

Pretende que prevaleça o voto divergente. Requereu o provimento dos presentes embargos com a reforma do acórdão embargado.

Não houve impugnação.

É o relatório.

II — Voto

Ouvídio Nelson Bortolotti, inconformado com a decisão colegiada de fls. 149/161, interpôs embargos infringentes, fundamentando sua pretensão na declaração do voto vencido (fl. 162).

O presente recurso é cabível quando não for unânime o julgado proferido em apelação (art. 530 do CPC). É o caso dos autos, pois o recurso foi provido por maioria de votos.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Newton Triotto. Decidiu a colenda Câmara que o autor da nota publicada no jornal, ofensiva à honra alheia, é civilmente responsável pelos danos morais causados, sendo parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda.

Deu-se provimento ao recurso, afastando a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam argüida, devendo o Magistrado a quo conhecer o mérito da causa.

O embargante pretende a reforma da decisão colegiada, nos termos do voto vencido do Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello. Ao declarar o voto vencido, argumentou, a teor do art. 50 da Lei n. 5.250/67, ser a empresa jornalística civilmente responsável pela emissão de ofensas à honra veiculadas por ela. Acrescentou ser o autor do escrito parte ilegítima para figurar como réu.

Entende o embargante ter a empresa exploradora do veículo de divulgação legitimidade passiva ad causam, acompanhando o entendimento lançado na declaração de voto vencido.

A divergência cinge-se na possibilidade ou não do autor da nota publicada no jornal figurar no pólo passivo da ação de indenização por dano moral movida pelo ofendido.

Como destacou o relator, efetivamente, existia controvérsia a respeito da responsabilidade civil por dano moral, causado em razão de matéria publicada em empresas que veiculam notícias.

Em razão dessa controvérsia, o Superior Tribunal de Justiça, objetivando unificar jurisprudência de suas Turmas, assentou:

“Civil. Responsabilidade civil. Lei de imprensa. Matéria paga. Ofensa à honra. Dano moral. Legitimidade passiva. Autor da matéria. Orientação da Segunda Seção. Verbete 221 da Súmula/STJ. Recurso especial. Fundamentação deficiente. Enunciado

284 da Súmula/STF. Recurso desacolinado.

“I — Ao unificar a jurisprudência das suas Turmas, a Segunda Seção deste Tribunal firmou entendimento no sentido de que todos aqueles que concorrem para o ato lesivo, decorrente da veiculação de notícia na imprensa, ainda que paga, podem integrar o pólo passivo da ação de responsabilidade civil ajuizada pelo ofendido (...)” (REsp n. 171262/RS, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

A decisão colegiada é datada de 26 de junho de 1997, entretanto, dois anos após, o STJ pacificou o assunto, com a edição da Súmula 221, publicada em 26 de maio de 1999:

“São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação”.

Portanto, indubitável que tanto o autor da matéria quanto a empresa que a veiculou são civilmente responsáveis.

O embargado, ao deflagrar a ação indenizatória contra o embargante, fê-lo por opção, à vista das alternativas existentes: contra o autor da matéria, contra a empresa jornalística ou contra ambos.

Conclui-se, pois, que o embargante, autor da matéria ofensiva, é parte legítima para figurar no pólo passivo da relação processual, na ação de indenização que lhe move o embargado.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, nega-se provimento aos embargos.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Carlos Prudêncio, Orli Rodrigues, Mazoni Ferreira, Vanderlei Romer, Ruy Pedro Schneider, Sérgio Roberto Baasch Luz.

Florianópolis, 14 de fevereiro de 2001.

Anselmo Cerello,
Presidente com voto;
Wilson Augusto do Nascimento,
Relator.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.018421-7, DA CAPITAL

Relator: Des. Jaime Ramos

Embargos de declaração. Agravo inominado (CPC, art. 557, § 1º) — Despacho do relator que nega seguimento a agravo de instrumento manifestamente improcedente e contrário à jurisprudência dominante — Inscrição em cadastros de restrição ao crédito (Serasa e SPC) — Recurso desprovido — Alegação de falta de pressupostos para tutela antecipada e ofensa a texto legal — Inocorrência — Prequestionamento não analisado — Omissão verificada — Embargos admitidos, mas rejeitados.

É omissa o acórdão que deixa de analisar o prequestionamento de alegada violação de lei ou da Constituição.

Por economia processual, seguindo a finalidade instrumental do processo, o impedimento à inscrição de dívida sub judice, em cadastro de restrição ao crédito, pode ser determinado tanto em medida cautelar assecuratória do resultado prático da ação principal, ainda que nos próprios autos desta, como pela antecipação do provimento de pedido mediato específico.

Constitui exercício regular de direito a inscrição do devedor inadimplente em órgãos de proteção/restrição ao crédito, como autorizam o art. 5º, LXXII, da Constituição Federal de 1988, o art. 43 e seus parágrafos, do Código de Defesa do Consumidor, o art. 160, inciso I, do Código Civil, e os arts. 1º a 4º da Lei n. 9.507, de 12/11/97, desde que a dívida seja líquida, certa e exigível, posto que a inscrição há de conter dados objetivos, claros e verdadeiros (CDC, art. 43, § 1º).

Se o quantum do débito não é líquido, porque está sendo discutido em ação judicial, em que se demonstra a plausibilidade do direito à revisão contratual, ainda que parcial, cabe obstar o cadastro do devedor em órgãos de restrição ao crédito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração em Agravo do art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, interposto no Agravo de Instrumento n. 00.018421-7, da comarca da Capital, em que é embargante Banco Itaú S. A., sendo embargados José Luiz Barbosa Netto e Maribel Gallo Netto:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, rejeitar os embargos declaratórios.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Banco Itaú S. A. interpôs agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, da decisão do Juízo a quo que, em ação de consignação em pagamento c/c declaratória que lhe movem José Luiz Barbosa Netto e Maribel Gallo Netto, deferiu tutela antecipada para obstar a inclusão do nome dos autores nos cadastros de proteção ao crédito. Alegou que os agravados continuam inadimplentes, sendo possível a inscrição de seus

nomes nos referidos cadastros, nos termos dos arts. 5º, LXXII, da CF/88, 43 e parágrafos, do CDC, e 160, I, do Código Civil; que não é possível a concessão de tutela antecipada em ação declaratória, até porque não se encontram presentes os pressupostos do art. 273 do CPC.

Ao proferir o despacho preliminar do agravo, o relator houve por bem, com base no art. 557, caput, do Código de Processo Civil, negar seguimento ao recurso, por ser este manifestamente improcedente, dado o seu confronto com a jurisprudência dominante neste Tribunal e no Superior Tribunal de Justiça.

Inconformado com tal despacho, o agravante manejou o agravo inominado de que trata o § 1º do citado dispositivo processual, repisando os argumentos anteriores, porém a tal recurso foi negado provimento, por decisão unânime desta Câmara, ao entendimento de que não cabe a inscrição do nome do devedor em qualquer dos órgãos de proteção/restrição ao crédito quando a dívida encontra-se em discussão judicial para apuração de seu quantum.

Contra o respectivo acórdão, o agravante opôs embargos de declaração, alegando que, por omissão, não foram apreciados pelo decisum embargado três aspectos: 1) ausência dos pressupostos para concessão da tutela antecipada, nos termos do art. 273 e seus incisos, do CPC; 2) o embargante, ao proceder à comunicação aos órgãos de proteção ao crédito, fê-lo amparado nos arts. 5º, LXXII, da CF/88, 160, I, do CC, e 43 do Codecon; 3) a possibilidade de anotação no Serasa à luz da Lei n. 9.507, de 12/11/1997, que regulamenta o habeas data.

II — Voto

Realmente houve omissão do julgador no tocante ao prequestionamento feito já desde a petição inicial do agravo de instrumento acerca das regras contidas nos arts. 273 e incisos, do Código de Processo Civil, 5º, LXXII, da Constituição Federal, 160, inciso I, do Código Civil, e art. 43 e parágrafos, do Código de Defesa do Consumidor, posto que a eles não fez qualquer referência.

O Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 98, entendendo que “embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”.

Examinem-se, portanto, as questões postas no recurso, principalmente para o efeito de considerar-se o prequestionamento em eventuais recursos que sobrevierem:

1ª) Violação do art. 273 e seus incisos, do Código de Processo Civil,

por ausência dos pressupostos para concessão da tutela antecipada:

Reza o mencionado dispositivo:

“Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

“I — haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

“II — fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”.

O agravo de instrumento verbera a decisão do Juízo a quo, que concedeu tutela antecipada, ao entendimento de que “não há como antecipar o que não foi objeto de pedido inicial, sob pena de conferir à tutela antecipada caráter cautelar que não possui”; e de que para a antecipação da tutela é necessário prova inequívoca e verossímil do direito a ser antecipado, não se confundindo com o *fumus boni iuris* suficiente para as medidas cautelares, devendo-se considerar que o agravado permanece inadimplente, o que autoriza sua inscrição nos órgãos de proteção ao crédito.

É evidente que, consoante a regra do art. 273, caput, do Código de Processo Civil, só se antecipa, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial. Dessa sorte, a tutela antecipada não é medida judicial adequada para obter a exclusão do nome do devedor dos órgãos de proteção/restrrição ao crédito, se o pedido final não contempla essa providência jurisdicional de caráter eminentemente cautelar, pois é

necessário que o autor haja feito pedido mediato para ganhar, na sentença final, o provimento jurisdicional daquilo que pretende seja-lhe antecipado. Vale dizer, o pleito de tutela antecipada há de coincidir com um dos pedidos mediatos da ação.

Nesse sentido, tem-se julgado:

“O magistrado não pode antecipar tutela que a própria sentença não outorgará, porque estranha ao pedido formulado na ação” (RT 737/365).

Ocorre que, na petição inicial da ação de consignação em pagamento c/c declaratória, os autores deixaram muito bem claro o seguinte pedido mediato (a ser acolhido ou rejeitado na sentença):

“f) seja concedida a tutela antecipatória (art. 273 do CPC) ou a concessão de liminar através do poder geral de cautelar (art. 798 do CPC), evitando que o banco requerido lance o nome dos autores junto aos órgãos de restrição de crédito (SPC e Sersa) e que seja a antecipação de tutela ou liminar ao final do julgamento confirmada”.

Significa, portanto, que um dos pedidos mediatos dos autores é que seja confirmado o impedimento de lançar o débito nos órgãos de restrição ao crédito, de sorte a autorizar o Magistrado a antecipar o provimento jurisdicional correspondente.

No tocante à utilização do pedido de tutela antecipada no lugar de medida cautelar, nos próprios autos da ação principal, é de se considerar que, após um período inicial de completa rejeição do pedido de tutela antecipada formulado em ação principal, ainda que o respectivo mérito não alcance a correspondente medida asse-

curatória, toma corpo nesta Corte, agora, o abrandamento do rigor da técnica processual, com base na orientação consentânea da doutrina pela admissão do pedido, independentemente da denominação que se lhe dê, ainda que como medida cautelar incidental, nos próprios autos da ação, como providência de economia processual inspirada na finalidade instrumental do processo, para evitar-se um novo feito e o trabalho redobrado de todos os participantes dele, principalmente no caso específico em que o devedor só pleiteia a exclusão de seu nome do cadastro de inadimplentes nos órgãos de proteção ao crédito, sem qualquer prejuízo ao credor, para poder discutir o quantum de sua dívida, em face de suas alegações de irregularidades contratuais.

Em adotando as lições do insigne Humberto Theodoro Júnior, o eminente Des. Sérgio Paladino, da 3ª Câmara Civil, tem sido arauto dessa nova orientação processual, em inúmeros agravos de instrumento de que tem sido relator, dentre os quais o de n. 99.017437-9, de Sombrio, que teve votação unânime, julgado em 13/6/2000, com a seguinte ementa:

“Agravos de instrumento. Ação ordinária. Pedido de tutela antecipada. Indeferimento pelo magistrado. Possibilidade de adequação do pedido. Recurso parcialmente provido.

‘Não se deve, portanto, indeferir tutela antecipada simplesmente porque a providência postulada se confundiria com medida cautelar, ou rigorosamente, não se incluiria, de forma direta, no âmbito do mérito da causa. Havendo evidente risco de dano grave e de difícil reparação, que pos-

sa realmente comprometer a efetividade da futura prestação jurisdicional, não cometerá pecado algum o decisório que admitir, na liminar do art. 273 do CPC, providências preventivas que, com maior rigor, deveriam ser tratadas como cautelares. Mesmo porque as exigências para o deferimento da tutela antecipada são maiores do que as da tutela cautelar.

‘O que não se pode tolerar é a manobra inversa, ou seja, transmutar medida antecipatória em medida cautelar, para alcançar a tutela preventiva, sem observar os rigores dos pressupostos específicos da antecipação das providências satisfativas do direito subjetivo em litígio’ (Theodoro Júnior, Humberto, *Processo Cautelar*, 18ª ed. rev. e atual., São Paulo, Leud, 1999, pág. 422).

“Discussão judicial do débito. Circunstância que impossibilita a inscrição do nome dos devedores nos cadastros das instituições de proteção ao crédito.

“A discussão judicial do débito impossibilita a inscrição do nome do devedor nos cadastros das instituições de proteção ao crédito”.

Há quem entenda, inclusive, que o impedimento da inscrição do nome do devedor em cadastros de proteção/restricção ao crédito constitui motivo para a antecipação de tutela jurisdicional ao invés de medida cautelar:

“Através da antecipação de tutela pode ser determinado à instituição financeira que se abstenha de encaminhar o nome de mutuário ou consumidor a registro nos órgãos de proteção ao crédito” (TJSC — AI n.

99.004730-0, de Itajaí, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, em 6/4/2000).

“O resultado útil do processo, por vezes, pode ser assegurado pela simples antecipação de alguns dos efeitos futuros do provimento final, sem que esteja se desvirtuando a finalidade do instituto, preferível à cautelar, até por questões de economia processual, sem risco de lesão irreparável ao requerido, desde que sopesados criteriosamente os requisitos e se constate inequivocamente estarem presentes” (AI n. 99.001570-0, de Imbituba, rel. Des. Francisco Borges, publicado no DJ de 28/5/99, deste relator; idem AI n. 99.010157-6, de São Bento do Sul, 4ª Câm. Civ., em 12/8/1999).

O ilustre Des. Carlos Prudêncio, da 1ª Câm. Civ., inclusive, adota o entendimento de que, “partindo-se da premissa de que o processo tem natureza instrumental, é questão de ordem meramente acadêmica saber se a medida postulada initio litis vai ser deferida como tutela antecipada ou como medida cautelar (TARGS)” (AI n. 96.010795-9, de Caçador, julgado em 16/6/1998).

Mais do que *fumus boni juris*, o pedido inicial conta com o requisito da verossimilhança das alegações da parte ativa, conforme exige o caput do art. 273 do Pergaminho Instrumental, porque a ação investe contra estipulações contratuais, algumas das quais reconhecidamente inválidas, como a capitalização mensal de juros, que é proibida pelo art. 4º do Decreto n. 22.626/33; a cobrança de juros compensatórios acima de 12% ao ano, que este Tribunal reconhece ser vedada pelo art. 192, § 3º, da Constituição

Federal de 1988, ainda que tal dispositivo dependa de regulamentação por lei complementar, como venho entendendo, ainda; e a adoção dos índices da TR (Taxa Referencial) para correção monetária dos débitos, que também seria impraticável, consoante as decisões mais recentes desta Corte, não obstante meu posicionamento um tanto divergente, quando o índice vem estipulado em contrato.

Presente, doutra parte, o pressuposto do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, haja vista que, inscrito em qualquer banco de dados, o devedor fica impedido de obter novos financiamentos, e, quando empresário, de comprar mercadorias a prazo, podendo ser levado à bancarrota.

2ª) Violação dos arts. 5º, LXXII, da CF, 160, I, do CC, 43 do Codecon, e arts. 1º a 4º, da Lei n. 9.507/97:

Rezam mencionados dispositivos:

Art. 5º, inciso LXXII, da Carta Magna:

“LXXII — conceder-se-á habeas data:

“a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

“b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

Art. 160, inciso I, do Código Civil:

“Art. 160. Não constituem atos ilícitos:

“I — os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”.

Art. 43 e parágrafos do Codecon (Lei n. 8.078/90):

“Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

“§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

“§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

“§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

“§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

“§ 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo

acesso ao crédito junto aos fornecedores”.

Lei n. 9.507, de 12/11/1997:

“Art. 1º (vetado)

“Parágrafo único. Considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações.

“Art. 2º O requerimento será apresentado ao órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados e será deferido ou indeferido no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

“Parágrafo único. A decisão será comunicada ao requerente em 24 (vinte e quatro) horas.

“Art. 3º Ao deferir o pedido, o depositário do registro ou do banco de dados marcará dia e hora para que o requerente tome conhecimento das informações.

“Art. 4º Constatada a inexatidão de qualquer dado a seu respeito, o interessado, em petição acompanhada de documentos comprobatórios, poderá requerer sua retificação.

“§ 1º Feita a retificação em, no máximo, 10 (dez) dias após a entrada do requerimento, a entidade ou órgão depositário do registro ou da informação dará ciência ao interessado.

“§ 2º Ainda que não se constate a inexatidão do dado, se o interessado apresentar explicação ou contestação sobre o mesmo, justificando possível pendência sobre o fato objeto do dado, tal explicação será anotada no cadastro do interessado”.

Todas essas disposições constitucionais e legais, sob a devida interpretação sistemática, levam à nítida conclusão de que constitui exercício regular de um direito a inscrição, por parte dos bancos, dos nomes de seus devedores inadimplentes nos bancos de dados criados para a proteção/restrrição ao crédito, como os do Serasa, do SPC, do Cadin etc.

Contudo, esses cadastros não de conter dados objetivos, claros e verdadeiros, comportando retificação ou exclusão toda inexatidão que houver, sob pena de caber ao interessado até mesmo a impetração de habeas data, se não quiser lançar mão da via judicial ou administrativa, por processo sigiloso ou não, como expressamente autoriza o art. 7º da antes citada Lei n. 9.507/97:

“Art. 7º Conceder-se-á habeas data:

“I — para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

“II — para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

“III — para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mais justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável”.

Significa, portanto, que a inscrição do nome do devedor inadimplente só poderá versar sobre dívida líquida, certa e exigível, ou seja, a respeito de dados verdadeiros e consolidados,

que não mais comportem discussão ou contestação.

Dessa forma, quando a liquidez do débito estiver em discussão judicial, para decisão sobre o quantum devido, não cabe ao banco cadastrar o devedor em qualquer dos órgãos restritivos de créditos, porque a exatidão dos dados encontra-se contestada judicialmente, incidindo a regra do art. 7º, incisos II e III, da Lei n. 9.507/97, que regulamenta o art. 5º, inciso LXXII, da Constituição da República.

Daí que o Sodalício Catarinense, após inicial tergiversação, acompanhando a orientação do Superior Tribunal de Justiça, acabou consolidando o entendimento agora dominante no sentido da impossibilidade de as instituições financeiras se utilizarem dos bancos de dados considerados públicos para cadastrar os nomes de seus clientes inadimplentes quando a dívida está sendo discutida em ação judicial, em que se demonstra a plausibilidade do direito à revisão, ainda que parcial, do contrato, cabendo, assim, obstar a inscrição ou excluí-la, se já tiver sido feita:

“A discussão judicial do débito impossibilita a inscrição do nome do devedor nos cadastros das instituições de proteção ao crédito” (AI n. 99.017437-9, de Sombrio, rel. Des. Sérgio Paladino).

“Estando em discussão o montante do débito, cabível é a proibição de inscrição do nome da parte no Serasa ou em qualquer outro órgão de proteção ao crédito” (AI n. 99.001619-6, da Capital, rel. Des. Silveira Lenzi).

No Superior Tribunal de Justiça:

“É razoável decisão que obsta o credor de anotar o nome do devedor em cadastro de inadimplentes enquanto a ação tramita, pois a proibição repõe a igualdade processual, afastando da parte mecanismo de pressão que pode levar à injustiça” (STJ, 3ª Turma, AI n. 0186139285-RS, rel. Min. César Asfor Rocha, j. 28/5/97)” (apud AI n. 98.016963-1, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

“Constitui constrangimento ilegal e ameaça, vedados pela Lei n. 8.078, de 11/9/90, o registro do nome do consumidor em cadastros de proteção ao crédito quando o montante da dívida ainda é objeto de discussão em Juízo” (REsp n. 170.281-SC, rel. Min. Eduardo Ribeiro, em 24/6/1998).

“Discutindo-se o serviço da dívida de vários contratos, mostra-se razoável determinar a evitação do protesto de cambiais e proibição de inscrição no SPC, Serasa, Cadin e outros. A inscrição nos cadastros de maus pagadores no período em que se debate justamente o quantum assume caráter aflitivo e perfeitamente dispensável, o mesmo acontecendo com o protesto, em face de nódoa que representa a negativação” (AI n. 139.278-RS, 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, em 28/5/1997).

E por aí afora.

Não tendo havido violação alguma a qualquer norma legal ou constitucional, a omissão contida no acórdão ora declarando não autoriza o acolhimento dos embargos declaratórios.

Em consequência, voto pela rejeição deles.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, rejeitam-se os embargos de declaração.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Eládio Torret Rocha.

Florianópolis, 22 de fevereiro de 2001.

Alcides Aguiar,
Presidente com voto;
Jaime Ramos,
Relator.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

HABEAS CORPUS

HABEAS CORPUS N. 00.002434-1, DE TIMBÓ

Relator: Des. Alberto Costa

Habeas corpus — *Prisão em flagrante* — *Impetração visando à devolução do status libertatis do paciente* — *Alegação de ocorrência de constrangimento ilegal, em virtude de ser desnecessária a prisão, por tratar-se de primário, de bons antecedentes, com profissão definida e residência fixa; ocorrer excesso de prazo na formação da culpa; e porque o sistema penitenciário não auxilia na recuperação dos presos* — *Alegações improcedentes* — *Ordem denegada.*

— *O fato de que o paciente possa, em tese, ser primário, de bons antecedentes, com profissão definida e residência fixa, não constitui empecilho à sua segregação provisória quando em jogo os superiores interesses da justiça, dentre os quais sobressai o de acautelar o meio social contra a criminalidade.*

— *Estando o processo crime na fase do artigo 499 do Código de Processo Penal, não há falar em excesso de prazo na formação da culpa.*

— *Embora precário o sistema penitenciário atual, tal fato não é motivo suficiente para colocar-se em liberdade aqueles que transgridem as normas penais vigentes, cujos comportamentos são contrários aos bons costumes e à convivência social, ainda mais quando a prisão preventiva é decretada para a conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal, em face de o paciente não possuir ligação com o distrito da culpa.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 00.002434-1, da comarca de Timbó (1ª Vara), em que é impetrante o Dr. Arno Roberto Andreatta e paciente Rodrigo Rockenbach:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, denegar a ordem.

Trata-se de ordem de habeas corpus, com pedido liminar, impetrada em favor de Rodrigo Rockenbach, recolhido à cadeia pública de Timbó, em decorrência de prisão em flagrante homologada pelo Juízo da 1ª Vara daquela Comarca, perante o qual o paciente foi denunciado como incurso nas sanções dos artigos 299, 304 e 171, caput, c/c o artigo 14, inciso II, todos do Código Penal.

O impetrante objetiva a devolução do status libertatis do paciente, sob o argumento de estar sofrendo constrangimento ilegal, por ocorrer excesso de prazo na formação da culpa; ser desnecessária a prisão, ante a ausência dos requisitos estampados no artigo 312 do Código de Processo Penal, eis que primário, de bons antecedentes, com profissão definida e residência fixa; e em virtude do sistema penitenciário não auxiliar na recuperação dos presos.

A liminar foi denegada à fl. 64.

Solicitadas as informações, a autoridade judiciária apontada como coatora esclarece que o paciente foi denunciado como co-autor na prática dos crimes de falsidade ideológica, uso de documento falso, em continuidade delitiva, e estelionato na forma tentada, sendo a exordial acusatória

recebida em 28/1/2000 e o paciente interrogado em 2/2/2000.

Finaliza, informando ter inquirido, em 10/3/2000, as testemunhas de acusação e aberto vista dos autos ao representante do Ministério Público, para fins do artigo 499 do Código de Processo Penal.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Luiz Fernando Sirydakis, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

A ordem é de ser denegada.

Ab initio, convém ressaltar que o fato de ser o paciente, em tese, primário, de bons antecedentes, com profissão definida e residência fixa não constitui empecilho à sua segregação provisória, quando em jogo os superiores interesses da justiça, dentre os quais sobressai o de acautelar o meio social contra a criminalidade.

De outra parte, incorre o aventado excesso de prazo na formação da culpa, pois, conforme se verifica das informações acostadas aos presentes autos, a autoridade judiciária apontada como coatora esclarece encontrar-se o processo crime referido na impetração na fase do artigo 499 do Código de Processo Penal.

Ora, segundo remansoso entendimento de nossa jurisprudência, encontrando-se os autos na fase de diligências, ultimada restou a instrução criminal, não havendo, conseqüentemente, falar em excesso de prazo para a conclusão do processo.

Por derradeiro, muito embora não se desconheça a situação precária em que se encontra o sistema peni-

tenciário atual, tal fato não é motivo suficiente para colocar-se em liberdade aqueles que transgridem as normas penais vigentes, cujos comportamentos são contrários aos bons costumes e à convivência social, ainda mais quando, como no caso sub judice, a prisão do paciente foi mantida pelo Togado, ao negar-lhe pedido de liberdade provisória, por entender estarem “presentes os pressupostos para a prisão preventiva, por conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal, porquanto o indiciado não possui ligações com o distrito da culpa, sendo que, em liberdade, poderá frustrar a ação da justiça”, devendo ser aplicado, in casu, o prin-

cípio da confiança no juiz do processo.

Por esses motivos, denega-se a ordem.

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. Luiz Fernando Sirydakis.

Florianópolis, 28 de março de 2000.

Alberto Costa,
Presidente e Relator.

HABEAS CORPUS N. 01.007439-7, DE JOINVILLE

Relator: Des. Amaral e Silva

Processual penal — Habeas corpus — Conveniência da instrução criminal — Ordem pública — Decreto — Ordem concedida.

Em crime de quadrilha, não se tratando de líder, agente direto em atos de violência, e nem dificultando a instrução ou ameaçando a ordem pública, concede-se a ordem a paciente cuja liberdade não se apresenta potencialmente lesiva ao convívio social.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 01.007439-7, da comarca de Joinville, em que é impetrante o Dr. Yasoo Morimoto Filho, sendo paciente André Luiz Faé:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem, expedindo-se alvará de

soltura, se por al não estiver o paciente preso.

I — Relatório

Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, contra ato da MMA. Juíza da 1ª Vara Criminal da comarca de Joinville que indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva de André Luiz Faé.

Alega o impetrante, em síntese, constrangimento ilegal decorrente do excesso de prazo na formação da culpa. Afirmar que o paciente é primário, de bons antecedentes, possui residência fixa e exerce profissão lícita.

A digna autoridade, apontada como coatora, prestou informações, esclarecendo que André Luiz Faé foi denunciado, juntamente com mais 30 pessoas, como incurso nas sanções do art. 288, parágrafo único, do CP.

Acrescenta que decretou a cautelar “para garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal, por existirem fortes indícios de que seria o paciente membro de uma quadrilha especializada em roubo, furto, desvio e receptação de cargas”.

Informa que o processo foi cindido com relação aos 13 réus presos, estando em fase de oitiva das testemunhas da defesa.

Diz, por fim, que “com relação às testemunhas arroladas pela defesa do paciente, que residem em outras Comarcas, informa a V. Exa., que foram expedidas precatórias inicialmente em 23/4/01, porém, em 25/4/01, o impetrante requereu a substituição de suas testemunhas, o que foi deferido, tendo sido expedida nova precatória em 3/5/01”.

A liminar foi indeferida (fls. 52/53).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da ordem.

II — Voto

1 — O excesso de prazo não restou configurado.

A instrução está praticamente encerrada, faltando apenas o retorno das cartas precatórias para ouvida de testemunhas em outras comarcas.

Informou a digna Magistrada que “das oito testemunhas arroladas, foram ouvidas cinco — via deprecata — sendo que uma delas (da defesa), não foi encontrada, porque, segundo o Sr. Oficial de Justiça, o número indicado não existe e as pessoas residentes na localidade desconhecem a mesma” (fl. 26).

O prazo para encerramento da instrução não pode ser encarado com rigor, mormente se derivado de contratempos, como o número excessivo de réus e a expedição de cartas precatórias.

Julio Fabbrini Mirabete ensina que “não há constrangimento ilegal se o excesso de prazo para o encerramento do processo é justificado, porque provocado por incidentes processuais não imputáveis ao juiz, e resultante de diligências demoradas (complexidade do processo com vários réus, necessidade de expedição de cartas precatórias, defensores residentes em diversas cidades, obrigando a diligências de intimação, incidente de insanidade mental etc.)” (Código de Processo Penal Interpretado, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 1996, pág. 762).

A jurisprudência da Corte não discrepa:

“Habeas corpus. Excesso de prazo justificado que deve ser debitado à expedição de cartas precatórias para a inquirição de testemunhas defensivas. Decreto de prisão preventiva suficientemente fundamentado. Ordem denegada” (HC n.

98.003146-0, de São Bento do Sul, rel. Des. Genésio Nollí).

2 — Conquanto devidamente fundamentado o decreto de prisão (fls. 60/61), não vislumbro os motivos autorizadores da medida com relação a André Luiz Faé.

O paciente foi denunciado como incurso nas sanções do art. 288, parágrafo único, do Código Penal, juntamente com outros 30 acusados. Conforme consta da exordial acusatória, ele teria sido “contratado” pelo co-réu Altair da Silva Dias para trabalhar como corretor “na venda de mercadorias, encomenda de cargas e cobranças”.

Salientou, com acerto, o ilustre Promotor de Justiça Dr. Mário Vieira Júnior:

“De outra banda, no tocante ao pedido formulado por André Luiz Faé, tem-se que o mesmo, por não ter uma participação de liderança no grupo, sendo agenciado por Altair, embora tenha praticado atos que se enquadram como crimes, merecendo, por isso mesmo, a reprimenda penal, não desponta no momento como um indivíduo potencialmente lesivo ao convívio social, não se tendo, a princípio, razões para deduzir que irá esquivar-se da ação da justiça. Ao contrário, pela documentação trazida, afastou os motivos da prisão processual, risco para a ordem pública, instrução criminal e aplicação da lei penal, em face do que se opina pelo deferimento de seu pedido de revogação de prisão preventiva”.

A Dra. Juíza decretou a medida como forma de garantir a instrução criminal. Entretanto, para a higidez da preventiva, seriam necessários fatos

concretos, extraídos dos autos, praticados pelo paciente, efetivamente prejudicando a instrução. Também que, pelos seus antecedentes, liderança, personalidade e atuação constituíssem ameaça à ordem pública.

A prisão cautelar 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” (Código de Processo Penal Interpretado, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 1996, pág. 381).

Neste Tribunal, já decidimos:

“Para a preventiva por conveniência da instrução criminal, é necessário que o agente esteja efetivamente interferindo através de atos que dificultem ou impeçam a produção da prova ou o andamento do processo” (HC n. 00.001507-5, de Blumenau, que relatei).

3 — Pelo exposto, não havendo prejuízo à instrução, concedo a ordem. Expeça-se alvará de soltura, se por al não estiver o paciente preso.

III — Decisão

Acompanharam o voto do Relator. Concederam a ordem.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Souza Varella e Solon d'Eça Neves. Lavrou parecer, pela douta

Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 5 de junho de 2001.

Amaral e Silva,
Presidente e Relator.

HABEAS CORPUS N. 01.001528-0, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Jorge Mussi

Habeas corpus — Citação pessoal infrutífera — Réu procurado no endereço indicado na denúncia — Certidão do oficial de justiça apontando que o número da residência era inexistente naquela rua — Citação via edital procedida — Não comparecimento do acusado em juízo para ser interrogado — Declaração da revelia e suspensão do processo, com a decretação da prisão preventiva — Mandado de prisão que foi cumprido no endereço inicialmente indicado, único constante nos autos — Nulidade da citação editalícia evidenciada — Writ concedido de ofício.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 01.001528-0, da comarca de Itajaí (2ª Vara), em que é impetrante o Dr. José Mário Parrilha Quintana, sendo paciente Luiz Carlos Corrêa da Silva:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem, de ofício, para anular o processo a partir da citação, inclusive, expedindo-se alvará de soltura em favor do paciente, se por al não estiver preso.

1 — Cuida-se de habeas corpus impetrado pelo Dr. José Mário Parrilha Quintana, com supedâneo no art. 5º, LXVIII, da Carta Constitucional Federal, e arts. 647 e seguintes do

Código de Processo Penal, em favor de Luiz Carlos Corrêa da Silva, contra ato do Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Itajaí, nos autos do Processo Crime n. 033.96.004600-6, em que responde o paciente por violação ao disposto nos arts. 214, c/c 224, a e c, e 226, II, do CP, na forma do art. 71, também do Estatuto Repressivo.

Informou o impetrante que Luiz Carlos foi preso em 19 de janeiro do corrente ano, na casa de seus pais, em razão de sentença condenatória.

Alegou que o paciente estava sofrendo constrangimento ilegal, pois não foi citado para responder à ação penal que contra si tramita no Juízo dito coator, bem como porquanto, tendo

permanecido em liberdade durante toda a instrução criminal, uma vez que foi considerado revel, não poderia a autoridade impetrada negar-lhe o direito de recorrer solto, mesmo não portando o paciente bons antecedentes.

Invocando o princípio constitucionalmente albergado da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF), e o argumento de que mesmo em se tratando de crime hediondo, como in casu, pode o Juiz, fundamentadamente, conceder ao réu o direito de apelar em liberdade, quando já estava solto por ocasião da sentença, pelo que pleiteou a concessão liminar da ordem, para garantir ao paciente tal benefício.

Juntou os documentos de fls. 9 a 45.

Por confundir-se com o mérito do writ, a pretensão liminar restou indeferida (Despacho de fls. 48/49).

Solicitadas as informações de praxe, a autoridade apontada como coatora prestou-as (fls. 53/54), oportunidade em que reuniu os documentos de fls. 55/83.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratin, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

2 — Infere-se a ocorrência de constrangimento ilegal, não pelos motivos apontados na inicial, mas por vício de citação.

Verifica-se dos elementos trazidos aos autos que foi expedido mandado de citação endereçado ao paciente, a ser cumprido na Rua Luci Kanziani, n. 37, Praia Brava, em Itajaí/SC, con-

forme a qualificação prescrita na exordial acusatória (fl. 9).

O Oficial de Justiça, contudo, não cumpriu a diligência, certificando que deixou de realizá-la porque “não existe o número mencionado na rua” e por ser o paciente “desconhecido no local” (fl. 9 verso).

Diante de tal fato, foi ordenada a citação por edital (fl. 10 verso), para que o paciente comparecesse em Juízo para ser interrogado no dia 11/4/97, o que não foi atendido, pugnando o Ministério Público que fosse declarada a revelia e a suspensão do processo, requerendo inclusive pela decretação da prisão preventiva, a teor do que preceitua o art. 366 do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei n. 9.271/96 (fl. 12).

O Juízo dito coator, “considerando” que o processo deveria ficar suspenso — art. 366 do CPP, decretou o seu arquivamento administrativo, até o cumprimento do mandado de prisão que determinou fosse expedido (fl. 14).

Prosseguindo a instrução criminal, foi, ao seu final, julgada procedente a denúncia, para condenar o paciente em 10 (dez) anos, 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 58 (cinquenta e oito) dias-multa, oportunidade em que “ante as circunstâncias consideradas quando da aplicação da pena-base serem totalmente desfavoráveis ao denunciado”, foi negado “ao mesmo o direito de recorrer em liberdade, devendo ser expedido o competente mandado de prisão imediatamente” (fls. 25/38).

Ocorre que o mandado de prisão expedido foi cumprido exatamente no endereço constante no mandado

de citação, consoante ofício de fl. 39 e mandado de busca e apreensão de fl. 40.

É cediço que a citação por edital só é permitida quando esgotados todos os meios possíveis para a citação pessoal do réu, e a impossibilidade de sua realização deve ser atestada por certidão do oficial de justiça, que dispõe de fé pública, sendo “nula a citação quando não for exarada tal certidão” (Julio Fabbrini Mirabete, *Processo Penal*, 4ª ed., Atlas, pág. 427), e insuficiente para o chamamento editalício a informação de que o endereço do agente encontra-se incorreto.

Ora, evidente que o paciente durante toda a tramitação da ação penal sempre residiu no imóvel localizado na Rua Luci Kanziani, n. 37, Praia Brava, na cidade de Itajaí/SC, e que somente por falta de empenho do Oficial de Justiça incumbido do cumprimento do mandado de citação de fl. 9, que, não diligenciando exaustivamente no sentido de localizar pessoalmente Luiz Carlos, não permitiu pudesse este comparecer em Juízo para se defender da imputação que lhe era assestada, ocasionando, via de consequência, fosse determinada a citação editalícia, da qual o paciente não teve conhecimento e que, por isso, gerou a revelia e a decretação de sua prisão preventiva, e incontestável cerceamento de defesa.

Trazemos à colação, por adequadas à matéria sub examine, as seguintes decisões deste Tribunal de Justiça:

“Apelação criminal. Nulidade da citação, por defeito de forma. Preliminar acolhida.

“É nula a citação editalícia de acusado, que não é encontrado no endereço onde o Sr. Meirinho certificou que não o encontrou, dando-o como em lugar incerto e não sabido, gerando a revelia, quando, mais tarde, é encontrado no mesmo endereço e intimado da sentença. Recurso provido” (Ap. Crim. n. 31.596, de Itajaí, rel. Des. Solon d’Eça Neves, j. em 11/4/1994).

No mesmo diapasão, colaciona-se:

“Citação. Edital. Chamamento pessoal não realizado em virtude de certidão do Oficial de Justiça alegando ser o acusado pessoa desconhecida no local indicado e ninguém saber informar seu paradeiro. Fato que não justifica a providência, mormente se para a ciência da decisão foi o réu intimado no mesmo endereço onde anteriormente fora procurado pelo meirinho. Cerceamento de defesa caracterizado. Processo anulado a partir da citação, inclusive” (Ap. Crim. n. 28.028, de Joaçaba, rel. Des. Marcio Batista).

É entendimento do Supremo Tribunal Federal:

“Citação-edital a que se procedeu nos termos do art. 361 do CPP, sem que o réu fosse procurado na casa de sua moradia indicada no processo — Nulidade processual” (RTJ 72/42, rel. Min. Antônio Néder).

No mesmo sentido, cita-se:

“Demonstrado que o réu, no inquérito, indicou endereço que existe, e se neste não foi procurado, sua citação por edital é nula” (JUTACrimSP 54/120).

Igualmente:

“Se a lei autoriza no art. 361 do CPP a citação por edital quando o réu não é encontrado, não se pode admitir que o processo prevaleça quando a verdade objetiva não coincide com o afirmado pelo Oficial de Justiça. A contradição flagrante não pode redundar em prejuízo para o réu, principalmente porque a citação por edital, essa medida de exceção, deve ser feita se provado que o citado se oculta deliberadamente” (RT 455/408).

Por fim:

“Efetivação por edital — Admissibilidade somente se esgotados todos os esforços para localização do réu — Inobservância de tais requisitos que enseja a nulidade do processo, que pode ser declarada a qualquer momento, mesmo contra a coisa julgada, inclusive através de habeas corpus” (RT 770/661).

Ora, tendo conhecimento, posteriormente, que o cumprimento do mandado de prisão deu-se com sucesso no endereço inicialmente indicado pelo paciente, conforme se comprova pelo ofício de fl. 39, constata-se o equívoco do Oficial de Justiça ao certificar que não existia aquele número na rua indicada no mandado de citação, bem como que era o paciente desconhecido no local, evidenciando, outrossim, que não foram exauridas todas as medidas possíveis para a citação pessoal do acusado, o que demonstra a evidente nulidade processual, por cerceamento de defesa.

Ademais, não indicou a Magistrada impetrada quaisquer motivos para a decretação da preventiva do réu declarado revel, como era de rigor, não bastando tão-somente a revelia do denunciado para justificá-la.

Nesse vértice, já se decidiu que:

“Recurso criminal — Suspensão do processo (art. 366, Lei n. 9.271/96 — Revelia — Prisão preventiva — Desnecessidade — Recurso desprovido.

“A decretação da prisão preventiva por conveniência da instrução criminal não se justifica apenas pelo fato de o réu ter sido citado por edital e não comparecer em juízo, pois é necessário que haja um motivo de maior relevância e que realmente coloque em risco o andamento do processo” (Rec. Crim. n. 97.009433-7, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Álvaro Wandelli, j. em 26/2/98 — grifo nosso).

Assim, por restar o chamamento pessoal diligenciado de forma insuficiente, tem-se a caracterização da nulidade da citação editalícia do paciente, que ensejou a decretação da revelia e cerceou o seu direito à ampla defesa, constrangimento ilegal sanável pela via eleita.

3 — Diante do exposto, concede-se a ordem, de ofício, para anular o processo a partir da citação, inclusive, expedindo-se alvará de soltura em favor do paciente, se por aí não estiver preso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Irineu João da Silva, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 6 de março de 2001.

Alberto Costa,
Presidente;
Jorge Mussi,
Relator.

HABEAS CORPUS N. 99.021181-9, DE IBIRAMA

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Habeas corpus — *Processo crime — Sentença condenatória transitada em julgado — Impetração como “substitutivo de apelação” — Cabimento restrito aos casos de nulidade absoluta — Não conhecimento.*

Ainda quando a sentença condenatória haja transitado em julgado, admite-se o habeas corpus como meio hábil, fazendo as vezes de revisão criminal, para obtenção da decretação de nulidade que ressalte evidente no processo penal, do qual decorra constrangimento ilegal.

O remédio extremo não é admitido, no entanto, para desconstituir sentença condenatória, tida como desprovida de suporte probatório porque “o reexame de sentença penal condenatória com trânsito em julgado, com vistas à sua desconstituição, exige profunda análise de provas, o que há de ser postulado por via de revisão criminal, onde a questão pode ser adequadamente examinada e decidida, pois é ali a sua sede própria” (STJ).

Habeas corpus — *Efeito suspensivo à execução de mandado de prisão até julgamento de revisão criminal ainda não interposta — Impossibilidade jurídica do pedido — Ordem denegada.*

Se a identidade do paciente é certa e a revisão criminal — remédio processual que tem natureza de ação e não de recurso, destinada a rescindir sentença condenatória transitada em julgado — ainda não foi interposta, não há falar em “liberdade provisória para apelar”, até porque os efeitos da sentença condenatória com trânsito em julgado não se suspendem em face do pedido revisional” (JTJ, LEX 153/302).

Habeas corpus — *Execução penal — Quando é admissível — Concessão de cumprimento de pena em comarca diversa e trabalho*

externo antes do início do cumprimento da pena — Hipótese de não conhecimento.

Admite-se habeas corpus em execução penal quando a liberdade do paciente estiver cerceada ou ameaçada por ilegalidade ou abuso de poder, pouco importando a existência de recurso específico para impugnar o ato.

O habeas corpus não é meio idôneo à concessão de benefícios da execução, ainda mais quando o paciente sequer iniciou o cumprimento da pena imposta.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 99.021181-9, da comarca de Ibirama, em que são impetrantes a Dra. Zenir Neitzke e a estagiária Daisy C. Neitzke Heuer, sendo paciente Ademar Luiz Starke:

ACORDAM, em Câmara de Férias, por votação unânime, denegar a ordem.

Trata-se de habeas corpus preventivo, impetrado por fac-símile pela Dra. Zenir Neitzke e pela estagiária Daisy C. Neitzke Heuer, em favor de Ademar Luiz Starke, condenado na comarca de Ibirama à pena de cumprimento de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e pagamento de 13 (treze) dias-multa, com sentença transitada em julgado após julgamento neste Tribunal da Apelação Criminal n. 98.007968-3, rel. Des. Paulo Gallotti, requerendo a concessão da ordem “a fim de suspender a execução da pena, até decisão da revisão criminal, que será interposta no prazo máximo de 15 (quinze) dias” (fl. 3).

Alternativamente, requer “seja concedido ao paciente o direito de cumprimento da pena, no Presídio Público da comarca de Rio do Sul, autori-

zando-se, desde já, permissão para realização de trabalho externo” (fl. 10), arrolando inúmeros documentos não juntados.

As informações foram prestadas pela autoridade judiciária apontada como coatora, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Robison Westphal, opinou pelo não conhecimento da ordem quanto ao requerimento relativo à execução e denegação quanto à pretensão de suspensão da prisão até o julgamento da revisão criminal a ser interposta.

É o relatório.

1. Há sentença condenatória transitada em julgado e se poderia cogitar, em princípio, do cabimento do remédio tentado, por sua natureza constitucional e célere para afastar constrangimento ilegal evidente, não como substitutivo de recurso não interposto, já tendo decidido neste sentido esta Corte, em acórdão lavrado por este Relator:

“Ainda quando a sentença condenatória haja transitado em julgado, é cabível o habeas corpus como meio hábil, fazendo as vezes de revisão criminal, para obtenção da decretação de nulidade de processo penal, da

qual decorra constrangimento ilegal" (HC n. 98.001904-4, de Lages, j. em 17/3/98).

Da fundamentação se admite o remédio extremo quando se objetiva "a declaração de nulidade processual, de caráter absoluto, que tem como corolário o constrangimento à liberdade do paciente, é cabível a medida, pois, como se tem decidido no Supremo Tribunal Federal:

'Habeas corpus.

'— É cabível, fazendo as vezes de revisão criminal, ainda quando a condenação haja transitado em julgado, e, inclusive, para a obtenção, se cabível, de declaração de prescrição ou de nulidade processual.

'Recurso ordinário a que se dá provimento em parte (RTJ 106/94-96)'.
'E mais:

'Habeas corpus — Constitui meio hábil para a denúncia de nulidades do processo penal, mesmo havendo sentença transitada em julgado (RTJ 109/558)'.
'Nesse acórdão, citou-se que:

'Nesta Turma mesmo já se decidiu ser cabível habeas corpus, fazendo as vezes de revisão criminal, ainda que a condenação haja transitado em julgado (RTJ 106/94)'.
'Neste Tribunal a orientação é idêntica:

'Habeas corpus — Impetração no processo com sentença condenatória transitada em julgado — Cabimento.

'É cabível o habeas corpus ainda quando a condenação haja transitado em julgado, para que se reconheça nulidade na citação inicial; o remédio heróico tem, justamente, fun-

ção específica de garantia contra ilegalidade (...)' (HC n. 10.563, de Concórdia, deste Relator)".

No mesmo diapasão, citam-se os seguintes precedentes, deste Relator: Habeas Corpus ns. 10.180, de Chapecó, e 10.524, de Palhoça.

Nesse passo, o remédio constitucional poderia ser utilizado se o processo padecesse de nulidade insanável, mas este, a princípio, não é o caso dos autos, tendo a egrégia Câmara Criminal, em acórdão da lavra do ilustre Des. Paulo Gallotti, hoje Ministro do colendo Superior Tribunal de Justiça, por votação unânime, dado provimento parcial ao recurso, apenas para reduzir a sanção irrogada a cinco anos e quatro meses de reclusão e treze dias-multa, cada um fixado no mínimo legal, esclarecendo-se no referido acórdão que "não resta qualquer dúvida a respeito da autoria e das circunstâncias em que se deu o fato, ficando prejudicada a versão oferecida em Juízo por Ademar Luiz Starke, que, procurando emprestar contornos de legitimidade à sua conduta, afirmou que foi obrigado a se apoderar do dinheiro, visto que, ante sua negativa em aceitar o recibo do qual constava apenas metade do valor pago, o advogado sacou de uma arma que tinha na escrivaninha do escritório, ameaçando-o" (fl. 29).

2. Vê-se, assim, que o acórdão analisou a prova produzida, sendo agora nítida a intenção de sua reavaliação, matéria insuscetível à via estreita do habeas corpus, porque é vedado re-discutir fatos e cotejar provas considerados nos juízos ordinários, de forma ampla (STF — HC n. 76.705-5/RJ, rel. Min. Néri da Silveira, DJU de

20/11/98), sendo o caso, em princípio, de revisão criminal (art. 626, CPP), pois, como se tem decidido no Supremo Tribunal Federal:

“Habeas corpus — Prova — Transmutação do decreto condenatório — Improriedade. O habeas corpus não é o meio hábil para, à mercê do exame dos elementos probatórios coligidos na fase de instrução da ação penal, substituir-se as premissas do decreto condenatório e chegar-se à absolvição dos acusados. Presente qualquer dos requisitos do art. 621 do Código de Processo Penal, devem estes ajuizar revisão criminal” (HC n. 76.129/RS — 2ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 6/3/98).

No mesmo sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, valendo a ressalva pela propriedade das palavras do relator, o eminente Min. Vicente Leal:

“Processual penal. Sentença condenatória. Anulação. Habeas corpus. Instrumento processual inidôneo.

“O habeas corpus, instrumento processual de rito especial e célere, que deve fundar-se em prova pré-constituída por não comportar no seu curso qualquer dilação probatória, não é remédio idôneo para desconstituir sentença condenatória, tida como desprovida de suporte probatório.

“O reexame de sentença penal condenatória com trânsito em julgado, com vistas à sua desconstituição, exige profunda análise de provas, o que há de ser postulado por via de revisão criminal, onde a questão pode ser adequadamente examinada e decidida, pois é ali a sua sede própria” (RHC n. 5.691/PR — 6ª Turma, DJU de 4/8/97, pág. 34.887).

3. Quanto ao pedido de suspensão da executividade do mandado de prisão expedido contra o paciente, não se olvide, na esteira de pacífico entendimento do colendo Supremo Tribunal Federal que, “diante da dúvida efetivamente quanto à identidade do agente, concede-se habeas corpus, tão-só, para o fim de o paciente não ser preso, em cumprimento à decisão condenatória, até o julgamento definitivo da revisão criminal, considerados os relevantes fundamentos da inicial e os documentos com que instruída” (HC n. 71426/SP, rel. Min. Néri da Silveira, DJU 30/6/95, pág. 20.517).

No entanto, a identidade do paciente é certa e a revisão criminal — remédio processual que tem natureza de ação e não de recurso, destinada a rescindir sentença condenatória transitada em julgado —, ainda não foi interposta, não havendo se falar em “liberdade provisória para apelar”, até porque os efeitos da sentença condenatória com trânsito em julgado não se suspendem em face do pedido revisional” (JTJ, LEX 153/302).

4. Por fim, vale salientar que “o procedimento relativo aos incidentes de execução da pena, correspondente às situações previstas na Lei de Execuções Penais, será judicial e contraditório, e, portanto, mais abrangente do que a restrita via do writ, exigindo análise aprofundada dos aspectos subjetivos do sentenciado e da prévia manifestação do Ministério Público, desenvolvendo-se, por isso, perante o juízo da execução, sendo que do inconformismo caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo (art. 197 da LEP)” (HC n. 96.009446-6, de Ibirama, Des. Álvaro Wandelli, j. em 12/11/96).

Todavia, admite-se habeas corpus mesmo em execução penal quando a liberdade do paciente estiver cercada ou ameaçada por ilegalidade ou abuso de poder, pouco importando a existência de recurso específico para impugnar o ato, razão pela qual o writ pode ser conhecido e analisado para verificação da apontada ilegalidade, única capaz de justificar a admissibilidade do habeas corpus em execução penal.

No entanto, no caso, não há apontamento de ilegalidade ou abuso de poder, eis que a fase de execução da pena nem mesmo se iniciou, impossibilitando o conhecimento do pedido por ser matéria afeta ao juízo da execução, a ser enfrentada por inter-

médio de recurso de agravo (art. 197, LEP), repita-se, após o início do cumprimento da pena.

5. Diante do exposto, denega-se a ordem.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cesar Abreu e Torres Marques, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 12 de janeiro de 2000.

Wilson Guarany,

Presidente;

Nilton Macedo Machado,

Relator.

HABEAS CORPUS N. 99.022495-3, DE CAMPOS NOVOS

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Habeas corpus — Excesso de prazo — Tráfico de entorpecente — Réu viciado — Exame de dependência toxicológica — Obrigatoriedade — Prazo em dobro — Excesso justificado — Ordem denegada.

Não há excesso de prazo para conclusão do procedimento criminal previsto na sistemática da Lei n. 6.368/76 (art. 35 com a alteração dada pelo art. 10 da Lei n. 8.072/90) quando eventual demora decorre da realização do exame de dependência toxicológica de interesse da defesa que dele não poderá se valer para alegar constrangimento ilegal.

Aos prazos para encerramento normal da instrução devem ser somados os dias deferidos na lei para realização do exame de dependência toxicológica (30 dias em dobro).

Prisão em flagrante — Tóxicos — Denúncia classificando o fato no art. 12 da Lei n. 6.368/76 — Liberdade provisória — Art. 2º, II, da Lei dos Crimes Hediondos — Impossibilidade — Constitucio-

nalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal — Ordem denegada.

Tratando-se de crime classificado como tráfico de entorpecentes (art. 12 da Lei Antitóxicos) e denominado hediondo, impossível a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, em face da proibição legal (art. 2º, II, da Lei n. 8.072/90).

Habeas corpus — Tráfico ilícito de entorpecentes — Alegação de flagrante preparado — Impossibilidade de verificação na via estreita do writ.

“Saber se houve ou não flagrante preparado, bem como dizer da inocência do réu quanto ao tráfico ou se está ele submetido ao art. 18, IV, da Lei n. 6.368/76, demanda revolvimento de aspectos fáti-co-probatórios, não condizentes com a via eleita” (STJ).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 99.022495-3, da comarca de Campos Novos (1ª Vara), em que são impetrantes os Drs. Daniel Meira, Dagoberto Primo e Néelson Primo, sendo paciente Luiz Roberto da Silva Germiniani:

ACORDAM, em Câmara de Férias, por votação unânime, denegar a ordem.

Trata-se de habeas corpus impetrado pelos Drs. Daniel Meira, Dagoberto Primo e Néelson Primo, somente pelo primeiro assinado, em favor de Luiz Roberto da Silva Germiniani, aos argumentos de flagrante preparado e excesso de prazo na formação da culpa, porque já decorridos mais de 76 (setenta e seis) dias sem que a instrução tenha se encerrado, determinando-se a realização de exame de dependência toxicológica, não obstante o requerimento de dispensa; além disso, sustenta carência de fun-

damentação do despacho que indeferiu a liberdade provisória.

As informações foram prestadas pela autoridade judiciária apontada como coatora, esclarecendo que o paciente foi preso em flagrante e denunciado como co-autor do crime do art. 12 da Lei n. 6.368/76 e, declarando-se viciado no interrogatório, determinou-se a realização de exame de dependência toxicológica, designado para o dia de hoje.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça oficiou o Dr. Robison Westphal, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

1. Não ocorre ainda o alegado excesso de prazo ensejador do reconhecimento do constrangimento ilegal reclamado, haja vista que a pequena demora na instrução criminal está justificada, porquanto o próprio paciente, ao se declarar viciado obrigou, consequentemente, a autoridade judiciária a determinar a realização do necessário exame de dependência toxicológica,

conforme preceitua o § 5º do art. 22 da Lei n. 6.368/76, o qual, como é sabido, demanda sempre algum tempo (às vezes até maior que aquele assinado na lei), e referido atraso (salvo quando injustificado) não pode ser levado em conta para caracterizar o aventado excesso de prazo para conclusão da instrução criminal.

Não se olvida que, em verdade, já se ultrapassou o prazo legal para ultimar a instrução processual normal (76 dias); mas deve ser acrescido o prazo para a realização do exame (30 dias), em dobro e essa dilação não pode ser debitada ao juiz da instrução, pois ele adotou todas as providências necessárias ao andamento do feito, sendo certo que o exame de dependência toxicológica não se pode prolongar indefinidamente e a excessiva demora causa constrangimento ilegal, o que ainda não é o caso dos autos.

Ora, “se o acusado provoca a suspensão do processo para a realização do exame de dependência toxicológica, alegando ser usuário de droga, não se pode declarar a existência de constrangimento ilegal a pretexto de excesso de prazo no cumprimento da referida diligência” (RJTJSP 115/257).

Registra-se aqui o fato de que à hipótese de realização de exame de dependência toxicológica não se aplicam as regras de suspensão do processo em face de tal incidente nos moldes do CPP, eis que a legislação especial (Lei n. 6.368) preceitua que o exame poderá ser juntado “até a audiência de instrução e julgamento” (art. 25), extraindo-se do corpo do acórdão da Apelação Criminal n.

98.010930-2, de São José, da lavra do ilustre Des. Álvaro Wandelli, j. em 10/11/98:

“A teor do disposto no artigo 25, última parte, da Lei n. 6.368/76, o exame de dependência toxicológica, uma vez realizado, deverá ser juntado aos autos até a audiência de instrução e julgamento”.

2. Por outro lado, lembre-se que o prazo para término da instrução dos processos de rito especial previsto na Lei n. 6.368/76, em se tratando de crimes previstos nos arts. 12, 13 e 14 não é aquele previsto no CPP para o rito ordinário (81 dias), mas sim na própria lei (parágrafo único do art. 35, com redação dada pela Lei n. 8.072/90 — os prazos procedimentais deste capítulo serão contados em dobro quando se tratar dos crimes previstos nos arts. 12, 13 e 14), ou seja, 76 (setenta e seis) dias.

Acresce, ainda, quanto ao prazo que quando há exame de dependência toxicológica àqueles 76 dias devem ser somados os dias deferidos na lei para sua realização (30 dias, ao dobro), com Damásio de Jesus apontando três posições: 1ª) o prazo máximo de prisão é de cento e noventa e dois dias (TJSP, HC ns. 112.832; e 164.956, RT 708/308, JTJ 159/332 e RJ 210/122); 2ª) o prazo é de cento e trinta e seis dias (TJSP, RJTJSP, 137/352); 3ª) o prazo é de cento e vinte dias (TJSP, RTJ 137/534) (apud Lei Antitóxicos Anotada, 4ª ed., SP, Saraiwa, 1999, pág. 167).

No caso, o paciente foi preso em 2/10/99, e até a data da impetração (22/12/99) transcorreram 80 (oitenta) dias, não ocorrendo ainda qualquer das hipóteses para que se tenha

como caracterizado excesso de prazo, justificador da verificação de constrangimento ilegal.

Há que se verificar a situação de cada caso pois, observando-se, como se tem decidido, “os prazos para instrução criminal não devem ser computados com radicalismo pois, dependendo das circunstâncias e das peculiaridades do caso concreto, o seu não cumprimento não deve redundar na soltura daqueles que merecem estar presos, mas em maior atenção do Juiz processante quanto à celeridade processual” (JC 66/441) — in Habeas Corpus n. 11.201 — Abelardo Luz, deste Relator, DJ 13/12/93, pág. 11).

Além disso, qualquer eventual excesso de prazo já se encontra prejudicado, tendo em vista a informação de que o exame de dependência toxicológica foi designado para o dia de hoje.

3. No mais, como salientado pelo ilustre Procurador de Justiça, preso o paciente em flagrante e denunciado como infrator do mencionado art. 12 da Lei de Tóxicos, impossível falar-se em concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, porque tal benefício é expressamente proibido pelo disposto no art. 2º, II, da Lei n. 8.072/90, uma vez que o crime denominado de tráfico de entorpecentes é classificado como hediondo e, como tal, insuscetível da concessão do mencionado benefício processual.

A jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça já assentou:

“REsp — Homicídio qualificado tentado — Crime hediondo — Réu preso em flagrante — Liberdade provi-

sória — Impossibilidade — Art. 2º, II, da Lei n. 8.072/90.

“1. Tratando-se de crime hediondo, a norma contida no art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90 é taxativa quanto à vedação da liberdade provisória.

“2. Iterativa jurisprudência, do Excelso Pretório e desta Corte, afirma a constitucionalidade de tal preceito.

“3. Recurso conhecido” (REsp n. 149535/MG, rel. Min. Anselmo Santiago, DJU 1º/2/99, pág. 239).

Cita-se precedente do Supremo Tribunal Federal:

“Habeas corpus. Estupro. Liberdade provisória. Impossibilidade. Artigo 2º, II, da Lei n. 8.072/90. Ausência de ilegalidade. Os crimes hediondos são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória. Art. 2º, II, da Lei n. 8.072/90. Inexistência de ilegalidade. Habeas corpus indeferido” (HC n. 74108/ DF, rel. Min. Francisco Rezek, j. em 26/11/96).

Quando se tratar de afirmar sobre constitucionalidade ou não de texto legal federal, resta lembrar, consoante o caput do art. 102 da Constituição Federal, que o intérprete único da Carta Magna é o Supremo Tribunal Federal; em consequência, é a palavra do Supremo que é a definitiva na solução do tema constitucional.

4. Por fim, ressalte-se que, tratando-se de crime de tráfico de entorpecentes, de natureza permanente, “sendo encontrada a droga referida em seu poder” (fl. 2), as assertivas relativas à ocorrência de flagrante preparado além de se mostrarem, em tese, totalmente infundadas, não devem ser consideradas sob qualquer aspecto; tais discussões devem ser feitas no

momento oportuno, ou seja, após a instrução, e por quem de direito, colhendo-se, da jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Saber se houve ou não flagrante preparado, bem como dizer da inocência do réu quanto ao tráfico ou se está ele submetido ao art. 18, IV, da Lei n. 6.368/76, demanda revolvimento de aspectos fático-probatórios, não condizentes com a via eleita” (HC n. 9472/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 2/8/99, pág. 226).

5. Diante do exposto, denega-se a ordem, recomendando-se ao

Dr. Juiz que envide esforços para abreviar o encerramento da instrução.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Dr. Cesar Abreu, e lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 26 de janeiro de 2000.

João José Schaefer,

Presidente com voto;

Nilton Macedo Machado,

Relator.

RECURSO CRIMINAL

RECURSO CRIMINAL N. 00.004328-1, DE SEARA

Relator: Des. Alberto Costa

Recurso criminal — Homicídio tentado — Absolvição sumária — Reconhecimento em favor do acusado, da excludente de ilicitude da legítima defesa própria e de seu patrimônio — Prova testemunhal dando conta de ser a vítima pessoa agressiva e de ter tentado agredir o réu com uma foice, sendo por este repelida com uma faca, momento em que saiu e passou a depredar a residência do acusado — Tiro desferido pelo réu com o intuito de afugentar a vítima, vindo a atingi-la na nádega direita — Legítima defesa caracterizada — Recurso oficial desprovido.

que é recorrente o Dr. Juiz de Direito e recorrido Nelcio Cavalheiro:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 00.004328-1, da comarca de Seara, em

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso oficial.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Seara, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Nelcio Cavalheiro, dando-o como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, inciso IV, c/c o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, porque, segundo narra a exordial acusatória: "(...) que no dia 4 de janeiro do ano em curso (1998), por volta das 15 horas, na residência do denunciado, onde também se encontrava a vítima José Closmar da Silva e terceira pessoa de nome Adélio Fagundes, após farta libação alcoólica, iniciou-se uma discussão verbal entre Nelcio e José, em que aquele afirmava que iria ceifar a vida de sua esposa Olivia, a qual é mãe da vítima.

"Ato contínuo, José passou a dissuadir o acusado do propósito afirmado, momento em que este, com firme intenção homicida, inopinadamente, aplicou dois golpes de faca na vítima, os quais a atingiram na região dorsal do tórax e do braço esquerdo.

"Em seguida, a vítima empreendeu ligeira fuga do interior da residência, lançando duas pedras em direção a janela onde estava o acusado, oportunidade em que este, de arma em punho (espingarda calibre 36), novamente com o propósito letal supramencionado, efetuou um disparo contra José, o qual o atingiu na nádega direita, causando-lhe vinte perfurações, tudo consoante atesta o auto de exame de corpo-delito de fl. 9, somente não alcançando seu intento por circunstâncias alheias a sua vontade" (fl. 3).

Em alegações finais, o órgão ministerial pugnou pela absolvição sumária do acusado, pois restou comprovado ter agido em legítima defesa própria.

Concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz sentenciou, absolvendo sumariamente Nelcio Cavalheiro com fulcro no artigo 411 do Código de Processo Penal, por reconhecer ter ele agido sob o pálio da excludente de ilicitude da legítima defesa própria, restando de ofício.

Sem recurso voluntário, os autos ascenderam a esta superior instância e foram com vista à douta Procuradoria-Geral de Justiça, que, em parecer da lavra do Dr. Robison Westphal, opinou pelo desprovimento do recurso oficial.

É o relatório.

A r. sentença recorrida merece ser mantida, pois deu ao caso sub judice a solução adequada.

Na verdade, consoante restou demonstrado pelo conjunto probatório recolhido, o acusado apenas defendeu a si próprio e seu patrimônio das agressões que estavam sendo praticadas pela vítima, configurando, in casu, a excludente de ilicitude da legítima defesa.

Com efeito, o acusado, ao prestar suas declarações em Juízo, afirmou "que no dia dos fatos encontrava-se em sua casa, em companhia de Adélio Fagundes e José Closmar da Silva, este filho de sua companheira Olivia; (...); Naquele momento ingeriu cachaça e a vítima estava também bebendo inclusive a testemunha Adélio; quando a vítima solicitou que lhe fosse servido mais cachaça; que conduto não havia mais bebida na residência e

a vítima pensou que a pinga lhe era negada deliberadamente pelo interrogando, foi então que passou a falar em voz alta e ameaçar o interrogando tendo passado a agredi-lo fisicamente; que o acusado possui 66 anos de idade e tem compleição física franzina; que a vítima possui 22 anos de idade e é fisicamente avantajado; que foi então que o interrogando pegou uma faca que se encontrava em cima do fogão e passou a desferir leves golpes nas costas da vítima; que ambos os contendores estavam de frente um para o outro mas a vítima tentava imobilizar o interrogando; que a vítima é 'um baita de um homem' bem mais alto que o interrogando e este não viu outra saída a não ser defender-se das agressões da maneira como podia e lhe convinha no momento; um pouco ferido, José saiu do interior da casa e do lado externo passou a jogar pedras na residência, quebrando todas as vidraças e aberturas da casa; que foi então que o interrogando, para defender sua propriedade, desferiu em direção da vítima um tiro de espingarda cal. 36, com chumbinhos; que não sabe se acertou o tiro mas a vítima saiu correndo do local; reafirma que sua atitude se deveu unicamente à defesa de sua integridade física e da integridade de seu patrimônio" (fl. 50).

No entanto, o depoimento acima está corroborado pela testemunha presencial, Adelio Fagundes, que ao ser oitivada em Juízo, declarou: "que no dia dos fatos tomava cachaça em companhia da vítima na residência do acusado que é padrasto desta; que já tinham tomado uns 3 litros de cachaça e, a certa altura, a vítima tentou agredir o acusado jogando uma cadeira contra o mesmo e o acusado defen-

deu-se fechando uma das portas internas da casa; isto ocorreu por duas vezes; que não sabe de que forma mas o acusado feriu a vítima com golpe de faca nas costas e esta, armada de uma foice, queria agredir o acusado; que foi então que o depoente interferiu e não deixou que a vítima seguisse o seu intento; que a vítima tinha na época 22 anos de idade e o acusado tem 63 anos de idade; que o primeiro é fisicamente muito avantajado em relação ao segundo; que foi então que a vítima passou a quebrar as vidraças da casa e o acusado passou a mão em uma espingarda e detonou um tiro para cima a fim de assustar a vítima; que como esta não havia parado de quebrar as vidraças o acusado detonou mais um tiro atingindo a nádega direita da vítima que sumiu do local (...)" (fl. 89v.).

Se não bastassem as declarações antes referidas, temos, ainda, as prestadas pelas testemunhas Teresa Batista da Silva (fl. 90) e Olivia da Silva (fl. 109), atestando o temperamento violento da vítima, a qual vivia provocando o acusado, além de possuir porte físico e força superiores ao dele, réu.

Ora, in casu, não há como deixar de reconhecer ter o réu agido sob o pálio da excludente de ilicitude da legítima defesa própria e de seu patrimônio.

A jurisprudência, sobre a matéria, assentou:

"Se os depoimentos das testemunhas, ainda que não afirmem com clareza, não contrariam a legítima defesa, de se manter a absolvição sumária do acusado, se atual e injusta a agressão por ele sofrida, partida de

pessoa mais forte, violenta e embriagada, com uso moderado dos meios de repulsa ao seu alcance” (RT 662/265).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso oficial.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Álvaro Wandelli e Jorge

Mussi, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 20 de junho de 2000.

Alberto Costa,
Presidente e Relator.

APELAÇÕES CRIMINAIS

APELAÇÃO CRIMINAL N. 01.005947-9, DA CAPITAL

Relator: Des. Amaral e Silva

Penal e processual — Tráfico ilícito de entorpecentes — Depoimento de policiais — Validade — Cocaína apreendida em 25 papérolas — Materialidade e autoria comprovadas — Associação eventual de agentes — Majorante caracterizada — Condenação mantida — Droga acondicionada em papérolas destinados à comercialização — Desclassificação para uso — Impossibilidade — Tráfico configurado — Confissão espontânea utilizada para o decreto condenatório — Atenuante reconhecida — Dosimetria — Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos — Inviabilidade — Recurso parcialmente provido.

Depoimentos coerentes de policiais, aliados às circunstâncias de estar a droga acondicionada em vários papérolas e de um dos apelantes ser conhecido como traficante, constituem elementos suficientes à certeza da narcotraficância.

O tráfico de drogas pode ser comprovado por indícios e circunstâncias, entre eles a apreensão de expressivo número de papéletes de cocaína na posse do agente.

A causa especial de aumento de pena descrita no inciso III do art. 18 da Lei de Tóxicos equivale ao concurso de agentes do Código Penal (art. 29).

Para o reconhecimento da co-autoria não é necessário que todos os agentes pratiquem atos de execução expressos no núcleo do tipo penal, basta que, de qualquer modo, concorram para o crime.

Concorrer significa, voluntária e conscientemente, contribuir, influir, cooperar, colaborar, ajudar e auxiliar.

Se a confissão foi levada em conta para condenar, também deve ser considerada como atenuante.

Em regra, no tráfico de drogas é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, visto que a providência não se demonstra suficiente à prevenção e à repressão de delitos de tal gravidade.

O benefício, salvo casos excepcionalíssimos, poderia incentivar a verdadeira onda de crimes dessa natureza, que a resposta penal visa a prevenir e reprimir.

I — Relatório

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 01.005947-9, da comarca da Capital (Vara de Exceção Criminal), em que são apelantes Cláudio João de Souza e Elio Marcelo de Souza, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso de Cláudio João de Souza; e dar provimento parcial ao recurso de Elio Marcelo de Souza, para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, e adequar o número dos dias-multa.

Custas na forma da lei.

Cláudio João de Souza e Elio Marcelo de Souza, vulgo "Marcelo", foram condenados por infração ao art. 12, caput, c/c o art. 18, III, ambos da Lei n. 6.368/76, o primeiro à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, e ao pagamento de 66 (sessenta e seis) dias-multa, no valor mínimo; e o segundo, à pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime integralmente fechado, e ao pagamento de 100 (cem) dias-multa, no valor mínimo.

Alegam os apelantes, em síntese, que devem ser absolvidos do tráfico, pois inexistente nos autos prova de

que a droga apreendida destinava-se à comercialização. Alternativamente, pleiteiam a exclusão da causa de especial aumento do art. 18, III, da Lei n. 6.368/76; o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea; a desclassificação para o delito do art. 16 da Lei n. 6.368/76; e a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

Também, em resumo, diz a Dra. Promotora que a sentença deve ser reformada somente para conceder ao apelante Cláudio a substituição da pena privativa de liberdade, mantidas as demais cominações pelos próprios e jurídicos fundamentos.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e desprovemento.

Os recursos seguiram os trâmites legais.

II — Voto

1 — A narcotraficância restou comprovada.

A materialidade está consubstanciada pelo termo de apreensão (fl. 20), laudo de constatação (fl. 21) e laudo pericial (fls. 60/64).

Não obstante neguem que a droga se destinava ao tráfico, a narcotraficância ficou demonstrada pelos depoimentos dos policiais que efetuaram a diligência na casa da mãe dos apelantes, Ruth Pinho de Souza.

O condutor do flagrante, Vilmar Braz de Souza, afirmou, tanto na Polícia (fls. 5/6), como em Juízo (fls. 93/94), que se dirigiu à casa da mãe dos apelantes a fim de cumprir o mandado de busca e apreensão de entorpecentes, pois havia informação de

que Elio Marcelo de Souza, que já era conhecido como traficante, estava comercializando drogas na casa de sua mãe, em conjunto com esta e o irmão Cláudio João de Souza; chegando à porta da cozinha da casa, foi avistado por Elio que correu para um dos quartos e dispensou um objeto pela janela; o policial Marco Antônio observou que algo havia caído da janela e recolheu do telhado da casa de Elio, que fica nos fundos da casa de sua mãe, uma pochete azul, constatando que havia em seu interior 25 (vinte e cinco) papелotes de cocaína; continuaram a revistar a residência, sendo encontrado dentro do guarda-roupa de Ruth um pequeno frasco transparente que também continha cocaína; no momento da diligência Cláudio dormia.

Tais declarações estão corroboradas pelos depoimentos dos policiais Roberto Müller Lencina (fls. 7/8 e 89/90) e Marco Antônio Cardoso de Andrade (fls. 6/7 e 91/92), tendo este acrescentado, em Juízo, que Cláudio assumiu a propriedade da droga.

Ressalte-se que os policiais foram ouvidos perante a autoridade judicial, prestando compromisso, o que os torna isentos de suspeitas de mácula ou de má-fé.

A validade dos depoimentos não pode ser posta em dúvida, nem tampouco seu conteúdo desconsiderado para a formação de um juízo seguro acerca da destinação do tóxico, apenas por serem policiais.

Cabia à defesa contraditar os depoentes no momento oportuno, produzindo prova no sentido de desconstituir a presunção de veracidade de tais declarações.

É entendimento pretoriano:

"A prova testemunhal obtida por depoimento de agente policial não se desclassifica tão-só pela sua condição profissional, na suposição de que tende a demonstrar a validade do trabalho realizado; é preciso evidenciar que ele tenha interesse particular na investigação ou, tal como ocorre com as demais testemunhas, que suas declarações não se harmonizem com outras provas idôneas. Precedente" (STF — HC n. 74.522/AC — rel. Min. Maurício Corrêa — j. 19/11/96 — DJU 13/12/96).

"O simples fato de ser policial não torna suspeito ou inválido o seu testemunho. Precedentes do STF" (STF — HC n. 76.381/SP — rel. Min. Carlos Velloso — j. 16/6/98 — DJU 14/8/98).

Elio Marcelo de Souza, quando ouvido no auto de prisão em flagrante, afirmou que a droga era de seu irmão Cláudio e que se destinava ao tráfico (fl. 8).

Em Juízo (fl. 57), negou tivesse dito que a cocaína era destinada ao tráfico, afirmando que seu irmão Cláudio a havia comprado para consumo próprio. Acrescentou que o pó encontrado dentro do armário de sua mãe não era cocaína, mas um remédio que era dado para Cláudio junto com a comida.

Cláudio João de Souza, em ambas as fases do processo (fls. 8/9 e 58), admitiu a propriedade da droga, afirmando que era para consumo próprio, pois é viciado e seu irmão Elio tinha conhecimento disso. Negou que a cocaína encontrada na pochete azul destinava-se ao narcotráfico, afirmando, também, que o frasco encontrado no guarda-roupa é um remédio que

sua mãe lhe dá em razão do uso de bebidas alcoólicas.

Se o pó branco encontrado dentro do guarda-roupa não fosse cocaína, ainda assim estaria configurado o delito, em razão dos 25 (vinte e cinco) "papelotes" de cocaína apreendidos na pochete azul.

Analizou, com propriedade, a Dra. Juíza a quo, Tânia Regina Vieira Luiz:

"Como se vê, os acusados são irmãos, sendo que Cláudio admitiu a propriedade da droga e afirmou que se destinava ao seu uso, o que foi corroborado em Juízo pelo acusado Elio Marcelo, embora na fase do flagrante tivesse afirmado que a droga destinava-se ao tráfico. Entretanto, é sabido que o acusado Elio Marcelo já foi condenado pelo crime de tráfico de drogas (fl. 30), enquanto Cláudio é primário e não registra antecedentes criminais e havia informação de que Elio estaria praticando o tráfico ilícito. Obviamente que o acusado Elio Marcelo tinha conhecimento que uma nova condenação iria lhe ser mais prejudicial que a seu irmão.

"Não fosse isso, diante do quadro probatório apresentado, inaceitável a versão apresentada pelos acusados, pois, como já demonstrado, o acusado Elio, quando avistou a chegada dos policiais, correu ao quarto onde dormia Cláudio e dispensou a droga que estava na pochete pela janela. Por sua vez, Cláudio afirmou que a pochete com a droga encontrava-se dentro do travesseiro que usava para dormir e afirmou, quando perguntado como seu irmão teria tirado o material tóxico do interior do travesseiro sem acordá-lo, respondeu 'que isso

deve-se ao seu sono pesado'. Ora, seria muita ingenuidade deste Juízo aceitar tal argumento, pois inconcebível que a droga seja tirada do interior do travesseiro e sequer a pessoa que esteja usando o mesmo se acorde.

"Outro aspecto que afasta a credibilidade na versão dos acusados é que ambos afirmaram que o conteúdo do vidro encontrado no interior do guarda-roupa não era droga, mas sim remédio que o acusado Cláudio usava. Entretanto, a prova pericial demonstrou que a substância contida no recipiente era cocaína (fl. 61).

"Desta forma, e diante dos depoimentos harmônicos e coerentes dos policiais aliados à prova pericial, bem como a inconsistência da versão apresentada pelos acusados, não resta dúvida de que a droga apreendida pertencia aos acusados e que os mesmos iriam comercializá-la. Admitir que Elio nada tenha a ver com as drogas apreendidas é inadmissível, pois ele sabia da existência das mesmas, onde se encontravam, tanto que dispensou parte das drogas quando da chegada da polícia".

2 — Quanto à circunstância de aumento de pena prevista no art. 18, III, da Lei n. 6.368/76, relativa à associação eventual para a prática do tráfico, razão também não assiste aos apelantes.

Consoante decidiu o colendo Supremo Tribunal Federal, a associação prevista na Lei de Tóxicos equivale ao concurso de agentes previsto no art. 29 do Código Penal:

"A associação eventual ou concursus delinquentium, causa majorante da pena nos delitos de entorpecentes, prevista na lei extravagante,

equivale ao concurso de pessoas do direito penal codificado" (STF — HC n. 71.853/RJ — rel. Min. Maurício Corrêa — j. 7/5/95 — DJU 19/5/95).

E, ainda, do Superior Tribunal de Justiça:

"O concurso de agentes no caso de tráfico de entorpecentes determina a incidência do art. 18, III, da Lei n. 6.368/76' (STJ — REsp — rel. Costa Leite — RT 658/361 e RSTJ 6/467)" (Franco, Alberto Silva e outros. Leis Penais e sua interpretação jurisprudencial, vol. 2, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pág. 1.111).

Assim, conforme determina o art. 29 do referido Código Repressivo, para o reconhecimento da co-autoria não se exige que o agente pratique os atos de execução expressos no núcleo do tipo penal, basta que contribua, de qualquer forma, para o delito.

Damásio E. de Jesus leciona:

"Na co-autoria, o co-autor realiza o verbo típico ou concretiza parte da descrição do crime, ainda que, no último caso, não seja típica a conduta perante o comportamento central, desde que esteja abarcada pela vontade comum de cometimento do fato. É a prática comunitária do crime. Cada um dos integrantes possui o domínio da realização do fato conjuntamente com outro ou outros autores, com os quais tem plano comum de distribuição de atividades. Cada um quer realizar como próprio o fato comum com a cooperação dos outros. Há divisão de tarefas, de maneira que o crime constitui consequência das condutas repartidas, produto final da vontade comum" (Código Penal Anotado, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, pág. 134).

Os apelantes são irmãos; ambos sabiam que dentro da pochete azul havia cocaína; Elio já foi condenado anteriormente por tráfico e Cláudio tinha conhecimento disso; os policiais tinham informações de que o tráfico era praticado na casa da mãe dos apelantes, onde a droga foi apreendida e onde se encontravam Elio e Cláudio quando da prisão em flagrante; as denúncias davam conta de que Elio e sua mãe comercializavam a droga, sendo que Cláudio era o “olheiro”.

As circunstâncias em que se deu a prisão em flagrante evidenciam a caracterização da conduta descrita no inciso III do art. 18 da Lei n. 6.368/76, autorizando o aumento da pena em razão da associação eventual para o tráfico.

3 — Inviável a desclassificação para o art. 16 da Lei de Tóxicos.

A maneira em que a cocaína foi apreendida (distribuída em 25 “papelotes”, perfazendo um total de 13,6g e um frasco contendo 16,3g), os depoimentos dos policiais, dando conta de que Elio era conhecido como traficante e que seu irmão Cláudio funcionava como “olheiro” (fl. 92), ensejam a certeza da narcotraficância.

A ausência de apreensão de objetos ligados ao crime, como balança para pesagem, sacos plásticos para embalagem da droga, dinheiro de pequeno valor, não descaracteriza o tráfico, pois para a configuração do delito, não se exige prova da comercialização, bastando que o ato se enquadre num dos verbos do art. 12 da Lei n. 6.368/76.

Resumindo, a certeza do tráfico decorre: dos depoimentos dos policiais

dando conta da apreensão de tóxicos na casa da mãe dos apelantes; da forma em que foi encontrada a droga (grande parte dividida em “papelotes”, característicos do destino comercial); das notícias de que Elio era conhecido como traficante, tendo, inclusive, sido condenado anteriormente nas sanções dos arts. 12 e 16 da Lei n. 6.368/76; e de ter Cláudio, em ambas as fases do processo, assumido a propriedade da cocaína.

Do nosso Tribunal:

“Crime contra a saúde pública — Tráfico ilícito de entorpecentes — Agentes flagrados transportando grande quantidade de maconha e pequena bucha de cocaína — Conduta prevista no art. 12 da Lei n. 6.368/76 — Prova — Depoimento de policiais — Validade — Réu viciado — Circunstância que não impede a traficância — Desclassificação para uso — Impossibilidade — Condenação mantida — Recurso não provido.

“Nos delitos do art. 12 da Lei Antitóxicos é prescindível que o agente seja flagrado no momento da comercialização, bastando, para configurar o tipo penal, que seja praticada qualquer das condutas previstas, dentre elas transportar.

“O testemunho de policial não pode ser rejeitado só pela condição funcional do depoente, merecendo valor probante se isento de suspeita de má-fé.

“A circunstância de ser o agente considerado usuário ou dependente de droga, por si só, não constitui motivo relevante para descaracterização do tráfico de entorpecentes, mormente quando comprovada a sua condição de traficante’ (STF)” (Ap. Crim. n.

00.023149-5, de Laguna, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

“Se a análise das diretrizes contidas no art. 37 da Lei de Tóxicos aponta infração ao art. 12, tendo em vista a divisão da droga apreendida em pequenos saquinhos e a imputação insuspeita dos policiais, não se pode acolher a alegação de insuficiência de provas para a condenação, bem como o pedido de desclassificação para o crime de uso” (Ap. Crim. n. 98.015051-5, de Itajaí, rel. Des. Paulo Gallotti).

“Sendo o réu surpreendido na posse de considerável quantidade de cocaína, devidamente acondicionada em pacotinhos, pronta para a venda e distribuição no mercado dos usuários e viciados, em continuação a atividade que já vinha se desenvolvendo há algum tempo, não se pode falar em guarda para consumo próprio, com a conseqüente desclassificação para o delito previsto no artigo 16 da Lei n. 6.368/76, mas sim em tráfico ilícito” (Ap. Crim. n. 97.004499-2, de Balneário Camboriú, rel. Des. José Roberge).

Ademais, apesar de as testemunhas de defesa terem sido unânimes ao afirmarem que os apelantes são viciados em cocaína (Rafael Digiacomo Ocampo Moré — fl. 95; Kelly Regina Barbosa — fl. 96; Mery Cristiane Pereira — fl. 97 e Rosângela Kemp — fl. 98), nada impede sejam os usuários ou dependentes, também traficantes.

4 — Reconheço a atenuante da confissão espontânea somente em relação ao apelante Elio Marcelo de Souza.

Se a confissão foi levada em conta para condenar, também a res-

pectiva atenuante deveria ter sido considerada.

É entendimento desta Corte:

“Revisão criminal — Pena criminal — Confissão extrajudicial retratada em juízo — Fundamento da condenação — Reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, d, do CP — Pedido deferido.

“A confissão espontânea do agente perante a autoridade policial, ainda que retratada em juízo, deve ser reconhecida como circunstância legal de atenuação da pena, quando considerada na sentença para fundamentar a condenação” (Rev. Crim. n. 00.020958-9, da Capital, rel. Des. Irineu João da Silva).

“Confissão espontânea — Extrajudicial — Utilização para embasar a condenação — Reconhecimento da atenuante disposta no art. 65, III, d, do CP, que se impõe.

“Se o agente confessa o crime que lhe é imputado perante as autoridades policial ou judiciária, é obrigatória a incidência da respectiva atenuante (art. 65, III, d, do CP), salvo se a reprimenda estiver em seu patamar mínimo” (Ap. Crim. n. 99.004370-3, de Criciúma, rel. Des. Genésio Nollí).

Assim, mantenho a pena-base fixada pela Magistrada em 3 (três) anos de reclusão.

Na segunda fase, presentes a agravante da reincidência (fl. 30) e a atenuante da confissão espontânea (fl. 8), opero a compensação entre elas, mantendo a reprimenda em 3 (três) anos de reclusão.

Em face da causa especial de aumento de pena prevista no art. 18, III, da Lei n. 6.368/76, elevo a pena

em 1/3 (um terço), resultando definitivamente em 4 (quatro) anos de reclusão, posto que inexistem causas de especial diminuição.

Adapto o número dos dias-multa, que devem ser inicialmente fixados no mínimo legal, ou seja, 50 (cinquenta) dias-multa, assim como o foi a pena privativa de liberdade.

Aumento em 1/3 (um terço) em razão da causa especial de aumento de pena do inciso III do art. 18 da Lei n. 6.368/76, restando definitivamente fixado em 66 (sessenta e seis) dias-multa, no valor mínimo previsto pelo art. 38 da Lei n. 6.368/76.

5 — Inviável a pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto em que pese ser favorável a dosimetria da pena, as circunstâncias indicam que o benefício não exsurge suficiente à prevenção e repressão do crime.

O caso, a toda evidência, não se inclui entre os excepcionais, mas constitui hipótese de verdadeiro tráfico de drogas, atividade hedionda que reclama severa retribuição.

Já decidimos:

“Em regra, no tráfico de drogas é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, visto que a providência não se demonstra suficiente à prevenção e à repressão de delitos de tal gravidade.

“O benefício, salvo casos excepcionalíssimos, poderia incentivar a verdadeira onda de crimes dessa natureza, que a resposta penal visa reprimir” (Ap. Crim. n. 99.010513-0, da Capital, que relatei).

“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” (RA n. 99.017904-4, da Capital, rel. Des. Genésio Nollí).

Ademais, Elio Marcelo é reincidente em crime doloso (fl. 30), não preenchendo um dos requisitos exigidos para a concessão do benefício.

6 — Pelo exposto, dou provimento parcial ao recurso para, em relação ao apelante Elio Marcelo de Souza, reconhecer a atenuante da confissão espontânea, e adequar o número dos dias-multa. Nego provimento ao apelo de Cláudio João de Souza.

III — Decisão

Acompanharam o voto do Relator. Deram provimento parcial ao recurso para, em relação ao apelante Elio Marcelo de Souza, reconhecer a atenuante da confissão espontânea e adequar o número dos dias-multa. Negaram provimento ao recurso de Cláudio João de Souza.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nollí e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 5 de junho de 2001.

*Amaral e Silva,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CRIMINAL N. 97.006168-4, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Jorge Mussi

Processual penal — Suposta parcialidade da Magistrada Sentenciante — Juíza que não se encontrava em quaisquer das hipóteses previstas no art. 254 do Código de Processo Penal para, ex vi do art. 97 do CPP, de ofício declarar-se suspeita para conduzir o feito — Nulidade inocorrente — Acusados que, ademais, deveriam ter argüido a exceção por meio de petição, devidamente instruída com elementos comprobatórios do alegado, e por ocasião da primeira manifestação nos autos (logo após o interrogatório, na defesa prévia) — Matéria preclusa.

Sonegação — Dispensabilidade da decisão definitiva sobre a exigência fiscal do crédito tributário devido para o oferecimento de denúncia pelo Órgão Ministerial ou para a prolação da decisão condenatória — Autonomia das instâncias penal e administrativa — Precedentes dos Tribunais Superiores e desta Corte de Justiça.

“A apuração do débito fiscal, na instância administrativa, não constitui condição de procedibilidade da ação penal, ou condição objetiva de punibilidade” (STF — RHC n. 53.410/SP).

Perícia — Parcialidade ou inidoneidade dos expertos — Profissionais registrados no Conselho Regional de Contabilidade e que prestaram compromisso legal — Conclusões periciais que, aliás, encontram respaldo nos testemunhos dos fiscais — Alegações defensivas sem suporte nos autos — Eiva inexistente.

Precatória — Carta expedida com fiel observância do disposto no art. 222 do CPP — Identidade dos depoimentos prestados no juízo deprecado que não são de molde a ensejar o reconhecimento de qualquer mácula procedimental — Declarações que guardam consonância com os relatos prestados na fase investigatória — Nulidade não verificada na espécie.

Sentença — Individualização das condutas criminosas que se fez de forma sucinta — Razões breves que não se confundem com ausência de fundamentação — Decisum que preenche os pressupostos

do art. 93, IX, da CF, e art. 381 do CPP — Nódoa afastada.

Ação penal — Falta de justa causa e ilegitimidade de parte quanto a dois dos réus — Alegativa de que não exerciam funções de administração ou gerência na empresa investigada — Matéria já afastada por ocasião do julgamento do habeas corpus impetrado pela defesa — Questão, ademais, a ser sopesada quando da análise do mérito do apelo — Preliminar rechaçada.

Sonegação fiscal — Transferência inexata de créditos de ICMS da matriz em favor das filiais — Acusação fundada em fotocópia de notificação autenticada pela Secretaria do Estado da Fazenda — Necessidade de que o fosse por quem detenha fé pública — Ausência de autenticidade — Inobservância do descrito no art. 232, parágrafo único, do CPP — Falta de prova da materialidade delitiva — Absolvição quanto a esta conduta típica que se impõe — Exegese do art. 386, IV, do CPP.

Crime contra a ordem tributária (art. 1º, II, da Lei n. 8.137/90) em continuidade delitiva — Redução ou supressão do ICMS devido — Aproveitamento de crédito inidôneo, atualização monetária de saldos credores sem identificação de origem e sem base legal e circulação de mercadorias sem o devido registro nos livros fiscais (caixa dois) — Ilícitos devidamente comprovados por meio da perícia contábil procedida e dos testemunhos dos fiscais que efetuaram a auditoria — Credibilidade das palavras dos agentes fiscais — Redução ou supressão do ICMS devido verificada — Sócios-gerentes — Responsabilidade criminal devidamente delimitada nos autos — Inteligência do art. 11 da Lei n. 8.137/90 — Autoria e materialidade suficientemente comprovadas — Condenação mantida — Assessor financeiro e gerente de compras que não constam do contrato social da empresa — Inexistência de vinculação legal desses dois acusados à sociedade — Ausência de prova inequívoca das suas participações na empreitada criminosa — Absolvição, pela dúvida, que se impõe.

Dosimetria — Pena-base — Circunstâncias judiciais que justificam o seu estabelecimento acima do mínimo legal para o tipo — Adequação procedida — Multa-tipo — Fixação que não guarda harmonia com a pena privativa de liberdade irrogada — Acerto procedido — Continuidade delitiva — Critério objetivo não obedecido — Comprovação da ocorrência de três tipos de condutas, sendo uma

delas perpetrada durante mais de quatro anos — Aumento no máximo previsto (2/3) que se impõe — Reprimenda corrigida.

Aplicação da pena — Privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44 do CP, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n. 9.714/98) — Substituição que se mostra adequada e suficiente para a prevenção e repressão do ilícito tributário perpetrado — Adequação que se procede de ofício — Exegese do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna.

Seqüestro de bens — Sonegação fiscal — Decreto-Lei n. 3.240/41 — Vigência — Aplicação do princípio da especialidade — Legitimidade do Ministério Público para requerer a medida — Necessidade para garantir a execução — Constrição mantida — Precedentes desta Câmara.

“O Decreto-Lei n. 3.240/41, que regulamenta o seqüestro de bens em caso de delitos de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública, não foi revogado pelo Código de Processo Penal.

“Há legitimidade ativa do Ministério Público para requerer seqüestro dos bens de pessoas indiciadas por crimes de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública” (TJSC — Ap. Crim. n. 00.010482-5, de Criciúma).

Recurso defensivo parcialmente provido e ministerial totalmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 97.006168-4, da comarca de Itajaí (2ª Vara Criminal/Fazenda/Execuções Penais), em que são apelantes e apelados a Justiça Pública, por seu Promotor, Cídio Sandri, Antônio Sandri, Mário César Sandri e Sílvio Sandri:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, indeferir os pedidos de retirada de pauta e vista dos autos formulados pelos novos advogados de Mário César Sandri, Sílvio Sandri e Antônio Sandri, re-

chaçar as preliminares argüidas e dar provimento parcial ao apelo da defesa para: a) com fundamento no art. 386, IV, do CPP, absolver todos os acusados quanto ao crime em que foram denunciados em razão da Notificação Fiscal de n. 24085400; e b) absolver Mário César Sandri e Sílvio Sandri, com fundamento no art. 386, VI, do CPP; e dar provimento ao do Ministério Público para fixar a sanção dos réus em 3 anos, 7 meses e 10 dias de reclusão, substituída, de ofício, por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, por igual período, e prestação pecuniária de 360 salários mínimos ao Estado de Santa

Catarina (vítima), e ao pagamento de 32 dias-multa, cada um no valor de 5 (cinco) salários mínimos vigentes ao tempo do delito.

Custas legais.

1 — Na comarca de Itajaí (2ª Vara Criminal), o Ministério Público ofereceu denúncia contra Cídio Sandri, Antônio Sandri, Mário César Sandri e Sílvio Sandri dando-os como incurso nas sanções do art. 1º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, c/c art. 11, da mesma legislação, e arts. 29 e 71, ambos do Código Penal, porque, consoante se infere da vestibular acusatória, no período compreendido entre 1º de janeiro de 1991 até 28 de fevereiro de 1995, os dois primeiros denunciados, na condição de proprietários do Supermercados Vitória Ltda., que possui 35 filiais no Estado, e os dois segundos, filhos do acusado Cídio, exercendo as funções de chefia e gerência do referido estabelecimento, sendo Mário César inclusive Assessor Financeiro do grupo, “mediante acordo de vontades, interesses e benefícios comuns, buscando maximizar, ilegalmente, seus patrimônios pessoais, em prejuízo do povo catarinense”, sonegaram ICMS no montante de R\$ 9.483.538,26 (nove milhões, quatrocentos e oitenta e três mil, quinhentos e trinta e oito reais e vinte e seis centavos), atualizados até 12/2/1996.

A denúncia de 41 páginas narra, em resumo, o seguinte:

“Os Fatos

“Em 3 de abril de 1995, Agentes do Fisco Estadual iniciaram, na citada empresa, trabalhos de auditoria de suas escritas fiscais, quando constataram que os denunciados,

através das manobras ilícitas abaixo detalhadas, majoraram seus ganhos, reduzindo e/ou suprimindo o ICMS devido ao Estado de Santa Catarina, o que configura crime contra a ordem tributária.

“A verdadeira montanha de documentos que teriam que ser examinados pelos Agentes Fiscais incumbidos de realizarem a auditoria na empresa dos denunciados, obrigou-os a procederem as análises nas dependências de sua matriz (...) mesmo porque a escrituração fiscal e contábil de todos os estabelecimentos é ali centralizada.

“No dia 5 de maio de 1995, os Fiscais de Tributos solicitaram, verbalmente, que um funcionário da empresa auditada os acompanhasse na conferência das máquinas registradoras que ali se encontrassem.

“Informados de que algumas das máquinas registradoras encontravam-se em manutenção, mesmo assim os Agentes do Fisco interessaram-se por vê-las, quando foram conduzidos até uma repartição da empresa, que é conhecida por ‘arquivo morto’.

“Ali estando os Agentes Fiscais perceberam que no local estavam armazenados diversos documentos correspondentes aos movimentos diários das máquinas registradoras da matriz e de todas as filiais do Supermercados Vitória Ltda., e cotejando os registros das vendas neles contidos, relativos ao exercício de 1994, constataram que havia sérias divergências entre os mesmos e aqueles lançados nos mapas resumo de caixa e no livro de Registro de Saídas.

“Os Fiscais de Tributos presentes intuíram que tais documentos poderiam corresponder às vendas efetivas de mercadorias realizadas pela empresa, e se tal fosse correto, a documentação em apreço nada mais era do que o ‘caixa dois’ da empresa, o que depois vieram a confirmar.

“Para verificação mais acurada do material encontrado, os Fiscais de Tributos apreenderam todos os documentos com características de ‘caixa dois’, conforme o demonstra o termo de fls., acondicionando-os e lacrando-os, intimando, depois, o representante da empresa para acompanhar a oportuna triagem dos mesmos.

“No dia 8 de maio de 1995, na sede da Segunda Gerência Regional da Fazenda Estadual de Itajaí, presentes os Senhores Ademar Dalmolin, Contador do Supermercados Vitória Ltda., e o denunciado Mário César Sandri, foi confirmada a inviolabilidade do lacre antes referido, oportunidade em que foi indicado, pelo Procurador da empresa, o Senhor Sálvio de Miranda Heusi para acompanhar a triagem dos documentos acondicionados nos volumes apreendidos. Posteriormente, foi lavrado o termo de apreensão dos documentos anexos.

“A documentação relacionada no citado termo de apreensão e denominada pela própria empresa Supermercados Vitória Ltda. como ‘movimento do dia’, constitui-se no seu ‘caixa dois’, eis que nela sempre foram registradas fielmente as vendas efetivas de mercadorias realizadas através das máquinas registradoras, no período compreendido entre 1º de janeiro de 1991 até 28 de fevereiro de 1995. Os valores da vendas efetua-

das através das máquinas registradoras e escriturados no referido ‘caixa dois’ não correspondem com os que estão anotados nos livros Fiscais próprios da empresa, sob o mesmo título (máquina registradora), eis que nestes, que serviram de base para o cálculo do ICMS recolhido ao Estado de Santa Catarina, os denunciados fizeram constar valores incorretos, pois expressivamente inferiores àqueles que foram efetivamente praticados por ocasião das vendas de mercadorias em seus estabelecimentos.

“Ultimada a fiscalização intetada, foram impostas à empresa comandada pelos denunciados, matriz e filiais, 45 (quarenta e cinco) Notificações Fiscais, que serão abordadas conforme as infrações que contemplem, visando facilitar a compreensão de cada uma das fraudes fiscais perpetradas por aqueles”.

Na seqüência, a exordial acusatória descreve uma a uma as ações criminosas imputadas aos denunciados, assim resumidas:

1) Notificação Fiscal n. 24085400 — Matriz: Transferência inexacta de créditos tributários:

“(…) durante os meses de julho, agosto e setembro de 1994, os denunciados realizaram transferências de créditos de impostos incidentes sobre mercadorias que foram remetidas da matriz para as filiais da mesma empresa, conforme demonstra o Anexo ‘B’ da citada notificação fiscal.

“No caso presente, os denunciados debitaram no livro Registro de Apuração do ICMS e respectivos GIA’s da matriz, valores menores do que aqueles que creditaram nos livros próprios das filiais; os valores escritu-

rados que, necessariamente, deveriam ser de igual monta, não o foram, verificando-se o crédito, nas filiais, em valores superiores aos debitados na matriz.

“A diferença debitada a menor, no Livro próprio da matriz, alcançou a importância de R\$ 399.881,17 (trezentos e noventa e nove mil e oitocentos e oitenta e um reais e dezessete centavos). Estas manobras ilícitas permitiram que os denunciados arrecadassem, em favor do Fisco Estadual, menos ICMS do que era devido, eis que seus débitos foram reduzidos ilegalmente, o que configura, pois, redução do tributo.

“Apenas relativamente a esta notificação fiscal, atualizado o ICMS recolhido a menor pelos denunciados até o dia 7 de abril de 1995, livre de qualquer multa ou juros, nos meses de julho, agosto e setembro de 1994, alcança-se a expressiva importância de R\$ 446.599,12 (...)”.

2) Notificação Fiscal n. 24149155 — Matriz — Apropriação de crédito tributário sem origem:

O artigo 180 do Anexo III do RICMS/SC, “determina que o contribuinte escrete, no livro Registro de Apuração do ICMS, os totais que correspondam às operações de entradas e saídas de mercadorias que ingressaram em seus estabelecimentos, de cuja equação se concluíra se há tributo a recolher aos Cofres Estaduais, ou se há crédito a ser transferido para o período de apuração subsequente.

“Ocorre, porém, que em fevereiro de 1995, os denunciados escrituraram, no livro Registro de Apuração da matriz, n. 2, à fl. 14, um crédito de imposto de R\$ 90.000,00 (noventa mil

reais) que não corresponde a qualquer operação que efetivamente tenha sido realizada no estabelecimento. A importância é inteiramente desprovida de origem, e se assim o é, a apropriação do crédito do imposto não é permitida pela legislação tributária.

“O proceder dos denunciados teve o indisfarçável propósito e efetivamente reduziu o ICMS que foi recolhido, referente a fevereiro de 1995, ao Fisco Estadual, no valor acima referido.

“Apenas relativamente a esta notificação fiscal, atualizado o ICMS reduzido pelos denunciados até o dia 26 de junho de 1995, livre de qualquer multa ou juros, alcança-se a importância de R\$ 92.934,81 (...)”.

3) Notificação Fiscal n. 24148751 — Matriz — Submeter tardiamente operação tributável à incidência do imposto:

Violando o disposto no § 2º do art. 5º do RICMS/SC, “no mês de junho de 1994, através das notas fiscais ns. 83.656 e 83.658, série B-3, os denunciados realizaram transferências de créditos de impostos incidentes sobre mercadorias que foram remetidas da matriz para o depósito central da empresa, conforme demonstram os Anexos ‘B’ e ‘Z’ da citada notificação fiscal.

“No livro Registro de Apuração do ICMS do depósito central, tal crédito foi registrado na época oportuna, mas os denunciados só debitaram tais valores, no livro Registro de Apuração do ICMS e respectivas GIA’s da matriz, nos meses de outubro e novembro de 1994, o que é vedado pela legislação tributária em vigor.

“Estas manobras ilícitas permitiram que os denunciados arrecadassem, em favor do Fisco Estadual, menos ICMS do que era devido, eis que seus débitos foram reduzidos ilegalmente, o que configura, pois, redução de tributo.

“Apenas relativamente a esta notificação fiscal, atualizado o ICMS recolhido a menor pelos denunciados até o dia 7 de abril de 1995, livre de qualquer multa ou juros, nos meses de julho, agosto e setembro de 1994, alcança-se a expressiva importância de R\$ 446.599,12 (...).”

4) Notificação Fiscal n. 24148953 — Filial n. 10 — Aproveitar crédito sem supressão de três casas decimais, decorrente da reforma monetária de 1993:

“No dia 31 de julho de 1993, a empresa dos denunciados adquiriu mercadorias da Arisco Produtos Alimentícios Ltda., em vista do que foram emitidas as notas fiscais ns. 691.496 e 691.478, série U, de Cr\$ 46.596.384,44 e Cr\$ 14.978.175,60, respectivamente”.

Deixando de observar o disposto na Medida Provisória n. 336, datada de 28/3/1993, em seguida transformada na Lei Federal n. 8.697, de 27/8/1993, que mudou de cruzeiro para cruzeiro real a moeda corrente nacional, com a conseqüente extirpação dos três últimos dígitos, “os denunciados escrituraram, em 17 de agosto de 1993, no livro Registro de Entradas e no de Apuração, o crédito de ICMS calculado sobre os valores que constaram nas citadas notas fiscais, o que importou, respectivamente, em CR\$ 5.591.566,13 e CR\$ 1.797.381,07”, quando deveriam “ter escriturado os

valores de CR\$ 5.591.566,13 e CR\$ 1.797,38”, fato que bem demonstra o benefício que a operação lhes proporcionou, pois aumentando seus créditos de tributo, menos ICMS pagaram ao Estado de Santa Catarina.

“Os denunciados creditaram-se em valores superiores aos efetivamente pagos, o que, desrespeitado o princípio previsto no art. 50 do RICMS/SC, importou em redução do tributo devido, fato que configura crime contra a ordem tributária.

“Apenas relativamente a esta notificação fiscal, atualizado o ICMS reduzido pelos denunciados até o dia 26 de junho de 1995, livre de qualquer multa ou juros, alcança-se a importância de R\$ 77.934,49 (...).”

5) Notificação Fiscal n. 2418650 — Filial 10 — Atualização monetária de saldos credores:

“Nos meses de janeiro, fevereiro e março de 1995, os denunciados escrituraram, no livro Registro de Apuração de ICMS, de n. 2, às fls. 13, 14 e 15, créditos relativos à atualização monetária de saldos credores constantes de sua conta gráfica, nos valores de R\$ 100.099,71 (cem mil e noventa e nove reais e setenta e um centavos), R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e R\$ 31.502,00 (trinta e um mil e quinhentos e dois reais), respectivamente. Os denunciados não esclareceram a que períodos corresponderiam tais créditos e nem demonstraram suas efetivas existências. A verdade é que esta prática não poderia ter sido adotada pelos denunciados, unilateralmente, pois não há qualquer fundamento legal que a autorize.

“Como os denunciados aproveitaram indevida e ilegalmente créditos

decorrentes de atualização de saldos credores, reduziram o ICMS devido ao Estado de Santa Catarina, exclusivamente para aumentar seus ganhos pessoais, embora tivessem prévia consciência de que a prática era e é ilegal.

“Apenas relativamente a esta notificação fiscal, atualizado o ICMS reduzido pelos denunciados até o dia 26 de junho de 1995, livre de qualquer multa ou juros, alcança-se a importância de R\$ 238.126,76 (...)”.

Demais Notificações:

Todas as demais notificações fiscais “se referem à redução ou subtração de tributo, através da venda de mercadorias sujeitas à incidência do ICMS, realizadas através de máquinas registradoras, sem seu registro nos livros Fiscais, o que determinou que o quantum arrecadado em favor do Fisco fosse menor do que o efetivamente devido” (arts. 168 e 169 do Anexo III do RICMS/SC).

“(…)”

“Os denunciados, no período compreendido entre janeiro de 1991 até fevereiro de 1995, adquiriram, sem qualquer documento fiscal a acobertar a operação, astronômicas quantidades de mercadorias, de espécies e gêneros variados, dos mais diversos fornecedores, sempre com o objetivo de comercializá-las no Supermercados Vitória Ltda., matriz e filiais. São tantas que é impossível narrar detalhadamente a quantidade de tais operações, suas datas, valores, espécies de mercadoria adquirida, o nome dos fornecedores etc.

“Porém, os Agentes Fiscais conseguiram apreender grande parte dos ‘pedidos’, ‘controles internos’, e

outros documentos extrafiscais utilizados pelos denunciados, no período auditado, para fazer circular, em seus estabelecimentos, mercadorias que comercializaram, sem que suas entradas ou saídas tivessem sido registradas nos livros fiscais próprios.

“Muitos deles estão grafados com a expressão ‘controle interno’, trazem a denominação, endereço e telefones dos Supermercados Vitória Ltda., e foram emitidos na própria empresa por determinação expressa dos denunciados, para que as mercadorias neles mencionadas pudessem circular nos estabelecimentos.

“A prática intentada pelos denunciados era tão ousada que em tais documentos constam carimbos da empresa, afirmando o recebimento das mercadorias nele consignadas e assinaturas. Até mesmo comprovantes de pagamentos efetuados pelos denunciados, através de depósitos em conta dos fornecedores, as Autoridades Fiscais conseguiram apreender, o que torna indúvidas as citadas aquisições de mercadorias, cujos registros, nos livros fiscais, foram deliberadamente omitidos.

“A quantidade de documentos extrafiscais apreendida, sem se somar os que compõem o ‘caixa-dois’, alcança a cifra de 6.355 (seis mil e trezentos e cinquenta e cinco) unidades, e cada qual deles refere a aquisição de mais de um gênero ou espécie de mercadoria.

“Aliás, foram adquiridas, através de tais documentos e além de outras mercadorias neles discriminadas, 1.080.000 (um milhão e oitenta mil) quilos de feijão, da empresa de Ambrósio Mafra, de Brusque;

2.124.000 (dois milhões e cento e vinte e quatro mil) quilos de arroz, da empresa de Hugo Staack, de Brusque; 535.000 (quinhentos e trinta e cinco mil) quilos de café, da Indústria e Comércio Cometa, de Itajaí; 216.000 (duzentos e dezesseis mil) quilos de azeitonas, da empresa de Jaime Justi, de Itajaí; 153.000 (cento e cinquenta e três mil) quilos de arroz, da empresa J. Reis & Cia Ltda.; 175.000 (cento e setenta e cinco mil) quilos de sardinha, da Femepe de Itajaí; e 430.000 (quatrocentos e trinta mil) quilos de farinha de mandioca, da empresa Irmãos Mendes Ltda.

“As aquisições de mercadorias sem nota fiscal a acobertá-las tinham e têm por objetivo permitir que, por ocasião de suas vendas, os denunciados não necessitassem registrar as operações respectivas no livro de Registro de Saídas.

“Verificaram-se comercializações de mercadorias, os denunciados abocanharam polpidos lucros, mas o Estado de Santa Catarina, flagrantemente lesado, nada arrecadou.

“A estratégia utilizada para fraudar o Fisco, resumidamente, foi a seguinte: em cada um de seus estabelecimentos, como operavam com muitas máquinas registradoras ao mesmo tempo, os denunciados, em determinados períodos, desativavam algumas. Porém, esta paralisação verificava-se apenas para efeito de tributação, pois, em verdade, a registradora prosseguia operando normalmente.

“O desativamento das máquinas registradoras dava-se, de regra, entre os dias 5 e 25 de cada mês.

“Por expressa disposição do art. 8º, do Anexo VIII, do RICMS/SC, a

escrituração, no livro de Registro de Saídas, das operações registradas em máquina registradora é feita com base no ‘mapa resumo de caixa’. Ocorre que, no período em que as operações de vendas não eram submetidas à incidência do tributo, os denunciados deixavam de registrá-las no citado mapa resumo de caixa, o que acarretava seus não-lançamentos também no livro Registro de Saídas, base para a apuração do imposto.

“Contudo, os valores que ingressavam na empresa, através da máquina registradora que os denunciados diziam estar desativada, eram normalmente escriturados no ‘caixa dois’, que a empresa denominou ‘movimento do dia’. Para que se identifique, sem mais demora, qual é o ‘caixa dois’ da empresa dos denunciados, basta que compusemos os autos até localizar documentos nos quais está consignada, na parte superior, a expressão ‘movimento do dia’.

“Tomando-se unicamente os mapas resumo de caixa, que também atendem pela sigla MRC, e o livro Registro de Saídas, verificar-se-á que os valores neles apostos é exatamente o mesmo. Mas tais valores diferem dos consignados no ‘caixa dois’, que são os que os denunciados, efetivamente, receberam por conta das vendas de mercadorias.

“Logo, confrontando-se os valores registrados no MRC e no livro de Registro de Saídas, com aqueles que estão consignados nos documentos que denominamos ‘caixa dois’, verificar-se-ão expressivas diferenças, uma vez que os valores lançados na escrita fiscal oficial é muito inferior àqueles que se encontram positivados

no documento extrafiscal referido, que corresponde às vendas efetivamente realizadas pelos denunciados.

“A decorrência lógica desta prática ilícita é que, como os valores registrados nos livros fiscais próprios são inferiores àqueles efetivamente praticados pelos denunciados e escriturados no ‘caixa dois’, o Fisco Estadual experimentou expressiva redução ou supressão de ICMS.

“Tendo havido alienação de mercadorias, era obrigatória sua escrituração no livro Registo de Saídas, pois o fato, conforme positiva o art. 2º, V, do RICMS/SC, constitui-se em fato gerador do imposto.

“É imprescindível, nesse passo, que abordemos cada uma das Notificações Fiscais mencionadas nesse item, para que se esclareça quanto, que máquinas registradoras, e se na matriz ou em que filial o ICMS devido foi reduzido ou suprimido pelos denunciados”, assim sintetizadas:

Notificação Fiscal n. 24126624 — Matriz — Itajaí:

No período de novembro de 1991 a 30 de abril de 1994, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 559.531,12, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24126725 — Matriz — Itajaí:

No período de maio de 1994 até fevereiro de 1995, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 318.168,48, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24149862 — Filial 1 — Balneário Camboriú:

No período de fevereiro de 1992 até abril de 1994, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 45.074,83, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24149963 — Filial 1 — Balneário Camboriú:

No período de maio de 1994 até fevereiro de 1995, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 54.001,67, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24150064 — Filial 2 — Balneário Camboriú:

No período de junho de 1994 a fevereiro de 1995, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 35.970,39, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24149761 — Filial 2 — Balneário Camboriú:

No período de novembro de 1991 a abril de 1994, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 139.744,95, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24126826 — Filial 3 — Itajaí:

No período de novembro de 1991 a abril de 1994, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montan-

te de R\$ 134.156,39, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24126927
— Filial 3 — Itajaí:

No período de maio de 1994 a fevereiro de 1995, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 46.424,15, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24125109
— Filial 4 — Balneário Camboriú:

No período de novembro de 1991 a abril de 1994, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 160.627,68, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24125210
— Filial 4 — Balneário Camboriú:

No período de junho de 1994 até fevereiro de 1995, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 59.807,70, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24125311
— Filial 5 — Balneário Camboriú:

No período de novembro de 1991 a abril de 1994, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 75.497,97, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24125412
— Filial 5 — Balneário Camboriú:

No período de maio de 1994 a fevereiro de 1995, deixando de submeter operações tributáveis à incidên-

cia do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 38.355,90, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24149054
— Filial 6 — Joinville:

No período de maio de 1992 a junho de 1992, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 4.308,64, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24127129
— Filial 7:

No período de outubro de 1992 a fevereiro de 1994, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 16.676,44, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24127230
— Filial 7 — Itajaí:

No período de agosto de 1994 a setembro de 1994, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 3.464,56, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24127331
— Filial 9 — Itajaí:

No período de dezembro de 1991 a abril de 1994, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 44.157,96, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24127432
— Filial 9 — Itajaí:

No período de maio de 1994 a fevereiro de 1995, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 53.649,53, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24125614 — Filial 11 — Joinville:

No período de maio de 1994 a fevereiro de 1995, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 94.456,41, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24127533 — Filial 13 — Itajaí:

No período de março de 1991 a abril de 1994, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 73.677,20, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24147640 — Filial 13 — Itajaí:

No período de maio de 1994 a fevereiro de 1995, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 27.671,23, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24147741 — Filial 14 — Itajaí:

No período de março de 1991 a março de 1994, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 91.025,11, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24125513 — Filial 11 — Joinville:

No período de abril de 1992 a abril de 1994, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 91.999,91, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24147842 — Filial 14 — Itajaí:

No período de maio de 1994 a fevereiro de 1995, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 33.731,96, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24125715 — Filial 16 — Navegantes:

No período de março de 1991 a abril de 1994, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 127.731,72, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24125816 — Filial 16 — Navegantes:

No período de maio de 1994 a fevereiro de 1995, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 62.126,83, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24148044 — Filial 17 — Indaial:

No período de maio de 1994 a fevereiro de 1995, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de

R\$ 55.586,24, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24147943
— Filial 17 — Indaial:

No período de abril de 1992 até abril de 1994, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 50.964,68, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24125917
— Filial 18 — Florianópolis:

No período de abril de 1992 a abril de 1994, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 87.076,74, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24126018
— Filial 18 — Florianópolis:

No período de maio de 1994 a fevereiro de 1995, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 35.495,58, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24148145
— Filial 19 — Brusque:

Em abril de 1992, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 387,86, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24148246
— Filial 22 — São José:

No período de abril de 1992 a abril de 1994, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimen-

to desse tributo no montante de R\$ 197.571,87, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24148347
— Filial 22 — São José:

No período de maio de 1994 a fevereiro de 1995, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 140.370,53, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24126119
— Filial 23 — Joinville:

Em agosto de 1994, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 5.627,08, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24126220
— Filial 26 — Timbó:

No período de dezembro de 1992 a abril de 1994, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 43.204,20, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24126321
— Filial 26 — Timbó:

No período de maio de 1994 a fevereiro de 1995, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 49.886,96, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24148448
— Filial 31 — São José:

No período de janeiro de 1993 a março de 1994, deixando de submeter operações tributáveis à incidência

do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 44.920,34, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24148549
— Filial 31 — São José:

No período de maio de 1994 a fevereiro de 1995, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 52.175,55, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24126422
— Filial 32 — Itajaí:

No período de março de 1991 a abril de 1994, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 143.799,96, atualizado até 26 de junho de 1995.

Notificação Fiscal n. 24126523
— Filial 32 — Itajaí:

No período de novembro de 1994 a fevereiro de 1995, deixando de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS devido, reduziram o recolhimento desse tributo no montante de R\$ 26.554,3, atualizado até 26 de junho de 1995.

Continuando, a inicial ressalta:

“O ICMS devido pelos denunciados ao Estado de Santa Catarina, calculado com base nas Notificações Fiscais impostas ao Supermercados Vitória Ltda., livre de qualquer multa ou juros, importa, em 12 de fevereiro de 1996, em R\$ 4.906.617,23 (...).

“Computando-se mais a multa devida pelo não recolhimento do tributo nos termos da lei, e juros, o valor al-

cança a expressiva importância de R\$ 9.483.538,26 (...).”

Na oportunidade, o Ministério Público pediu o seqüestro dos bens imóveis dos denunciados, com fundamento no Decreto n. 3.240/41 (fls. 44/45), o que foi deferido (Decisão de fls. 46).

Contra tal decisão judicial, os denunciados ingressaram com mandado de segurança perante este Tribunal de Justiça, visando a desconstituir a medida assecuratória, que foi concedido por esta Segunda Câmara Criminal tão-somente para excluir da constrição judicial os imóveis adquiridos antes dos fatos ditos delituosos, objetos da presente ação penal.

Concluída a instrução criminal, restaram condenados, cada um dos acusados, ao cumprimento das penas de 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 120 dias-multa, no valor mínimo legal (1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do crime), por violação ao art. 1º, II, c/c art. 11 da Lei n. 8.137/90, c/c arts. 29 e 71, do Código Penal. Com supedâneo no Decreto-Lei n. 3.240/41, foi decretado o seqüestro definitivo dos bens constriados. Concedeu-se aos condenados o direito de apelar em liberdade.

Inconformados com a prestação jurisdicional entregue, recorreram o representante do Ministério Público e os réus, a tempo e modo.

Cídio, Antônio, Mário César e Sílvio Sandri, em extenso arrazoado, após levantar algumas preliminares de ocorrência de vícios processuais, postulam a absolvição, nos termos que expuseram; em alternativa, requerem o afastamento do seqüestro

dos bens imóveis, tornado definitivo pela sentença. Juntaram os documentos de fls. 1.244/1.251.

O representante do Parquet a quo contra-arrazou o recurso defensivo e apresentou suas razões de apelação, objetivando o aumento da pena-base irrogada aos réus, bem como a majoração da reprimenda imposta aos acusados no máximo previsto para a continuidade delitiva — 2/3 (dois terços) —, uma vez que a sentença entendeu provados os fatos descritos em 42 notificações fiscais.

Rebatido o apelo do Órgão do Ministério Público, os autos ascenderam a este grau de jurisdição, manifestando-se a ilustre Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e não provimento do recurso defensivo e pelo conhecimento e provimento do ministerial, para aumentar a pena irrogada.

Pelo Supermercados Vitória Ltda., foi juntada aos autos petição requerendo a permuta de bem seqüestrado, pedido que, após vista à Procuradoria-Geral de Justiça, foi deferido (Despacho de fl. 1.425).

Sobreveio pedido de substabelecimento e vista dos autos aos novos defensores constituídos dos acusados (fls. 1.431/1.432), o que lhes foi deferido (Despacho de fl. 1.430).

Houve oferecimento de memoriais pelos novos advogados dos apelantes, nos quais enfocam as preliminares de nulidade aventadas por ocasião das razões recursais e requerem que, caso rejeitadas, sejam absolvidos os recorrentes e, via de consequência, julgado prejudicado o apelo ministerial.

Na seqüência, em razão do julgamento do recurso voluntário n. UF 023822/958, proposto pelo Supermercados Vitória Ltda., pelo Conselho Estadual de Contribuintes, o Dr. João Batista Búrigo, Exmo. Sr. Procurador do Estado de SC requereu vista de alguns anexos, pelo prazo de 48 horas, para fins de xerocopiar alguns documentos, o que lhe foi deferido (Despacho de fl. 1.439).

Por fim, pelo Supermercados Vitória Ltda., aportou novo pedido de substituição de bem seqüestrado por outro de igual natureza (fls. 1.455/1.467), que, após vista ao Ministério Público de segunda instância, foi deferido (Despacho de fl. 1.473).

Quando o feito já se encontrava em pauta para ser julgado em 20/3/2001, os Drs. Antônio Pradi e Evanir Teresinha Pradi atravessaram petição requerendo a juntada das notificações de renúncia ao mandato que lhes havia sido outorgado por Antônio, Sílvio e Mário César Sandri, permanecendo o que lhes havia sido concedido por Cídio Sandri, pretendendo outrossim que fosse dada ciência aos advogados substabelecidos, com reserva de poderes, “da revogação do substabelecimento”.

Em 19/3/2001, na tarde anterior à do julgamento, os réus Antônio, Mário César e Sílvio Sandri ingressaram com pedido de juntada das procurações de seus novos causídicos, que postularam pela retirada do processo de pauta e concessão de vista, pedido do qual este Relator teve ciência somente na manhã de hoje, dia do julgamento dos apelos.

Em sessão, determinei a juntada das três petições atravessadas pe-

la defesa dos acusados Antônio, Mário César e Sílvio Sandri.

Ordenei, outrossim, a juntada dos instrumentos de mandato outorgados aos novos defensores de Antônio, Mário César e Sílvio Sandri.

É o relatório.

2 — Haja vista estar o apelo pautado para julgamento no dia de hoje, desde a data de 8 de fevereiro de 2001, consoante Edital publicado no Diário da Justiça n. 10.640, pág. 34, esta Câmara houve por bem indeferir os pedidos de retirada de pauta e vista dos autos formulados pelos novos advogados de Antônio, Mário César e Sílvio Sandri.

De se ressaltar que de tal ato nenhum prejuízo advirá à defesa dos apelantes, posto que além de terem apresentado alentado arrazoado por ocasião da apresentação de suas razões de recurso, juntaram denso memorial, tendo inclusive o advogado que renunciou ao mandato feito sustentação oral, fato que consta da Certidão de Julgamento.

Indeferiu-se também o pedido de ciência aos advogados substabelecidos quanto à renúncia e revogação dos poderes conferidos em razão do substabelecimento, posto que presentes ao julgamento e de tudo cientes.

3 — Por ocasião de suas razões recursais, levanta a defesa dos apelantes alguns fatos e argüi também nulidades processuais, pelo que há que se abordar primeiramente as preliminares invocadas, esclarecendo-se o que segue:

3.1 — Da suposta parcialidade da Magistrada condutora da ação penal:

Já na fase de alegações finais, a defesa argüiu que a Juíza que sentenciou o feito, Dra. Marli Mosimann Vargas, titular da 2ª Vara Criminal da comarca de Itajaí, deveria ter-se dado por suspeita para conduzir e julgar a ação penal sub judice, haja vista ser o seu esposo “inimigo dos denunciados”, uma vez que, no passado, nas funções de caixa executivo do Banco do Estado de Santa Catarina, era “encarregado da movimentação financeira da Empresa Hipermercados Vitória Ltda., e foi, a pedido de seus proprietários, dispensado desta função, assim como temporariamente transferido para outros postos do Besc, como na Marcos Konder e na Prefeitura. A única verdade é que não existiu a Agência Cordeiros, que foi confundida com a do Banco do Brasil” (Razões — fl. 1.180).

Diz, ainda, que não lhe foi dado vista do documento, novo, trazido com a sentença — Declaração do Banco do Estado de Santa Catarina dando conta de que o funcionário Ivo Vargas era funcionário daquela instituição e jamais fora transferido para outra filial do banco ou daquela agência, desde que ingressou na agência de Itajaí/SC, onde exerce as funções de caixa executivo, e que o Besc jamais instalou ou manteve subagência, posto avançado ou caixa avançado no Bairro Cordeiros, em Itajaí (fl. 1.120).

Consoante a doutrina, “o juiz deve dar-se por suspeito, ou poderá ser recusado por qualquer das partes através de exceção de suspeição (art. 95, I) nas hipóteses mencionadas no art. 254, que é taxativo, não admitindo ampliação” (Julio Fabbrini Mirabete, Código de Processo Penal Interpreta-

do, 5 ed., Atlas, São Paulo, 1995, pág. 328), e que assim dispõe:

“Art. 254. O Juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

“I — se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer delas;

“II — Se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

“III — se ele, seu cônjuge, ou parente consanguíneo, ou afim, até o 3º grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

“IV — se tiver aconselhado qualquer das partes;

“V — se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

“VI — se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo”.

Ora, a Magistrada sentenciante não se encontrava em quaisquer das hipóteses previstas no art. 254 do Código de Processo Penal para, ex vi do art. 97 do CPP, de ofício, declarar-se suspeita para conduzir o feito, tanto que rechaçou a preliminar de suspeição aventada por ocasião das derradeiras alegações, assim fundamentando:

“A douta Defesa argüiu em preliminar que essa Autoridade deveria se dar por suspeita, pois, segundo alega, o marido Ivo Vargas Filho é inimigo dos acusados e que teriam levado o Sr. Ivo a ser transferido para a Agência de Cordeiros, só retornando para a Central, após o fechamento da

filial, e que o Sr. Ivo disse que se vingaria.

“É mentira. O Sr. Ivo Vargas Filho não é inimigo de qualquer denunciado e, conforme declaração juntada à fl. 1.120, assinada pela Gerência do Banco Besc desta Cidade, o citado senhor, desde que veio a esta Comarca, há aproximadamente 4 (quatro) anos, sempre trabalhou na Agência Centro e acrescentou a Gerência que nunca existiu a Agência de Cordeiros do Banco Besc.

“Esta Autoridade está serena e com todas as condições para julgar o presente feito com imparcialidade, que é a maneira de agir que temos pautado em toda nossa carreira.

“Também é uma inverdade o douto Defensor alegar que tratamos com agressividade, com descortesia e falta de urbanidade à sua pessoa.

“Estivemos poucas vezes frente ao causídico e não lhe dirigimos qualquer palavra agressiva, e quando fomos indagados sobre algum assunto, sempre respondemos.

“Novamente, repetimos que temos pautado nossa carreira com a boa educação, que nos é peculiar.

“Assim, indefere-se a pretensão” (Sentença — fl. 1.125, destacamos).

Por outro vértice, nos moldes do art. 98 do CPP, “quando qualquer das partes pretender recusar o juiz, deverá fazê-lo em petição assinada por ela própria ou por procurador com poderes especiais, aduzindo as suas razões acompanhadas de prova documental ou do rol de testemunhas”, não se olvidando que, de acordo com o art. 96 do CPP, “a argüição de suspeição

precederá a qualquer outra, salvo quando fundada em motivo superveniente”.

Acaso realmente os réus pretendessem recusar a Magistrada que conduziu a ação penal desde a sua deflagração, colhendo provas e, ao final, entregando a prestação jurisdicional, deveriam ter argüido a exceção por meio de petição, devidamente instruída com elementos comprobatórios do alegado, e por ocasião da primeira manifestação nos autos, isto é, logo após o interrogatório das partes, na defesa prévia. Assim não o fizeram, pelo que preclusa tornou-se a matéria.

Conveniente citar, por fim, que “a parte ou seu representante legal não tem a prerrogativa nem o poder de ‘recusar’, pura e simplesmente, a autoridade, como se a atuação desta ficasse ao seu poder dispositivo. Inexiste em nosso ordenamento jurídico aquilo que se denomina *recusatio iudicis*, senão apenas a *exceptio iudicis*, de modo que o afastamento do Juízo do processo só se dá, segundo a legislação processual em vigor, quando ficar comprovado, sem rebuscos, que o Magistrado é efetivamente suspeito ou encontra-se impedido” (TJSP — ES — Yussef Cahali — RT 726/619).

3.2 — Da sustentada necessidade do encerramento do processo administrativo antes da prolação da sentença condenatória:

Numa exegese particular do disposto na Súmula 609 do Supremo Tribunal Federal, os apelantes argumentam que, embora o desfecho de procedimento administrativo-fiscal seja desnecessário para o início da ação penal, a sentença criminal, em se tra-

tando de delitos contra a ordem tributária, somente poderia ser prolatada após o último grau do julgamento administrativo.

Assim, reconhecem os apelantes que o Ministério Público não está vinculado ao encerramento da instância administrativa para a propositura da ação penal, mas entendem que para a prolação de sentença condenatória, tal se faria imprescindível.

De longa data a Corte Suprema tem entendido que “a apuração do débito fiscal, na instância administrativa, não constitui condição de procedibilidade da ação penal, ou condição objetiva de punibilidade” (RHC n. 53.410/SP — rel. Min. Xavier de Albuquerque — 2ª Turma — j. em 13/5/75 — DJU de 6/6/75 — grifamos), obviamente porquanto sabido e consabido que as instâncias penal e administrativa são independentes.

Não discrepa o Superior Tribunal de Justiça, leia-se:

“Sonegação fiscal — Denúncia — Apuração do débito tributário na instância administrativa — Irrelevância, pois as instâncias são autônomas.

“(…) A apuração do débito tributário na instância administrativa não é condição de procedibilidade de ação penal nem é pressuposto para o oferecimento da denúncia por crime de sonegação fiscal, pois as instâncias são autônomas” (RHC n. 5.805/SP, rel. Min. Vicente Leal, j. em 8/10/96, DJU de 2/12/96).

Os demais Tribunais do País têm decidido na mesma vertente, conforme se infere da seguinte decisão:

“Sonegação fiscal — Desnecessidade de prévia solução do conflito

to tributário, na esfera da administração fiscal, como condição de procedibilidade — Habeas corpus visando o trancamento da ação fiscal — Ordem denegada.

“Não há regra geral que vincule o Judiciário em matéria de sonegação fiscal, à decisão definitiva proferida na instância administrativa. Logo, não está o juiz penal obrigado a aguardar a solução da referida instância, para permitir a movimentação da ação penal” (TJPR — HC n. 55.951-7, de Londrina, rel. Des. Tadeu Costa, j. em 3/4/97).

Desta egrégia Corte colhe-se, no mesmo diapasão:

“Habeas corpus. Trancamento da ação penal. Crime contra a ordem tributária. Justa causa. Inocorrência. Cancelamento do ato fiscal na via administrativa. Irrelevância. Denegação da ordem.

“As sanções penais e administrativas são autônomas em face do que, salvo se a lei diferentemente dispusesse, não é possível pretender-se que a aplicação de uma satisfaça a outra (STF, RT 611/237).

“A apuração do débito fiscal na instância administrativa não constitui condição de procedibilidade ou pressuposto de punibilidade” (HC n. 10.494, de São José).

“O trancamento da ação penal, em sede de habeas corpus, ‘só é cabível, quando constatável, prima facie, a ausência de indícios de autoria, da materialidade e atipicidade criminosa do fato imputado’ (HC n. 10.476)” (HC n. 10.786, de Palhoça, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 11/1/93).

Nem se argumente com o que dispõe o art. 83 da Lei n. 9.430, de 26 de dezembro de 1996, que dita que “a representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente”.

As discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, relativamente à deflagração da ação penal, há muito foi esclarecida por nossas Cortes Maiores, que ofereceram a melhor exegese para o dispositivo em tela, como se infere dos arestos acima transcritos.

Fixou-se, tanto na doutrina como na jurisprudência, a total autonomia do Órgão Ministerial em relação ao Fisco, podendo aquele, inclusive, requisitar a estas informações e documentos, atuando sem qualquer restrição procedimental.

E, quanto aos danos causados por um delito de natureza tributária, expõe Damásio E. de Jesus, em artigo intitulado “A Questão da Representação na Ação Penal por Delito Tributário”:

“Os delitos definidos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/90 têm a ‘ordem tributária’ como objeto jurídico, tutelando, de forma secundária, outros bens, p. ex., a fé pública e o patrimônio. ‘O bem jurídico’, ensina Luiz Vicente Cernicchiaro, ‘é bifronte: de um lado, compreende o interesse público de o Estado obter os meios para a realização de suas atividades; de outro, avulta o interesse do Tesouro, patri-

monial, relacionado com as receitas do Estado. Assim, o bem jurídico não traduz apenas interesse patrimonial. Alcança também os limites da política econômica, o que faz aumentar o significado do delito tributário. Quem, ilustrativamente, sonega o tributo não afeta somente o patrimônio público, repercutindo na arrecadação. Vai além. Atinge a Economia, ocasionando, com isso, reflexos na atividade do Estado' (Direito Penal Tributário — Observações de Aspectos da Teoria Geral do Direito Penal, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, n. 11, pág. 181, n. 62). Como diz Rui Stoco, 'são interesses estatais ligados à arrecadação dos tributos devidos à Fazenda Pública, visando à boa execução da política tributária do Estado' (Sonegação Fiscal e os Crimes contra a Ordem Tributária, RT 675/340). Realmente, a proteção jurídico-penal apresenta natureza supra-individual, visando a 'garantir um justo equilíbrio na produção, circulação', arrecadação, 'circulação e distribuição da riqueza entre grupos sociais' (João Marcello de Araújo Júnior, Dos Crimes contra a Ordem Econômica, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, pág. 36). Por isso, o crime tributário, além de causar prejuízo patrimonial ao erário, à fé pública etc., lesiona o conjunto de relações entre o Fisco e o contribuinte, a arrecadação de tributos e a justa distribuição, por intermédio de prestação de serviços do Welfare State, entre os membros, pessoas físicas e jurídicas, que integram a comunidade. O interesse coletivo, ordem tributária, é de tal importância ao Estado e à coletividade que está disciplinado na CF (arts. 145 e

162). Esses bens, relacionados com o patrimônio e à Economia estatal, essencialmente públicos, quando lesados, não poderiam ter a apuração do fato a ser promovida pelo Ministério Público condicionada à vontade da autoridade fiscal. A natureza do interesse não condiz com o fundamento da ação penal pública condicionada à representação. De permanecer íntegra a Súmula 609 do STF: 'É pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal'" (pág. 2, o grifo é nosso).

Estabeleceu-se, assim, o caráter unicamente administrativo do artigo 83 da Lei n. 9.430/96, que em momento algum estabelece, como condição de procedibilidade, a representação do agente fazendário. Propõe, isto sim, uma limitação ao fiscal, para que, de posse de informações precisas, informe o Ministério Público da configuração de provável delito, sem, de maneira alguma, impedi-lo de fazer suas próprias averiguações, com o que, aliás, concorda a defesa.

Nesse norte vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça:

"RHC — Penal tributário — Processual penal — Crime tributário — Instância administrativa — Condição de procedibilidade — Lei n. 9.430/96 — O Ministério Público é titular de ação penal. A instância administrativa não constitui condição de procedibilidade. A Lei n. 9.430/96 tem outro sentido. Determina que, havendo indícios de crime, a autoridade administrativa deverá comunicar o fato ao Ministério Público" (Recurso de Habeas Corpus n. 6.162, 97/002148-3, de São Paulo, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. em 1º/4/97).

Do mesmo Superior Sodalício, transcreve-se:

“Sonegação fiscal — Denúncia — Apuração do débito tributário na instância administrativa — Irrelevância, pois as instâncias são autônomas.

“(…) A apuração do débito tributário na instância administrativa não é condição de procedibilidade de ação penal nem é pressuposto para o oferecimento da denúncia por crime de sonegação fiscal, pois as instâncias são autônomas” (Recurso de Habeas Corpus n. 5.805/SP, rel. Min. Vicente Leal, j. em 8/10/96, DJU 2/12/96).

Mais especificamente rechaçando a pretensão dos apelantes, tem-se, do Superior Tribunal de Justiça:

“Sonegação fiscal — Apuração do débito fiscal — Não configuração de condição de procedibilidade — Ação penal — Suspensão no aguardo do fim de processo administrativo — Incabimento — Independência das instâncias.

“Crime de sonegação fiscal. Instauração de ação penal. Suspensão para aguardar decisão administrativa. Falta de amparo legal.

“As instâncias penal e administrativa não guardam dependência uma da outra e nem as disposições do Código de Processo Penal autorizam a suspensão, de ofício, da ação penal no aguardo de solução a ser proferida em procedimento administrativo. Firme, por outro lado, a jurisprudência segundo a qual a apuração do débito fiscal não é condição de procedibilidade da ação penal” (STJ — REsp n. 59.512-6/SP — Ac. 5 T., u. — rel. Min.

Jesus Costa Lima — j. em 25/4/95 — Fonte: DJU I, 15/5/95, pág. 13.427).

Do STJ, também no mesmo diapasão, mais recentemente: HC n. 10.618/PR, rel. Min. Edson Vidigal, in RSTJ 128/437.

E, dos Tribunais Estaduais, no mesmo vértice:

“Não é possível erigir a inscrição da dívida como condição de procedibilidade do delito de sonegação fiscal, pois não é ela que o constitui, eis que preexistente e continua a existir ainda que a dívida não seja inscrita e mesmo que a autoridade fiscal tenha absolvido o sonegador” (RT 443/467, grifamos).

“Não há regra geral que vincule o Judiciário em matéria de sonegação fiscal à decisão definitiva proferida na instância administrativa. Logo, não está o juiz penal obrigado a aguardar a solução da referida instância, para permitir a movimentação da ação penal” (TJPR, HC n. 55.951-7, de Londrina, rel. Des. Tadeu Costa, j. em 30/4/97).

Desta Egrégia Corte colhe-se, no mesmo diapasão:

“Habeas corpus. Trancamento da ação penal. Crime contra a ordem tributária. Justa causa. Inocorrência. Cancelamento do ato fiscal na via administrativa. Irrelevância. Denegação da ordem.

“As sanções penais e administrativas são autônomas em face do que, salvo se a lei diferentemente dispusesse, não é possível pretender-se que a aplicação de uma satisfaça a outra (STF, RT 611/237).

“A apuração do débito fiscal na instância administrativa não constitui

condição de procedibilidade ou pressuposto de punibilidade (HC n. 10.494, de São José) (...)" (HC n. 10.786, de Palhoça, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 11/1/93).

E, por fim:

“— As instâncias penal e administrativa são autônomas.

“— Em tema de crime tributário a titulariedade da ação penal compete ao Ministério Público, não constituindo a instância administrativa condição de procedibilidade, sequer à luz do disposto no art. 83 da Lei n. 9.430/96, cujo comando dirige-se à administração e colima, exclusivamente, fixar o momento do envio da representação fiscal” (Habeas Corpus n. 97.007880-3, de Lages, rel. Des. Alberto Costa, j. em 26/8/97).

Além disso, percebe-se que o trânsito em julgado da decisão administrativa, muitas vezes, toma lapso temporal mais extenso do que aquele caracterizador da prescrição dos crimes contra a ordem tributária, e esperar por essa decisão poderia pôr em risco a própria persecução criminal, impedindo-se a apuração da verdade e consolidando-se, institucionalmente, a impunidade, o que, de forma alguma pode-se permitir, uma vez que os prejuízos sociais causados por delitos de tal natureza são alarmantes.

Assim, e como bem lembrou o Procurador de Justiça oficiante, Dr. Robison Westphal, “seja qual for o aspecto de abordagem, verifica-se que a instância jurisdicional penal é totalmente independente da instância administrativa, tanto na admissibilidade da denúncia quanto na fase decisória, com a prolação da sentença, mere-

cendo rejeição também esta preliminar suscitada.

“Entendimento contrário, data venia, representaria negativa de vigência aos artigos 5º, inciso XXXV, e 129, inciso I, da Constituição Federal” (fl. 1.346).

3.3 — Da prova pericial produzida:

Alega a defesa dos apelantes que os peritos que atuaram no feito eram incapazes ou inidôneos, vez que não eram contadores profissionais e não tinham registro no Conselho Regional de Contabilidade — CRC/SC, e também porquanto teriam sido parciais em suas respostas, já que, além de serem funcionários do Tribunal de Contas do Estado de SC, pretendiam receber pelo serviço prestado ao Juízo, pelo que tenderam a “agradar” o Ministério Público com as suas conclusões.

Razão não lhe assiste, quanto à aventada incapacidade técnica dos peritos que procederam o laudo que consta nos Anexos 1, 2 e 3/150.

De uma simples leitura da referida peça pericial infere-se que os experts que a assinaram, Geraldo Bento Rocha e Joel José Coelho, são contadores devidamente inscritos no Conselho Regional de Contabilidade de Santa Catarina sob os ns. 5.025 e 13.269, respectivamente, como fazem prova os documentos que descansam à fl. 53, tendo eles prestado o devido compromisso legal de bem e fielmente realizarem a tarefa que lhes estava sendo confiada pelo Juízo processante (Termo de Compromisso de fl. 530).

A inidoneidade ou parcialidade dos peritos reside unicamente nas alegativas defensivas, sem qualquer res-

paldo probatório, como lhes competia fazer, nos termos do art. 159 do CPP, e no fato de serem os peritos funcionários do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, que em nada tira a credibilidade dos expertos, ao contrário, tem-se mais certamente que eram altamente habilitados para a tarefa que lhes foi outorgada.

Merece destaque que obviamente as respostas às questões defensivas somente ocuparam as folhas dezoito e parte da dezenove do laudo porquanto eram seis quesitos a ser respondidos, sem quaisquer desdobramentos (vide fls. 474/475), ao contrário das questões propostas pelo Órgão Ministerial, em número de oito, na sua maioria com vários desdobramentos (vide fls. 415/471), totalizando cinqüenta e cinco perguntas.

Quanto aos fatos, bem assinou o Parquet ad quem:

“(...) compulsando-se o laudo em anexo, constituído de três volumes, percebe-se razão bastante lógica para o fato tão valorizado pela combativa defesa: a diferença de espaço dedicada às respostas dos quesitos entre o Ministério Público e defesa é diretamente proporcional à quantidade de quesitos formulados por cada parte. A saber: o Ministério Público apresentou, considerados os desdobramentos de cada quesito, 55 (cinqüenta e cinco) perguntas, ao passo que a defesa formulou apenas seis quesitos, sem desdobramentos.

“Portanto, afigura-se igualmente insubsistente a preliminar em apreço, porquanto destituída de amparo legal, restando apenas a subjetiva apreciação dos acusados quanto ao ânimo dos peritos compromissados”.

E, continuando, ressalta:

“Em verdade, a prova da materialidade dos delitos perpetrados, independentemente da perícia ad cautelam requerida e produzida nos autos, já se encontra plasmada no processo, revelada através da volumosa prova documental (cento e cinqüenta anexos, com destaque para os originais do chamado ‘Movimento do Dia’, verdadeiro ‘caixa dois’ da empresa dirigida e administrada pelos condenados) e que será analisada de forma mais detida nas ponderações acerca do mérito.

“Nessas condições, lúcidos entendimentos jurisprudenciais têm reconhecido até mesmo a desnecessidade da produção de prova pericial, conforme se pode anotar, exemplificadamente:

‘Apelação Crime n. 694009739 — 4ª Câmara Criminal — Santa Rosa.

‘Sonegação fiscal. Perícia.

‘Dispensável perícia para prova de autoria e da materialidade dos delitos de sonegação fiscal quando apreendidos documentos, em caixa dois, demonstrando as compras e vendas por valores a menor dos reais e transações com veículos usados através de interpostas pessoas. Preliminares rejeitadas. Condenação mantida.

‘A decisão a seguir transcrita confirma a dispensabilidade de exames periciais em casos como o dos autos, senão vejamos: ‘Sonegação Fiscal. Não é indispensável à configuração desse delito a realização de perícia, desde que presentes outros elementos de prova demonstrativos da procedência da acusação’ (Apelação Crime n. 692145659, 4ª Câmara Cri-

minal do TJRGS, rel. Dr. Marcelo Bandeira Pereira, julgada em 13/4/93)'.
 "No mesmo sentido o entendimento contido no corpo do acórdão que julgou o Habeas Corpus n. 692079056, aqui transcrito:

'O auto de exame de corpo de delito, mencionado no CPP como indispensável, nos crimes que deixam vestígios, tem relação com os objetos que não podem ser inseridos nos autos, ou com pessoas. Quando o corpo de delito compõe-se de Livros ou documentos, que podem vir ao processo, no original ou em cópia autêntica, nem sempre a perícia se mostra imprescindível. De qualquer modo, estando nos autos esses documentos, é sempre possível, a qualquer tempo, determinar-se a realização de exames periciais, quando necessários. A não realização da perícia não é causa, em tal hipótese, para o trancamento da ação penal' (Habeas Corpus n. 692079056, 1ª Câmara Criminal do TJRGS, rel. Desembargador Ranolfo Vieira, julgado em 2/9/92) (RJTJRS n. 168).

'(...)

'c) Falta de perícia contábil. Em se tratando de falsidade ideológica, a perícia no documento é dispensável.

'(...)

'Apelo improvido'.

'Voto

'(...) Embora os fatos criminosos atribuídos ao réu tenham deixado vestígios na contabilidade (pelo incompleto registro das entradas e saídas), não está sendo processado por causa dos vestígios, mas pela falsidade ideológica de que se valeu para perpetrá-los (inc. II, art. 1º, Lei n.

4.729/65), através dos documentos que deram origem àqueles registros. Aliás, só não responde pelo crime do art. 299 do CP em virtude da incidência do princípio da especialidade, um dos instrumentos postos à disposição do intérprete para solucionar conflito entre normas penais. Em se tratando de falsidade ideológica, a perícia no documento é dispensável, pois, 'enquanto a falsidade material afeta a autenticidade ou inalterabilidade do documento em sua forma extrínseca e conteúdo intrínseco, a falsidade ideológica afeta-o tão-somente na sua ideação. Daí a desnecessidade de perícia para a sua firmação' (TJSP, rel. Humberto da Nova, RT 412/72)'.
 'Desse modo, com muita clareza verifica-se que não é de falsidade material que está sendo acusado o apelante. A denúncia imputa-lhe uma conduta cujo crime-meio é o crime de falsidade ideológica: inserir elementos inexatos, ou seja, o que foi inserido não corresponde à verdade, não é exato, é declaração diversa do que deveria ser escrita'.

'Ainda nesse sentido, a seguinte decisão:
 'Crime de sonegação fiscal — Valor probante do levantamento efetuado pelo Fisco — Entendimento.

'O detalhado levantamento feito pelo Fisco Estadual, com referências a números de notas fiscais, datas da respectiva emissão, valores constantes da primeira e da via fixa, diferenças de valores lançados e montante do tributo não recolhido, e documento oficial, goza de presunção iuris tantum de veracidade e, por isso, bem se presta, até prova em contrário, como comprovante da sonegação'

(RJDTACrim — vol. 15 — julho/setembro 1992 — pág. 55 — rel. Barbosa de Almeida)".

Por derradeiro, não é demais recordar que a própria sistemática processual penal vigente disciplina que “o Juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte” (art. 182 do CPP), repisando-se, também, que o art. 157 do mesmo diploma instrumental, consigna que “o Juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”, pelo que se pode afirmar com tranquilidade que não está o Juiz limitado ou restrito ao laudo pericial apresentado, que sempre será sopesado com as demais provas produzidas, acusatórias e defensivas.

3.4 — Dos testemunhos de acusação colhidos por precatória:

Sustentam os recorrentes que os depoimentos colhidos por meio de Carta Precatória na cidade e comarca de Joinville, “sofrem dos vícios da ilegalidade, má-fé e foram produzidos com artifícios criminosos” (fl. 1.217).

Isso porque os quatro depoimentos dos fiscais de tributos estaduais que fiscalizaram e apreenderam os documentos que deram ensejo à presente persecução criminal, Venilton M. do Nascimento, Celso Pazzinato, Orlando Hornburg e Paulo P. de Deus, que estão acostados às fls. 496 a 511, guardam identidade entre si, e foram “prestados” com quebra dos preceitos contidos no Código de Processo Penal, em seus artigos 204, 210, 213, 215 e 216” (fl. 1.218), faltando-lhes “o dia, mês e ano em que foram prestados”, o nome do Juiz, do Promotor, do advogado de defesa e seu número na OAB/SC, que estavam presentes no

ato, e do Técnico Judiciário que os dactilografou, o que os tornaria imprestáveis. Assevera também que quem estava presente no ato era o Promotor de Justiça da Capital, e não o de Joinville, como seria de rigor.

Dizem ainda que tais testemunhas não foram indagadas quanto às questões propostas oportunamente pela defesa, e, requerida nova inquirição destes testigos, houve por bem o Juízo de primeira instância indeferir o pleito, em afronta ao disposto no art. 212 do CPP, caracterizando, assim, cerceamento de defesa.

Sorte novamente não lhes socorre, consoante anotou o Dr. Procurador de Justiça oficiante, in verbis:

“Não procede o reclamo da douda defesa de que não haveriam sido formuladas aos depoentes perguntas previamente apresentadas por escrito ao Juízo deprecante, visto que o Juízo deprecante não está obrigado a remeter tais questionários com a carta precatória e, ainda que o fizesse, não está o Juízo deprecado obrigado a formular tais perguntas. Ou a parte tem ou não tem interesse de acompanhar os testemunhos, fazendo-se presente seu procurador. Ausente o defensor constituído, conforma-se com as declarações colhidas pelo Juízo deprecado, que, in casu, atuou regularmente, ouvindo as testemunhas em presença do representante do Ministério Público da Comarca e de advogado nomeado para o ato.

“Ademais, o que exige o artigo 222 do Código de Processo Penal é a intimação das partes da expedição da carta precatória, ato perfeitamente realizado. E mesmo a ausência de tal intimação é tida como mera nulidade re-

lativa, 'exigindo demonstração de prejuízo em tempo oportuno', conforme aponta Damásio E. de Jesus em seu 'CPP Anotado', comentando o artigo em referência, com suporte em julgados do colendo Supremo Tribunal Federal.

"Da mesma obra extrai-se, também, precedente publicado na Revista dos Tribunais 423/413, no sentido de que até mesmo a falta de assinatura do juiz nos termos de depoimentos de testemunhas tomadas por precatória constitui-se em mera irregularidade.

"Vê-se, portanto, não haver justificativa para vislumbrar nulidade no feito, apenas o combativo defensor busca deslustrar depoimentos cujo conteúdo não favorece seus clientes. Pelo contrário, o teor dos testemunhos colhidos — não só aqueles tomados na comarca de Joinville — comprovam sobejamente a descrição dos fatos delituosos constante da denúncia, deixando-se de reproduzi-los aqui para não se alongar, desnecessariamente, esta peça. Reside, talvez, neste fato, o inconformismo dos acusados.

"Já no que tange à semelhança ou até identidade dos depoimentos tomados na comarca de Joinville, afigura-se a circunstância decorrente da utilização dos recursos que a tecnologia contemporânea oferta ao desenvolvimento mais ágil das tarefas forenses. Não daquela rotina judiciária que inspirou o Código de Processo Penal da década de 40, mas da Justiça que enfrenta os desafios da era da informática, valendo-se desta para minimizar o acúmulo de tarefas gerado pela progressão geométrica do núme-

ro de conflitos submetidos à apreciação do Poder Judiciário, mormente na última década, sem correspondente crescimento da estrutura imprescindível para tal missão.

"Contando com tais recursos, parece ter havido por bem o Meritíssimo Juiz de Direito então deprecado em, após ouvir a primeira das testemunhas e registrar o seu depoimento, trilhar a mesma seqüência de questionamentos às demais; recebendo respostas de teor assemelhado, porém de significado idêntico, entendeu de não alterar a transcrição que já se encontrava na tela do microcomputador desde o primeiro testigo, adaptando, contudo, por evidente, a qualificação de cada qual dos inquiridos.

"Havendo ocorrido assim, ou não, certo é que a produção da prova em debate ocorreu na presença do Ministério Público e de defensor nomeado para o ato — em virtude da ausência do defensor constituído, embora intimado da expedição da Carta Precatória. Ou seja, sob o crivo do contraditório e em Juízo, o que leva à firme convicção, salvo prova em contrário a cargo do interessado, de que os termos retratam a verdade (por sinal, em harmonia com o restante da prova produzida)".

De se gizar que os depoimentos prestados perante o Juízo deprecado encontram-se em plena harmonia com o que os testigos haviam declarado na fase investigatória (fls. 112 a 119).

De mais a mais, se equivoca a defesa quando diz que no ato de oitiva das testemunhas deprecadas estava presente o Promotor de Justiça da Capital. Da leitura dos depoimentos in-

quinados de nulos, que estão devidamente assinados pelo Juiz deprecado, Promotor de Justiça oficiente e advogado nomeado para o ato, assim como pelas testemunhas ouvidas, vê-se que o que estas declararam é que ratificavam “integralmente o teor de suas declarações prestadas perante o representante do Ministério Público da Capital” (fls. 62, 66, 70 e 74), que encontram-se às fls. 112 a 119.

Afasta-se, então, também esta prejudicial.

3.5 — Da nulidade da sentença, por não individualizar a conduta delituosa de cada um dos réus:

Não procede a dita nulidade da sentença, relativamente à aventada ausência de individualização da conduta de cada condenado.

O edito condenatório, não obstante de forma sucinta, explicitou em que se fundava para condenar cada um dos réus, senão leia-se:

“Os acusados Cídio Sandri e Antônio Sandri são proprietários, gerentes e administradores da empresa Supermercados Vitória e os denunciados Mário César e Sílvio exercem as funções de chefia e gerência.

“Consoante o acórdão de fls. 487: ‘a co-autoria ou participação nessa modalidade de crime é ínsita à natureza das atividades de chefia e gerência, pois são eles que determinam aos caixas e aos contadores quais dados devem ser inseridos e quais operações devem ser omitidas em documento ou livro exigido por lei’.

“É o caso dos autos.

“Os acusados Cídio e Antônio em seus depoimentos de fls. 422 e

423 disseram ser sócios-gerentes da empresa.

“Por outro lado, o acusado Sílvio (fl. 421 verso) afirmou ser funcionário e o acusado Mário César (fl. 424 verso) afirmou ser assessor financeiro, e todos negaram a prática do crime.

“O documento de fl. 192, uma procuração, atribui poderes para gerenciar a empresa ao acusado Mário César, e não foi contestado.

“A testemunha Afonso (fl. 448 verso) disse ‘que esteve inúmeras vezes na empresa e viu os acusados Sílvio e Mário circulando na empresa’.

“Tal versão está corroborada pelos depoimentos de fls. 496, 500, 504 e 508, e acrescentaram que os acusados Mário César e Sílvio acompanharam a auditoria à empresa.

“A testemunha Francisco (fl. 517) disse que o acusado Mário César sempre estava no Supermercado e foi ele quem compareceu ao prédio da fiscalização, nesta Cidade, para a tiragem do lacre das caixas registradoras.

“A defesa não trouxe qualquer documento comprobatório do (não) vínculo dos acusados Mário César e Sílvio à empresa.

“Daí reconhecer-se a concorrência de todos os acusados para os fatos delituosos, consoante o art. 11 da Lei n. 8.137/90, incidindo nas penas cominadas aos delitos” (fls. 1.164 e 1.165).

Como se vê, a sentença obedeceu ao mandamento constitucional do art. 93, IX, da Carta Política, bem como o disposto no art. 381 do Código de Processo Penal, no tocante à individualização das condutas dos réus,

embora tenha justificado seu convencimento de forma não muito aprofundada.

A jurisprudência está pacificada no sentido de que somente é nula a sentença quando não motivada, veja-se:

“Somente quando não motivada, a sentença é nula. Assim, a circunstância de conter fundamentação sucinta e deficiente não a invalida” (RTJ 73/220).

Também da Corte Suprema, extrai-se:

“Sentença — Nulidade — Inexistência — Exposição sucinta da acusação e da defesa e indicação dos motivos em que se fundou a decisão — Ato sentencial que satisfaz, plenamente, as exigências impostas por lei — Inteligência do art. 381 do CPP.

“A estrutura formal da sentença deriva da fiel observância das regras inscritas no art. 381 do CPP. O ato sentencial que contém a exposição sucinta da acusação e da defesa e que indica os motivos em que se funda a decisão, satisfaz, plenamente, as exigências impostas pela lei” (HC n. 70.814-5, de São Paulo, rel. Min. Celso de Mello, in RT 709/418).

O Superior Tribunal de Justiça também decidiu no mesmo norte:

“Processual penal — Pretensão de nulidade do feito — Alegações diversas — (...) Ausência de fundamentação da sentença condenatória (...).

“(…) — Somente a sentença não motivada é passível de nulidade. A fundamentação sucinta ou deficiente não a invalida (...).

“— Recurso parcialmente provido” (Recurso em HC n. 3.768-7, da Paraíba, rel. Min. Flaquer Scartezini).

Desta Casa provém a seguinte decisão, de idêntico diapasão:

“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” (Apelação Criminal n. 97.004216-7, de Lages, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 14/10/97).

E, mais recentemente:

“Processual penal — Preliminar de nulidade da sentença — Falta de fundamentação no tocante à fixação da reprimenda corporal — Inocorrência — Razões breves que não se confundem com carência de motivação — Eiva rechaçada” (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 99.016146-3, de Joinville, deste Relator, j. em 13/10/99).

Ainda que se reconheça que a sentença não primou pela melhor técnica na individualização das ações criminosas assestadas aos réus, é impossível dizer-se que se eximiu da análise destas, e, conforme lição de Damásio E. de Jesus, “somente o erro in procedendo anula a sentença, não o erro in judicando” (Código de Processo Penal Anotado, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 1993, pág. 228).

Seguindo todos os passos descritos no art. 381 do CPP para a prolação da decisão condenatória, não incorreu a Sentenciante, in casu, em error in procedendo, lembrando-se que o error in judicando alegado pela defesa será avaliado na seqüência,

quando adentrarmos na análise do mérito do apelo.

Dessa forma, afasta-se a pretensão nulidade da sentença, vez que, embora proferida de forma breve quanto à individualização das ações atribuídas à cada réu como criminosas, preenche os requisitos do artigo 93, IX, da Carta Constitucional, e artigo 381 do Código de Processo Penal.

3.6 — Da pretendida exclusão da relação processual, por falta de justa causa e ilegitimidade de parte, de Sílvio e Mário César Sandri:

Afirma a defesa dos apelantes que Sílvio e Mário César Sandri deveriam ser excluídos da relação processual, porque partes ilegítimas para integrar o pólo passivo da denúncia.

A questão já foi abordada por ocasião do julgamento do Habeas Corpus n. 96.000342-8, de Itajaí, em que atuei como Relator, impetrado em favor de Cídio Sandri, Antônio Sandri, Sílvio Sandri e Mário César Sandri, em que se objetivava o trancamento da ação penal ora sub judice, por falta de justa causa e inépcia, em que se decidiu denegar a ordem, sob os seguintes fundamentos:

“No caso, a denúncia narra que Cídio Sandri e Antônio Sandri são proprietários, gerentes e administradores da empresa Supermercados Vitória Ltda., uma rede de trinta e cinco (35) estabelecimentos espalhados por várias cidades catarinenses, que explora o comércio atacadista e varejista de diversas mercadorias. E esclarece que os réus Mário César Sandri e Sílvio Sandri, exercendo, de fato, funções de chefia e gerência, contribuem de maneira efetiva na administração da empresa. E termina por imputar a

todos, em regime de co-autoria ou participação, a inserção de elementos inexatos ou a omissão de operação de qualquer natureza em documento ou livro exigido pela lei, no afã de fraudar a fiscalização tributária. Ao proceder à imputação fática a denúncia faz um relato de quarenta e quatro (44) notificações fiscais, além de resumir outros atos fiscalizatórios, que autorizam a ilação de atentados contra a ordem tributária.

‘A co-autoria ou participação nessa modalidade de crime é insita à natureza das atividades de chefia e gerência. São os chefes ou gerentes que determinam aos caixas e aos contadores quais dados devem ser inseridos ou quais operações devem ser omitidas em documento ou livro exigido pela lei.

‘Não é possível, pois, cogitar-se de vício formal na denúncia, por ausência de imputação fática ou de individualização da parcela de cada co-autor ou participe na prática do crime continuado. Em vez de inepta, a denúncia se mostra, sob o aspecto técnico-jurídico, primorosa.

‘A farta documentação anexada à denúncia se desdobrou em cento e um (101) volumes. De mais a mais, a autoridade ministerial informou, também, a denúncia, com as declarações prestadas pelos fiscais Celso Pazzinato, Paulo Pereira de Deus e Olandio Hornburg, das quais se extrai, com muita facilidade e absoluta segurança, uma opinio delicti.

‘E a denúncia se propôs a demonstrar, durante a instrução, mediante a prova técnica que especificou e a prova oral cujo rol indicou, a veracidade da imputação fática e jurídica. A

pretensão punitiva, que a denúncia porta, não precisa vir provada desde logo. O ato acusatório de postulação depende só e só de um mínimo de prova. A sua característica é o juízo de probabilidade. A prova plena ou de altíssima probabilidade é peculiar ao juízo de certeza e interessa à sentença condenatória. A denúncia, como todo e qualquer ato de abertura de uma relação processual, a envolver jurisdição contenciosa, contém uma proposta de prova a respeito de sua causa de pedir. Em sendo recebida a denúncia, a produção da prova acusatória se procede sob o crivo do contraditório, sendo lícito à defesa propor e produzir contraprova. Não é necessário, então, que a denúncia faça-se mediante prova acabada e perfeita da pretensão punitiva”.

Há que se ressaltar que contra a referida decisão os acusados ingressaram com recurso ordinário em habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça, que houve por bem confirmar o entendimento lançado por nosso Sodalício (RHC n. 5.637/SC, rel. Min. Vicente Leal, j. em 9/9/1996, publ. in DJU de 21/10/1996, pág. 40.274).

De mais a mais, a mencionada ausência de provas das participações destes dois apelantes nos crimes de sonegação noticiados pelo Órgão Ministerial, o que traduziria a falta de justa causa para suas inclusões no pólo passivo da exordial acusatória, pois entende a defesa que não basta “para esse fim, a simples condição de empregados da empresa” (memorial — fls.), é matéria a ser sopesada quando da análise de mérito, e não em preliminar, pois envolve o aprofundamento nos elementos probatórios coletados,

pelo que se afasta mais esta prejudicial.

4 — No mérito

Sustentam os recorrentes:

a) a não comprovação pela acusação, seja por meio da perícia procedida, seja pela documentação apreendida pelo Fisco Estadual, da ocorrência de fato gerador do ICMS que se alega devido, consistente nas saídas de mercadorias ou prestação de serviços;

b) que o excesso de receita não prova circulação de mercadorias, eis que nem toda receita tem origem em vendas de bens ou serviços, sendo que, financeiramente, haverá obrigatoriamente diferença, a mais, quando do pagamento de cheques pré-datados e de outras operações, do que o valor de vendas no mesmo período de liquidação dessas cártulas;

c) que Mário César e Sílvio, muito embora sejam empregados “com funções mais altas do que a média dos outros”, não exercem funções de gerência dentro do Supermercados Vitória, “muito embora este termo seja por demais vago, pois cada filial, departamento e mesmo a matriz, tem seu gerente” (fl. 1.188), pelo que não podem ser responsabilizados pela suposta sonegação fiscal ocorrida;

d) a nulidade das notificações por inexistência de qualquer valor decorrente das máquinas registradoras que não tenha sido registrado nos livros fiscais pertinentes, salientando que as diferenças existentes decorrem do lançamento de cheques pré-datados, vales e pequenas despesas não tributáveis (crime impossível), e mesmo assim não se considerando, sustenta que não incide ICMS nas en-

tradas de mercadorias nacionais, não havendo, então, o que se falar em sonegação fiscal nesses casos, pois se poderia recolher o tributo devido quando da saída;

e) que a sentença equivocou-se quando considerou: que se constatou a existência de máquinas juridicamente desativadas e operando normalmente; que foi verificada enorme diferença entre o Mapa Resumo do Caixa e o livro de Registro de Saídas, assim como não existe prova das "saídas"; que houve rompimento dos lacres das máquinas registradoras;

f) que a Notificação Fiscal n. 24085400 (transferência inexata de créditos) foi cancelada por vício formal;

g) que quanto à Notificação Fiscal n. 2448953 não teria havido dolo por parte dos acusados, alegando ainda a ocorrência de erro escusável;

h) no tocante à Notificação Fiscal n. 24148650, sustentam que não concordam com a inaceitabilidade pelo fisco estadual, contrariando a jurisprudência, da atualização dos saldos credores da empresa perante o erário público do Estado, sendo inconcebível somente a atualização dos saldos devedores;

i) por fim, aduzem que as notificações fiscais que instruem a denúncia não servem para a condenação dos réus, na medida em que são "provas emprestadas", pois são cópias das originais.

Insurgem-se também quanto ao seqüestro dos bens, que entendem tratar-se de verdadeiro confisco.

Assim, e argumentando que a ação penal não pode traduzir-se em

instrumento de coação para a execução de eventual débito tributário, pretendem ver reconhecidas as nulidades apontadas, ou absolvidos os recorrentes e, via de consequência, cassado o seqüestro de bens determinado.

Passa-se, então, à análise das condutas delituosas denunciadas e das teses defensivas levantadas.

4.1 — Da materialidade dos ilícitos

A exordial acusatória de fls. 2 a 45 descreve seis espécies de fraudes, que foram capituladas como infrações ao artigo 1º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, as quais tratam de 44 (quarenta e quatro) notificações fiscais expedidas pela Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina.

Os acusados foram absolvidos de duas das ações classificadas na denúncia como típicas em razão das Notificações Fiscais de ns. 24149155 (fl. 390) e 24148751 (fl. 194).

A materialidade delitiva das demais condutas reside nas Notificações Fiscais acostadas às fls. 203, 229, 253, 276, 286, 312, 321, 329, 352, 361, 364, 380, 393, 715, 719, 738, 733, 748, 757, 760, 763, 780, 790, 815, 824, 849, 858, 868, 895, 905, 926, 947, 955, 958, 991, 994, 1.010, 1.020, 1.033, 1.050, 1.076 e 1.081, que, ao contrário do sustentado pela defesa, não são cópias das originais, mas terceiras vias dos originais, e estão todas devidamente assinadas pela autoridade notificante e por Cídio Sandri, este no campo "ciente do sujeito passivo" da obrigação tributária.

Não se tratam, portanto, de provas emprestadas, mas sim de docu-

mentos plenamente válidos, nos termos do art. 232 do CPP.

Já a de fl. 198 — Notificação Fiscal n. 24085400 — que trata da transferência inexata de créditos —, contudo, é uma cópia autenticada pelo Diretor da Diretoria de Administração Tributária, Secretaria de Estado da Fazenda, Estado de Santa Catarina.

Com razão a defesa quando alega sua imprestabilidade para comprovar o mérito desse ilícito.

É que lhe falta o valor probante legal, nos moldes do estabelecido no art. 232, parágrafo único, do Código de Processo Penal, o qual dispõe que: “À fotografia do documento, devidamente autenticada, se dará o mesmo valor do original”.

Ensina o mestre E. Magalhães Noronha:

“Documento original é o escrito, lavrado etc., sobre o ato ou o fato em questão; é o documento em sua forma genuína, o escrito em que, de origem, se lançou o ato’. A cópia é a reprodução dele (...) Cópia é ainda a fotografia do documento, a fotocópia, a que, desde que devidamente autenticada, o parágrafo único, art. 232, dá o valor que tem o original” (Curso de Processo Penal, 21ª ed., São Paulo, Saraiva, 1992, pág. 128).

E, continuando, ressalta:

“Requisitos indispensáveis do documento são a verdade e a autenticidade. ‘Consiste a verdade na existência real do que no instrumento se contém, se relata e se expõe; a sua autenticidade, na certeza legal de ser emanado da pessoa a quem é atribuído” (ob. cit., pág. 131).

Do ensinamento retrocolacionado não discrepa Tourinho Filho, que na obra *Processo Penal*, 11ª ed., vol. 3, pág. 308, disserta que “no documento o que importa é a autenticidade”, daí por que o artigo suso referido enuncia o valor da fotocópia autenticada.

Também nessa linha de pensamento, Walter P. Acosta ensina: “Não somente o original do documento, mas também sua fotografia (fotocópia, xerox ou similar), desde que devidamente autenticada, valerá como tal” (Processo Penal, 18ª ed., pág. 254).

Damásio E. de Jesus, no livro *Direito Penal, Parte Especial*, 2ª ed., vol. 4, pág. 41, lembra: “As cópias não autenticadas (fotocópias, xerox) no plano criminal não são considerados documentos”.

Por outro lado, ressalta-se que nos processos que apuram a prática de delitos dessa natureza (contra a ordem tributária), essencial para a configuração do crime é a notificação fiscal, escrita pela autoridade competente, “sem o que não haverá como comprovar a ação omissiva do contribuinte” (Alberto Silva Franco et alii, *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, pág. 1.486).

Assim, a fotocópia da referida notificação fiscal só teria valor probante desde que apropriadamente autenticada; só assim poderia ser considerada documento hábil a servir de objeto à instauração da ação penal e fundamento de possível condenação futura por delito de sonegação fiscal.

É bem verdade que no documento de fl. 198 consta um carimbo do

Estado de SC — Secretaria de Estado da Fazenda — Diretoria de Administração Tributária, aludindo que era autêntica a cópia do original, com os seguintes dizeres “confere com o original”, entretanto, tal autenticação não tem valor jurídico no juízo penal.

É que o direito processual penal, quando se refere à autenticidade de documentos, busca respaldo subsidiariamente ao Código de Processo Civil (*ubi idem ratio, ubi idem jus*), o qual preceitua a necessidade de autenticação por quem detenha fé pública, ou seja, por oficial público ou conferidas em cartório, leia-se:

“Agravos de instrumento — Não conhecimento — Fotocópia sem a devida autenticação — Mero carimbo com os dizeres ‘confere com o original’ — Art. 365/CPC, III — Art. 384/CPC.

“Agravos de instrumento. Petição instruída com fotocópias. Carimbos contendo unicamente os dizeres ‘confere com o original’ apostos no verso em branco de folhas escritas no anverso. Autenticação. Desvalimento. Recurso inadmitido. Agravos regimental improvido. Na formação do agravo de instrumento, as cópias reprográficas das peças necessárias-obrigatórias e facultativas devem estar validamente autenticadas. Não atende as disposições dos artigos 365, III e 384 do CPC, carimbo lançado no verso em branco de reprodução fotostática de um escrito contendo unicamente os dizeres ‘confere com o original’ sem qualquer menção ao documento a que se refere” (Tribunal de Alçada do Paraná, Agravo n. 0105547-0/01, de Curitiba, 8ª Câmara Cível, rel. Juiz Rafael Augusto Cassetari, j. em

30/6/97, publ. no DJEPR, em 22/8/97, pág. 78).

Seguindo essa orientação:

“Prova — Documento — Fotocópia anexada aos autos sem a devida autenticação por quem detenha fé pública — Desvalia para o reconhecimento do corpo de delito — Inteligência e aplicação do art. 232, parágrafo único, do CPP.

“Na falta do original, a fotografia do documento (fotocópia, xerox etc.), inclusive de cheques, só terá valor probante se estiver autenticada, obviamente por quem detenha fé pública, como prescreve o art. 232, parágrafo único, do CPP” (RT 651/265).

Sobre o tema, cita-se ainda a seguinte decisão:

“Prova — Documento público — Reprodução — Exigência de autenticação para admissão em juízo com força probante — Determinação legal não suprida por se tratar de cópia de documento constante de arquivos da Municipalidade e ostentar carimbo da Prefeitura com os dizeres ‘cópia autêntica’ — Aplicação do art. 365, III, do CPC” (RT 643/125).

Desta forma, inexistindo, quanto a este ilícito, comprovação material dos fatos imputados ao apelante, ante a ausência da materialidade relativamente à Notificação Fiscal de n. 24085400 — transferência inexata de créditos tributários —, a melhor solução é a absolvição, escorada no art. 386, inciso IV, do Código de Processo Penal.

Nesse diapasão, recentemente se decidiu:

“Sonegação fiscal — Acusação fundada em fotocópias de documen-

tos — Ausência de autenticidade — Inobservância do descrito no art. 232, parágrafo único, do CPP — Falta de prova da materialidade delitiva — Absolvição que se impõe — Recurso provido.

“A fotocópia de documento tem o mesmo valor probante do original, dès que autenticada por quem detenha fé pública; impossível, porém, reconhecer-se a sua autenticidade quando consta somente o carimbo com os dizeres ‘confere com o original’, subscrito por funcionário que não seja oficial público ou cartorário” (Apelação Criminal n. 99.003607-3, de Chapecó, deste Relator, j. em 18/5/99).

4.2 — Quanto às demais questões de mérito, o Procurador de Justiça que lavrou o parecer bem abordou uma a uma as condutas típicas assentadas aos acusados, pelo que passamos a transcrever suas bem-lançadas considerações, no que seguem:

“Aproveitamento de Crédito Expresso em Nova Moeda sem a Supressão de Três Casas Decimais decorrente da Reforma Monetária de 1993

“Com apoio na Notificação Fiscal n. 24148953 (fl. 760), descreve a denúncia (fls. 10/11) que, no dia 31 de julho de 1993, a empresa gerenciada pelos denunciados adquiriu mercadorias de ‘Arisco Produtos Alimentícios Ltda.’, representadas pelas notas fiscais ns. 691.496 e 691.478, série U, de Cr\$ 46.596.384,44 e Cr\$ 14.978.175,60, respectivamente.

“Em 17 de agosto do mesmo ano, os denunciados, ao escriturarem ditas operações nos livros Registro de Entradas e Apuração de ICMS, calcu-

laram em seu favor crédito de ICMS sobre o valor nominal das notas de entrada, porém sob a nova unidade monetária, sem suprimir três casas decimais, conforme determinava a MP n. 336/28/7/93, posteriormente transformada na Lei n. 8.697/93, que alterou a denominação da moeda brasileira, de ‘cruzeiro’ para ‘cruzeiro real’, suprimindo-se três dígitos da moeda em circulação.

“Assim, creditaram-se os denunciados do valor devido, porém indevidamente multiplicado por mil.

“O fato resta amplamente comprovado pela documentação juntada ao processo. O Laudo Pericial em apenso, ocupando-se da questão, confirma, em fls. 8/10 do anexo 1/150: a) houve o registro, na escrituração fiscal da filial 10, das duas notas fiscais já mencionadas, emitidas pela fornecedora ‘Arisco Produtos Alimentícios Ltda.’; b) os valores foram escriturados com o valor nominal da moeda antiga (cruzeiro), porém com indicação de unidade da moeda nova (cruzeiro real), não sendo observada a devida supressão de três casas decimais para o crédito do imposto, a fim de obedecer a equivalência Cr\$ 1.000,00 = CR\$ 1,00 (um mil cruzeiros igual a um cruzeiro real); c) a manobra causou redução do ICMS devido ao Estado de Santa Catarina, haja vista que os créditos em favor da empresa, decorrentes das duas notas fiscais abordadas, foram ilegalmente valorizados em ‘1000 (mil) vezes’ (fl. 19 do anexo 1/150), resultando em prejuízo estimado em R\$ 77.934,49 (setenta e sete mil, novecentos e trinta e quatro reais e quarenta e nove centavos) até 26/6/95.

“Desponta, portanto, acertada a condenação dos acusados por tal delito.

“Ao se manifestar sobre o laudo pericial, a defesa limitou-se a alegar que se tratou de um engano perfeitamente justificável (fl. 550). Em alegações finais, não acrescentou qualquer argumento. Nas razões de apelação, torna a insistir que se trata de ‘erro escusável’.

“No entanto, notificado o representante legal da empresa, denunciado Cídio Sandri, desde 10/7/95 (fl. 760), até a presente data o ‘engano’ não foi reparado; não há notícia nos autos do estorno daqueles créditos indevidos e do correspondente pagamento da diferença sofrida pelo Estado de Santa Catarina.

“Os réus dão plenos sinais de crença na impunidade e de que apostam no sucesso do enriquecimento sem causa de sua rede de supermercados. Somente com este ‘engano’ lucraram ilegalmente um valor aproximado de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e não devolvem à sociedade, mesmo notificados pelos fiscais e sofrendo processo criminal.

“Atualização monetária de saldos credores do ICMS sem a identificação da origem dos saldos e sem base legal

“Com apoio na notificação fiscal n. 2418650 (fl. 757), descreve a denúncia, em fls. 11 e 12, que, nos meses de janeiro, fevereiro e março de 1995, os denunciados escrituraram, no livro Registro de Apuração de ICMS, créditos atribuídos à atualização monetária de saldos credores, nos valores de R\$ 100.099,71 (cem mil, noventa e nove reais e setenta e

um centavos), R\$ 100.000,00 (cem mil reais), e R\$ 31.502,00 (trinta e um mil, quinhentos e dois reais), sem esclarecer a que períodos corresponderiam os saldos atualizados e sem demonstrar a existência de tais saldos, tudo de forma unilateral e sem respaldo na legislação do Estado de Santa Catarina.

“Em análise deste tópico, o Laudo Pericial produzido em juízo confirmou (fls. 10/11 do anexo 1/150): a) a existência dos lançamentos descritos; b) a impossibilidade de evidenciar a que se referem ditos saldos a corrigir; c) que nada foi encontrado que pudesse ser identificado como crédito gráfico do ICMS originário da correção monetária; d) que a correção monetária aplicada aumentou artificialmente o saldo credor da conta gráfica do ICMS; e) que ‘os valores lançados a título de correção monetária (...) foram escriturados no livro de apuração do ICMS, no campo reservado a ‘Observações’, sob o título genérico ‘Estorno de Débito’, frustrando com isso qualquer tentativa de correlação ou associação com a sua origem’.

“A condenação imposta, portanto, não merece reparos.

“Desde a manifestação sobre o laudo pericial (fl. 550), passando pelas alegações finais, até as razões de apelação, a defesa busca deslocar o debate para a questão da possibilidade, ou não, de atualização monetária de saldos credores do ICMS, reconhecidos pelo Estado, limitando-se a reproduzir ementas que entende abonatórias de sua tese.

“Contudo, de nada lhe socorre escudar-se na existência de algumas decisões judiciais que reconhecem a

possibilidade de correção monetária de créditos de ICMS, se não demonstra o pressuposto primário para o exercício deste direito cogitado: o crédito. Não se pode aceitar, em hipótese alguma, correção daquilo que não existe.

“Não comprovada a existência do alegado crédito a corrigir, o lançamento de correção a este título corresponde perfeitamente à falsidade ideológica perpetrada contra o Fisco. Como se trata de inserção de declaração falsa (elemento inexato), em livro exigido pela lei fiscal, com o resultado de reduzir o ICMS a pagar, a incidência é a do tipo especial previsto no artigo 1º, inciso II, da Lei n. 8.137/90.

“Houve, dolosamente, a escrituração mendaz procedida de forma a impedir ou dificultar à fiscalização a descoberta da redução do pagamento de ICMS, mediante artificial elevação dos créditos da empresa, sob o pretexto de atualização monetária.

“Elucidativo se mostra, uma vez mais, o apontamento do laudo pericial: ‘os valores lançados a título de correção monetária (...) foram escriturados no livro de apuração do ICMS, no campo reservado a ‘Observações’, sob o título genérico de ‘Estorno de débito’, frustrando com isso qualquer tentativa de correlação ou associação com a sua origem’ (fl. 11 do anexo 1/150).

“Não se trata, portanto, de discutir a possibilidade, ou não, de atualizar monetariamente saldos credores do ICMS.

“Porém, ainda que esta fosse a questão nodal, cumpriria consignar que o entendimento esposado pela douda defesa não corresponde à maci-

ça orientação do Pretório Excelso. Exemplificativamente, colhe-se:

‘Recurso Extraordinário n. 197.165.

‘Relator: Min. Maurício Corrêa.

‘Ementa: Recurso extraordinário. Tributário. ICMS. Correção monetária do débito fiscal. Inexistência de previsão legal para a atualização do crédito tributário. Alegação de ofensa ao princípio da isonomia e ao da não-cumulatividade. Improcedência.

‘1. Crédito do ICMS. Natureza meramente contábil. Operação escritural, razão pela qual não se pode pretender a aplicação da atualização monetária.

‘2. A correção monetária do crédito do ICMS, por não estar prevista na legislação estadual, não pode ser deferida pelo Judiciário sob pena de substituir-se o legislador em matéria de sua estrita competência.

‘3. Alegação de ofensa ao princípio da isonomia e ao da não-cumulatividade. Improcedência. Se a legislação estadual somente prevê a correção monetária do débito tributário e não a atualização do crédito, não há como falar-se em tratamento desigual a situações equivalentes.

‘3.1. A correção monetária incide sobre o débito tributário devidamente constituído, ou quando recolhido em atraso. Diferencia-se do crédito escritural — técnica de contabilização para a equação entre o débito e crédito — a fim de fazer valer o princípio da não-cumulatividade.

‘Recurso extraordinário conhecido e provido’ (Fonte DJU, 4/3/98, pág. 4, n. 100).

'Recurso Extraordinário n. 205.453-4.

'(...)

'Ementa: Recurso extraordinário. Tributário. ICMS. Correção monetária dos débitos fiscais e inexistência de previsão legal para a atualização do crédito tributário. Alegação de ofensa ao princípio da isonomia e ao da não-cumulatividade. Improcedência.

'1. Crédito do ICMS. Natureza meramente contábil. Operação escritural, razão por que não se pode pretender a aplicação do instituto da atualização monetária.

'2. A correção monetária do crédito do ICMS, por não estar prevista na legislação estadual, não pode ser deferida pelo Judiciário sob pena de substituir-se o legislador estadual em matéria de sua estrita competência.

'3. Alegação de ofensa ao princípio da isonomia e ao da não-cumulatividade. Improcedência. Se a legislação estadual só previa a correção monetária dos débitos tributários e vedada a atualização dos créditos, não há como falar-se em tratamento desigual a situações equivalentes.

'3.1 — A correção monetária incide sobre o débito tributário devidamente constituído, ou quando recolhido em atraso. Diferencia-se do crédito escritural — técnica de contabilização para a equação entre débitos e créditos — a fim de fazer valer o princípio da não-cumulatividade.

'Recurso extraordinário conhecido e provido' (Fonte DJU, 27/2/98, pág. 23, Seção 1, n. 39-E).

'Recurso Especial n. 63.594/SP (95.0017075-2).

'Relator: O Senhor Ministro Demócrito Reinaldo.

'(...)

'Ementa.

'Tributário. Correção monetária dos saldos escriturais do ICMS pagos através de períodos (Decreto-Lei n. 406/68, art. 3º, § 1º e Lei do Estado de São Paulo de n. 6.374/89, art. 38, § 2º). Impossibilidade.

'O recolhimento do ICMS em períodos (e não logo após o aperfeiçoamento do fato gerador) é sistema instituído pelos Estados para a operacionalização do pagamento daquele tributo, devendo o contribuinte (de direito) registrar, em livro próprio, na coluna de crédito, o valor de ICMS correspondente às entradas de mercadorias no estabelecimento e, na coluna de débitos, as quantias pertinentes às saídas (vendas), para efeito de confronto dos valores consignados no final de cada período.

'A diferença verificada entre esses saldos meramente escriturais não se erige em crédito tributário, na definição da lei, mas tão-só de elemento escritural utilizado na composição da base de cálculo do ICMS, não estando sujeita à correção monetária (Lei n. 6.374/89, art. 38, § 2º).

'A escrituração (nas colunas de débito e crédito) objetiva a feitura da compensação, no final do período considerado, após o confronto entre os valores inscritos em cada uma das colunas respectivas, não havendo de falar-se em crédito, quando os valores da coluna da saída de mercadorias sobrejar aos outros, pois, nem está su-

jeito à repetição, e, como sendo as saídas frequentes (e, até, diárias), nem haveria como avaliar-se qual a quantia a ser corrigida, já que inexistiu espaço de tempo suficiente para aferir-se o desgaste da moeda.

‘A lei impõe que o saldo (incorretamente denominado de crédito), resultante da diferença do imposto anteriormente pago em relação aos débitos lançados por ocasião da saída das mercadorias, seja feita pelo seu valor nominal (Lei n. 6.374/89, art. 38, § 2º). A correção monetária desse saldo meramente escritural importaria na declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual (n. 6.374/89), providência impossível no âmbito do especial. Inexiste, ainda, lei federal que determine essa correção, em dissonância com a legislação local citada.

‘Uma vez corrigido o valor (denominado imprecisamente de crédito) escriturado no livro fiscal, sem a contrapartida da atualização das quantias consignadas na coluna débito, o contribuinte pagaria menos imposto, em face da correção e mais-valia da coluna crédito (saldo positivo), enriquecendo-se ilicitamente. A diminuição desse valor a pagar constituiria verdadeira restituição prévia, antes mesmo do recolhimento, em desconformidade com normas do CTN, que veda a restituição de tributos em favor de quem não provar que não transferiu, a terceiros, o encargo financeiro (art. 166).

‘A correção monetária de tributos está sujeita ao princípio da legalidade estrita. Inexistindo lei federal que determine a atualização de saldos escriturais, é manifestamente ilegal a pretensão da recorrente.

‘O ICMS é, por excelência, imposto transmissível, já que compõe os custos do produto ou da mercadoria, que é suportado pelo contribuinte de fato (o consumidor). A correção importaria, desenganadamente, em locupletamento sem causa, em detrimento dos interesses da coletividade.

‘O colendo STF tem proclamado, de forma reiterada, que a não correção dos saldos escriturais do ICMS não afronta os princípios da isonomia e da não-cumulatividade, definidos na Constituição Federal, e reconheceu, aos Estados, a autonomia para indicar o fator de correção de seus tributos.

‘Recurso a que se nega provimento. Decisão por maioria de votos’ (Fonte DJU, 17/11/97, pág. 59.411, Seção 1, n. 222).

‘Redução ou supressão de ICMS mediante venda de mercadorias sujeitas à incidência do imposto sem o respectivo registro nos livros fiscais (do ‘caixa dois’).

‘Com apoio nas notificações fiscais enumeradas nos itens ‘12.1’ a ‘12.39’ da denúncia, descreve a peça portal (fls. 12 a 41), em síntese, que, no período compreendido entre janeiro de 1991 até fevereiro de 1995, os denunciados, através da rede de supermercados que administram, adquiriram, sem qualquer documento fiscal a acobertar a operação, astronômicas quantidades de mercadorias, de espécies e gêneros variados, dos mais diversos fornecedores.

‘Narra, ainda, a denúncia, que os Agentes Fiscais conseguiram apreender grande parte dos ‘pedidos’ e ‘controles internos’ e outros documentos extrafiscais utilizados pelos denunciados, sendo que tais mercadorias

entraram e saíram da matriz e das filiais do Supermercados Vitória Ltda., sem que houvessem sido registradas nos livros fiscais próprios.

“Prosegue a descrição acusatória, asseverando que as aquisições de mercadorias sem nota fiscal a cobertá-las tiveram por objetivo permitir que, por ocasião de suas vendas, não houvesse o registro respectivo no livro Registro de Saídas.

“Contando os estabelecimentos gerenciados pelos réus com várias máquinas registradoras — historia a denúncia — em determinados períodos algumas destas máquinas eram dadas como desativadas apenas para o efeito de tributação, pois, de fato, tais registradoras prosseguiram operando normalmente, em especial entre os dias 5 e 25 de cada mês, porém sem qualquer registro nos livros e documentos fiscais obrigatórios.

“Assim, no dizer da exordial acusatória, os valores sonegados aos livros fiscais — ‘Mapas Resumo de Caixa — MRC’ e livro ‘Registro de Saídas’ — eram normalmente escriturados apenas em um controle extrafiscal da rede de supermercados, denominado ‘Movimento do Dia’, o qual nada mais é senão o ‘caixa dois’ idealizado pelos denunciados para sonegar ICMS.

“Sendo inferiores os valores inscritos nos documentos oficiais, em cotejo com o controle paralelo, a diferença apurada reflete o prejuízo sofrido pelo Estado quanto às saídas de mercadorias ocultadas.

“Em tópicos subseqüentes, a denúncia enfoca cada uma das 39 (trinta e nove) notificações fiscais emitidas contra a matriz e diversas filiais

de Supermercados Vitória Ltda., descrevendo o mesmo modus operandi, com a especificação do estabelecimento de que trata, época em que praticada a fraude, valor do principal sonegado, remetendo, em todos os casos, à leitura do Anexo ‘J’ da respectiva notificação fiscal para o detalhamento diário das divergências entre documentos fiscais e controle paralelo (‘caixa dois’).

“O Laudo Pericial em apenso (anexos 1/150, 2/150 e 3/150), em respostas constantes das fls. 12 a 17 do anexo 1/150 confirmou:

“a) a existência de 6.355 (seis mil, trezentos e cinqüenta e cinco) documentos grafados com a expressão ‘pedidos’, emitidos pelos fornecedores das mercadorias, e ‘controles internos’, emitidos pelo Supermercados Vitória;

“b) o período correspondente a tais documentos foi o de outubro de 1990 a dezembro de 1994;

“c) todos os documentos grafados com a expressão ‘pedidos’ e ‘controles internos’ apresentam carimbos do Supermercados Vitória com os dizeres ‘Recebemos’ ou ‘Mercadorias Recebidas’, e estão datados e assinados;

“d) entre as mercadorias discriminadas em tais documentos, as espécies mais encontradas foram: arroz, feijão, café, azeitona, batata, farinha de mandioca, cebola, sardinha em lata, massas (macarrão), carvão, erva-mate, fato/bucho;

“e) ditas espécies de mercadorias são habitualmente comercializadas pela rede de supermercados em questão;

“f) em 1.630 (um mil, seiscentos e trinta) documentos denominados ‘pedidos’ e ‘controles internos’ existe quitação no corpo ou no verso dos mesmos, bem como foram identificados 41 (quarenta e um) documentos bancários — depósitos em conta corrente ou duplicatas — nos valores constantes dos ‘pedidos’ ou ‘controles internos’, em nome dos fornecedores das mercadorias;

“g) nos Livros Fiscais de Registro de Entrada de Supermercados Vitória Ltda. não existem lançamentos de notas fiscais que correspondam exatamente aos ‘pedidos’ e ‘controles internos’ já mencionados;

“h) com exceção de alguns erros de transposição, os valores registrados nos livros fiscais da empresa, quanto às máquinas registradoras que não estiveram desativadas durante o mês, são iguais aos valores registrados no controle paralelo denominado ‘Movimento do Dia’;

“i) quanto às máquinas registradoras que constam como desativadas em determinado período, há divergências entre os valores registrados nos livros fiscais, em comparação com os registrados no controle paralelo ‘Movimento do Dia’;

“j) os valores registrados no controle paralelo ‘Movimento do Dia’ são maiores que os registrados nos livros fiscais;

“l) o ICMS recolhido ao Estado de Santa Catarina foi recolhido com base no valor menor, constante dos livros fiscais;

“m) os valores lançados apenas no ‘movimento do dia’ caracterizam omissão de receita, notoriamente constatado nos controles da empresa;

“n) o procedimento descrito causou redução ou supressão do ICMS devido ao Estado de Santa Catarina, porque os movimentos de vendas de mercadorias realizados através dos registros das máquinas registradoras constantes nos documentos ‘Movimento do Dia’ e omitidos nos ‘Mapas Resumos de Caixas’ deixaram de compor a base de tributação deste imposto, nas suas competências próprias, e por isso não declarado e/ou recolhido.

“Ante tais evidências, a condenação dos réus merece ser mantida.

“Primeiramente, impende gizar que é rigorosamente falacioso afirmar que não se trata de circulação de mercadorias neste processo e de que não há referência a fato gerador do ICMS demonstradamente sonogado. Neste sentido é expressa a descrição da denúncia:

‘(...) Verificaram-se comercializações de mercadorias, os denunciados abocanharam polpidos lucros, mas o Estado de Santa Catarina, flagrantemente lesado, nada arrecadou (fl. 13).

‘(...)

‘Tendo havido alienação de mercadorias, era obrigatória a sua escrituração no livro Registro de Saídas, pois o fato, conforme positiva o artigo 2º, V, do RICMS/SC, constitui-se em fato gerador do imposto’ (fl. 16).

“A douda defesa afirma que as fichas ‘movimento do dia’ não se constituem em ‘caixa dois’, e sim se tratam de mapas financeiros, nos quais se incluem, além de lançamentos de vendas, despesas da loja, com alimentação de seus empregados, material de consumo, propaganda, entregas, ma-

nutenção, vales para empregados, fornecedores, cheques pré-datados etc.

“Contudo, conforme consignam as contra-razões ministeriais (fls. 1.281/1.283):

‘Ao assim se pronunciar a defesa busca confundir Vossas Exce-lências, pois se despesas foram pagas, o foram mediante a utilização de numerário que ingressou no caixa através das máquinas registradoras, em decorrência da venda de mercadorias.

‘Os documentos que comprovam o pagamento de despesas constituem-se em verdadeira moeda eis que, no fim do dia, quando o operador da máquina registradora presta contas sobre o ingresso e a saída de todo o numerário que correspondeu às vendas que promoveu, ou fá-lo através de dinheiro ou cheque, ou através de tais comprovantes.

‘Desta forma, em alguns casos, as retiradas de dinheiro do caixa para pagamento de despesas são substituídas pelos seus comprovantes.

‘Necessário esclarecer que a composição da receita diária que consta no ‘movimento do dia’ inclui, além das despesas acima citadas, ainda:

‘a) Depósito — que são entradas de dinheiro decorrentes de vendas de mercadorias para clientes e cujo numerário foi retirado para ser depositado em agência bancária, sendo este o comprovante que fica com o funcionário para prestação de contas ao final do expediente;

‘b) Cheques — vendas de mercadorias para clientes com pagamento realizado através de cheques;

‘c) Dinheiro — numerário correspondente às vendas de mercadorias pagas em moeda corrente;

‘d) Vales funcionários — as mercadorias adquiridas por funcionários do estabelecimento são pagas mediante a emissão de vale a ser descontado de seus salários;

‘e) Notas de despesas — correspondem a dinheiro que foi retirado do caixa para pagamento a terceiro;

‘f) Convênio — vendas efetuadas a funcionários de empresas que mantêm convênio com o Supermercados Vitória Ltda., para que estes valores sejam descontados dos salários dos compradores pela fonte pagadora;

‘g) D. A. — vendas efetuadas a clientes com os pagamentos efetuados em dólar americano;

‘h) Pagamento de nota de fornecedor — o dinheiro foi retirado do caixa para pagamento de mercadorias adquiridas;

‘i) Ticket leite — vendas de leite efetuadas a clientes e cujos pagamentos foram efetuados através de ticket próprio;

‘j) Ticket cliente — vendas de mercadorias efetuadas a clientes com pagamentos efetuados através de ticket próprio;

‘k) Cartão de crédito — vendas efetuadas a clientes com o pagamento sendo realizado através de cartão de crédito;

‘l) Ticket alimentação — vendas efetuadas a clientes e cujos pagamen-

tos foram efetuados através de tickets próprios;

‘m) Diversos — vendas efetuadas a clientes e cujos pagamentos foram efetuados através de forma diversa das relacionadas no documento denominado ‘movimento do dia...’;

‘n) Devolução — vendas efetuadas a clientes e cujo cupom fiscal foi cancelado. Houve, portanto, desistência do comprador em adquirir a mercadoria, mas por já estar registrada a compra, o funcionário-operador assim procede para prestar contas no final do dia;

‘o) Vale vasilhame — diz respeito à venda de bebida efetuada a cliente; a máquina registradora ‘cobra’ o preço correspondente à bebida e seu vasilhame, mas parte deste valor é pago através de vale específico que antes fora entregue ao cliente que depositou o vasilhame no estabelecimento’.

“Ora, neste passo é fundamental perquirir: para que ingressam num caixa de supermercado dinheiro, cheques, vales, tickets, cartão de crédito? Para pagar compras dos fregueses do supermercado!

“Mais explicitamente: Compra dos fregueses = Vendas do supermercado = Circulação de mercadorias.

“E tanto é verdade que tais rubricas diversas em nada alteram a perfeita apuração do valor a ser escriturado nos livros e documentos fiscais que, observando-se os valores de movimentação apontados nas máquinas que NÃO são dadas como desativadas em qualquer dia do mês, também quanto a estas existe a menção das mesmas rubricas e, ainda assim, os valores do ‘Movimento do Dia’ (caixa dois) são iguais aos declarados no

‘MRC — Mapa Resumo de Caixa’ e no Livro Registro de Apuração do ICMS (documentos oficiais).

“Sob outro vértice, observando-se os valores de movimentação apontados nas máquinas que são dadas como desativadas em alguns dias do mês (apenas nos documentos oficiais), verifica-se que, naqueles dias em que oficialmente se reconhece que estavam tais máquinas em operação, também há coincidência entre os valores escriturados no ‘Movimento do Dia’ (caixa dois) e os declarados no ‘MRC — Mapa Resumo de Caixa’ e no Livro Registro de Apuração do ICMS (documentos oficiais), a despeito da ocorrência das rubricas que a doura defesa tenta fazer crer não correspondam à circulação de mercadorias.

“Primeira constatação lógica: considerando que:

“A) somente há discrepância — entre os valores escriturados no ‘Movimento do Dia’ (caixa dois), em comparação com o declarado no ‘MRC — Mapa Resumo de Caixa’ e no livro Registro de Apuração do ICMS (documentos oficiais) — naqueles dias do mês em que algumas máquinas registradoras são dadas, oficialmente, como desativadas; e

“B) tais diferenças correspondem exatamente ao movimento destas máquinas, apontando, naqueles mesmos dias, apenas no controle paralelo ‘Movimento do Dia’ (caixa dois);

“Conclusão: a diferença Caixa Dois/Escrita Oficial corresponde a efetivas saídas de mercadorias do estabelecimento, sendo irrelevante se a forma do pagamento utilizada pelo cliente do supermercado foi dinheiro,

cheque (à vista ou pré-datado), vales, tickets etc.

“Segunda constatação lógica: com base nas mesmas premissas A e B retro, provadas documentalmente e confirmadas pelo Laudo Pericial em apenso, tem-se a segunda conclusão: ditas máquinas, tidas oficialmente como desativadas, de fato eram mantidas em funcionamento, não importando, aqui, de que forma os réus ocultavam tal funcionamento (se adulterando lacres das máquinas — com ou sem auxílio de assistência técnica credenciada — porém sem deixar vestígios; se, pura e simplesmente, destruindo as vias dos cupons emitidos por tais máquinas; ou por qualquer outra forma eficiente para o delinido dolo de sonegar).

“Ademais, o valor consignado no controle paralelo ‘movimento do dia’ (caixa dois), considerado para fins de cotejo com o informado no ‘Mapa Resumo de Caixa — MRC’ (documento oficial), para cada máquina registradora, em cada dia, é o valor constante da última linha do formulário utilizado para o controle paralelo da empresa, que tem a rubrica ‘V1. Líquido (—) Devol.’. Vale dizer, é o valor líquido das saídas, desconsiderada qualquer outra rubrica que eventualmente não repre-

sentasse efetiva circulação de mercadorias, como, por exemplo, as linhas ‘Devolução’ e ‘Pagto. Nota Fornec.’.

“As tabelas adiante apresentadas foram elaboradas com base na prova documental constante dos autos.

“Tomou-se, para amostragem, dados do movimento em caixas específicos de supermercados administrados pelos réus, em determinadas filiais, durante certo mês, dia a dia, a fim de demonstrar que as justificativas apresentadas pela doura defesa não procedem, e que o cotejo dos dados constantes nos documentos oficiais, apresentados ao fisco, em comparação com aqueles inscritos em controle paralelo denominado ‘movimento do dia’, a outra conclusão não pode levar senão a de que dito controle paralelo representava/representa autêntico ‘caixa dois’.

“Assim, seguem as informações atinentes:

“A) ao movimento da caixa 4, da filial 13, durante cada dia do mês de abril de 1994 — dados referentes ao ‘Caixa 2’ extraídos do anexo 98/150, em apenso; dados referentes ao Mapa Resumo de Caixa extraídos do anexo 100/150, em apenso; e diferença a tributar extraída de fl. 814 dos autos principais;

"TABELA 'A'
 "Filial 13 — Mês 4 — Ano 1994
 "Caixa 4

Data	Vi. Líquido (-) Devol. (Fonte: caixa 2)	Diferença a tributar	Saídas do Dia (fonte: Mapa Resumo de Caixa)	Acumulado atual (fonte: caixa 2)	Acumulado anterior (fonte: caixa 2)	Grande Total final (fonte: Mapa Resu- mo de Caixa)
2/4/94	2.511.152,73	0,00	2.544.622,83	314.856,49	770.233,66	314.456,49
4/4/94	221.028,63	0,00	221.025,65	535.885,12	314.856,49	535.885,12
5/4/94	26.565,23	0,00	26.565,23	562.450,35	535.885,12	562.450,35
6/4/94	91.076,10	0,00	91.076,10	653.526,45	562.450,35	653.526,45
7/4/94	0,00	0,00	0,00		653.526,45	653.526,45
8/4/94	384.205,11	384.205,11	0,00	37.731,56	653.526,45	653.526,45
9/4/94	2.221.873,82	2.221.873,16	0,00	362.509,28	37.731,56	653.526,45
11/4/94	525.723,16	525.723,16	0,00	888.232,44	362.509,28	653.526,45
12/4/94	629.428,27	629.428,27	0,00	523.912,31	888.232,44	653.526,45
13/4/94	627.750,35	627.750,35	0,00	153.740,66	523.912,31	653.526,45
14/4/94	455.433,41	455.433,41	0,00	614.956,27	153.740,66	653.526,45
15/4/94	1.213.981,60	1.214.003,60	0,00	830.555,87	614.956,27	653.526,45
16/4/94	2.376.746,24	2.376.746,24	0,00	210.230,11	830.555,87	653.526,45
18/4/94	1.395.838,81	1.395.838,81	0,00	611.327,92	210.230,11	653.526,45
19/4/94	1.008.927,14	1.008.927,14	0,00	620.255,06	611.327,92	653.526,45
20/4/94	0,00	0,00	0,00		620.255,06	653.526,45
22/4/94	61.896,56	61.896,56	0,00	682.151,62	620.255,06	653.526,45
23/4/94	1.612.019,21	1.612.019,21	0,00	321.450,33	682.151,62	653.526,45
25/4/94	57.259,10	57.259,10	0,00	395.364,13	321.450,33	653.526,45
26/4/94	0,00	0,00	0,00		395.364,13	653.526,45
27/4/94	0,00	1,00	0,00		653.526,45	653.526,45
28/4/94	0,00	0,00	0,00		653.526,45	653.526,45
29/4/94	0,00	0,00	0,00		653.526,45	653.526,45
30/4/94	3.299.264,91	3.421.143,91	-653,36	74.670,37	653.526,45	74.670,36

"TABELA 'B'
 "Filial 13 — Mês 10 — Ano 1994
 "Caixa 6

Data	Vi. Líquido (-) Devol. (Fonte: caixa 2)	Diferença a tributar	Saídas do Dia (fonte: Mapa Resu- mo de Caixa)	Acumulado atual (fonte: caixa 2)	Acumulado anterior (fon- te: caixa 2)	Grande Total final (fonte: Mapa Resu- mo de Caixa)
6/10/94	262,01	262,01	0,00	12.537,29	12.275,28	12.275,28
7/10/94	156,66	3.104,56	0,00	661.214,15	661.062,49	12.275,28
8/10/94	3.192,86	3.192,86	0,00	19.157,72	15.927,77	12.275,28
10/10/94	298,64	300,59	0,00	19.456,36	19.157,72	12.275,28
11/10/94	2.117,24	2.117,24	0,00	21.592,17	19.456,36	12.275,28
13/10/94	98,36	98,36	0,00	21.690,53	21.592,17	12.275,28
14/10/94	3.523,33	3.523,33	0,00	25.277,27	21.690,53	12.275,28
15/10/94	2.621,18	2.621,18	0,00	27.898,45	25.277,27	12.275,28
17/10/94	1.192,95	1.192,95	0,00	29.099,17	27.898,45	12.275,28
18/10/94	141,22	141,22	0,00	29.240,39	29.009,17	12.275,28
19/10/94	2.579,53	2.579,53	0,00	31.841,67	29.240,39	12.275,28
20/10/94	130,99	130,99	0,00	31.972,66	31.841,67	12.275,28
21/10/94	3.481,70	3.481,70	0,00	35.479,61	31.972,66	12.275,28
22/10/94	2.897,46	2.897,46	0,00	38.377,07	35.479,61	12.275,28
24/10/94	1.313,61	1.313,61	0,00	39.690,68	38.377,07	12.275,28
25/10/94	1.137,85	1.137,85	0,00	40.838,94	39.690,68	12.275,28
26/10/94	1.670,91	1.670,91	0,00	42.509,85	40.838,94	12.275,28
27/10/94	0,00	0,00	0,00		42.509,85	12.275,28
28/10/94	2.549,23	2.549,23	0,00	45.102,43	42.509,85	12.275,28
29/10/94	3.301,99	0,00	3.365,17	15.640,45	12.275,28	15.640,45
31/10/94	1.702,93	-1,69	1.702,93	17.343,38	15.640,45	17.343,38

"TABELA 'C'
 "Filial 9 — Mês 4 — Ano 1994
 "Caixa 9

Data	Vi. Líquido (-) Devol. (Fonte: caixa 2)	Diferença a tributar	Saídas do Dia (fonte: Mapa Resumo de Caixa)	Acumulado atual (fonte: caixa 2)	Acumulado anterior (fonte: caixa 2)	Grande Total final (fonte: Mapa Resu- mo de Caixa)
2/4/94	1.939.504,31	0,03	1.939.504,31	749.956,62	810.452,31	749.956,62
4/4/94	299.688,39	0,00	399.158,29	149.114,91	749.956,62	149.114,91
5/4/94	0,00	0,00	0,00	0,00	149.141,91	149.114,91
6/4/94	0,00	-0,06	0,00	0,00	149.141,91	149.114,91
7/4/94	0,00	0,00	0,00	0,00	149.141,91	149.114,91
8/4/94	1.360.382,05	1.588.116,58	0,00	737.232,06	149.141,91	149.114,91
9/4/94	3.152.942,18	3.152.942,18	0,00	918.494,19	737.232,06	149.114,91
11/4/94	976.134,33	976.133,37	0,00	902.560,91	918.494,19	149.114,91
12/4/94	1.406.159,03	1.406.159,03	0,00	334.787,84	902.560,91	149.114,91
13/4/94	6.578.654,01	657.864,90	0,00	992.653,24	334.787,84	149.114,91
14/4/94	793.926,26	793.926,26	0,00	793.314,50	992.653,24	149.114,91
15/4/94	1.248.341,54	1.248.341,54	0,00	41.656,04	793.314,50	149.114,91
16/4/94	2.748.933,16	2.748.933,16	0,00	800.995,70	41.656,04	149.114,91
18/4/94	297.693,22	297.693,84	0,00	98.688,92	800.995,70	149.114,91
19/4/94	363.015,11	363.015,11	2.223.519,87	461.704,03	98.688,92	149.114,91
20/4/94	764.793,86	764.793,86		226.497,89	461.704,03	149.114,91
22/4/94	971.435,38	971.435,38		204.185,87	226.497,89	149.114,91
23/4/94	2.736.971,00	2.736.971,00		36.709,17	204.185,87	149.114,91
25/4/94	601.922,61	601.922,61		701.150,78	36.709,17	149.114,91
26/4/94	15.003,60	15.003,61		716.154,30	701.150,78	149.114,91
27/4/94	0,00	-0,30		0,00	716.154,38	149.114,91
28/4/94	0,00	0,00		0,00	716.154,38	149.114,91
29/4/94	0,00	0,00		0,00	716.154,3814	149.114,91
30/4/94	2.223.492,87	-27,00		372.634,78	149.141,91	372.634,78

“B) ao movimento da caixa 6, da filial 13, durante cada dia do mês de outubro de 1994 — dados referentes ao ‘Caixa 2’ extraídos do anexo 98/150, em apenso; dados referentes ao Mapa Resumo de Caixa extraídos do anexo 100/150, em apenso; e diferença a tributar extraída de fls. 819/820 dos autos principais;

“C) ao movimento da caixa 4, da filial 9, durante cada dia do mês de abril de 1994 — dados referentes ao ‘Caixa 2’ extraídos do anexo 85/150, em apenso; dados referentes ao Mapa Resumo de Caixa extraídos do anexo 86/150, em apenso, diferença a tributar extraída de fls. 746/747 dos autos principais.

“Primeiramente, de ordem geral, verifica-se que tanto o formulário do Mapa Resumo de Caixa (documento oficial) quanto o formulário do ‘movimento do dia’ retratam, folha a folha, o movimento de cada uma das caixas registradoras do estabelecimento respectivo. Única diferença, para fins de consulta, é que, no primeiro, o número de cada caixa constitui uma nova linha, enquanto no segundo cada caixa representa uma coluna.

“Nas tabelas ora figuradas, pôs-se, lado a lado, em colunas, os dados considerados mais relevantes de cada documento (oficial/paralelo), a fim de demonstrar que algumas destas colunas, embora com denominações diferentes, destinam-se, tanto no documento oficial (Mapa Resumo de Caixa) como no documento de controle paralelo (‘Movimento do Dia’ = ‘Caixa 2’), a registrar a mesma informação, de modo a comprovar que somente há divergência de dados entre os documentos oficial e paralelo

naqueles dias em que a determinada caixa registradora analisada foi dada como desativada oficialmente e registrou circulação de mercadorias no controle paralelo.

“Assim, na Tabela ‘A’:

* Os dados da segunda coluna (‘vl. Líquido (-) Devol.’), extraídos do caixa 2, correspondem aos dados da quarta coluna (Saídas do Dia), extraídos do Mapa Resumo Caixa, como se pode ver, principalmente, das datas 5, 6 e 7 de abril;

* O dia 7 de abril daquele ano de 1994, como se vê da tabela, foi o único dia, além do dia 20/4 e do período de 26 a 29/4, em que efetivamente a caixa 4 da filial 13 do estabelecimento esteve desativada naquele mês, tanto que estão igualmente zeradas as segunda e quarta colunas da tabela, em linha 7/4/94, bem como no dia 20/4 e no período 26 a 29/4;

* A partir do dia 8/4/94, no entanto, observa-se que os réus persistiram a informar 0,00 (zero) como saídas desta caixa, no documento oficial ‘Mapa Resumo de Caixa’ (quarta coluna), porém no controle paralelo (‘Movimento do Dia’ = caixa 2) continuou a ser apontado movimento diário nesta caixa (segunda coluna);

* Tomando-se como exemplo o próprio dia 8/4/94, verifica-se, da consulta da tabela ‘A’, e compulsando-se o Anexo 98/150, em apenso, que o movimento do dia 8/4/94 da filial 13 aponta na caixa 4 a entrada de CR\$ 126.033,00 em cheques, CR\$ 254.400,00 em dinheiro, e CR\$ 3.700,00 em ‘ticket alimentação’, os quais, agregados a uma pequena diferença de caixa de CR\$ 72,11, perfazem um valor do dia de CR\$

384.205,11, que é valor deixado de declarar no documento oficial 'Mapa Resumo de Caixa';

* Desde o mencionado dia 8/4/94 até o dia 25/4/94, inclusive, a constatação é a mesma, constando a 'diferença a tributar' da terceira coluna da tabela;

* Analisando-se, agora, sob o enfoque das últimas três colunas da tabela, percebe-se ainda mais o paralelismo existente entre o mapa resumo de caixa (documento oficial) e o movimento do dia (caixa dois) — divergindo somente nos dias em que os denunciados desejam sonegar, a infirmar a assertiva da defesa de que se tratam de controles de conteúdo diverso;

* É que o 'grande total final' do mapa resumo de caixa (sétima coluna da tabela) equivale exatamente ao 'acumulado atual' do caixa 2 (quinta coluna da tabela), como se pode ver dos dias 2 a 6/4/94;

* Já o 'acumulado anterior' do caixa 2 (sexta coluna), apresenta, a cada dia, o mesmo valor do 'acumulado atual' (quinta coluna) do dia anterior, que é igual ao grande total (sétima coluna). Exemplo: no dia 4/4/94, o valor registrado no 'acumulado anterior' é CR\$ 314.856,49, ou seja, o mesmo valor que consta na data imediatamente anterior tanto no 'acumulado atual' como no 'grande total';

* No dia 7/4/94, como estava efetivamente desativada a caixa 4 da filial 4 em comento, o 'acumulado anterior' atingiu o valor de véspera do 'grande total final', isto é, CR\$ 653.526,45;

* Dali em diante, como oficialmente a caixa 4 estava desativada, o

'grande total final' do Mapa Resumo de Caixa (sétima coluna), permaneceu estagnado no mesmo valor de CR\$ 653.526,45, até o dia 29/4/94, inclusive;

* Enquanto isto, os 'Acumulados' 'anterior' e 'final' do caixa 2 permaneceram em evoluções: partindo do valor de CR\$ 37.731,56 no dia 8/4/94, na coluna 'acumulado atual' (quinta coluna) — sempre com a repetição, no dia seguinte, do mesmo valor no 'acumulado anterior' (sexta coluna), até os dias 25-26/4;

* Significativamente, já no final do mês, período em que nem o controle paralelo apontava movimento na caixa 4 da filial 13, no dia 27/4/94 o 'acumulado anterior' do 'caixa 2' foi alterado para o valor de CR\$ 653.526,45, nitidamente para, dali em diante, voltar a coincidir com o documento oficial (mapa resumo de caixa);

* Examinando-se o anexo 98/150 em apenso, verifica-se, inclusive, que foi aplicado corretivo líquido sobre o campo 'acumulado anterior' do movimento do dia (caixa 2), relativo à máquina 4 da filial 13, no dia 27/4/94.

"Da mesma forma, na Tabela 'B'.

* Os dados da segunda coluna ('vl. Líquido (-) Devol.'), extraídos do caixa 2, correspondem aos dados da quarta coluna (Saídas do Dia), extraídas do Mapa Resumo de Caixa, como se pode ver na data de 31 de outubro;

* O dia 27 de outubro daquele ano de 1994, como se vê da tabela, foi o único dia em que efetivamente a caixa 6 da filial 13 do estabelecimento esteve desativada naquele mês, tanto que estão igualmente zeradas as se-

gunda e quarta colunas da tabela, na linha 27/4/94;

* Desde o dia 6/10/94, no entanto, observa-se que os réus informam 0,00 (zero) como saídas desta caixa, no documento oficial 'Mapa Resumo de Caixa' (quarta coluna), porém no controle paralelo ('Movimento do dia' = caixa 2) continuou a ser apontado movimento diário nesta caixa (segunda coluna);

* Tomando-se como exemplo o dia 21/10/94, verifica-se, da tabela 'B', e compulsando-se o Anexo 98/150, em apenso, que o movimento do dia 21/10/94 da filial 13 aponta na caixa 6 a entrada de R\$ 1.254,73 em cheques, R\$ 260,00 em dinheiro, e R\$ 159,99 em diversos, os quais, deduzida uma pequena diferença de caixa de R\$-3,81, perfazem um valor do dia de R\$ 1.670,91, que é o valor deixado de declarar no documento oficial 'Mapa Resumo de Caixa';

* Em quase todos os demais dias do mês a constatação é a mesma, constando a 'diferença a tributar' da terceira coluna da tabela;

* Analisando-se, agora, sob o enfoque das últimas três colunas da tabela, percebe-se ainda mais o paralelismo existente entre o mapa resumo de caixa (documento oficial) e o movimento do dia (caixa dois) — divergindo somente nos dias em que os denunciados desejam sonegar, a infirmar a assertiva da defesa de que se tratam de controles de conteúdo diverso;

* É que o 'grande total final' do mapa resumo de caixa (sétima coluna da tabela) equivale exatamente ao 'acumulado atual' do caixa 2 (quinta

coluna da tabela), como se pode ver dos dias 29 e 31/10/94;

* Já o 'acumulado anterior' do caixa 2 (sexta coluna), apresenta, a cada dia, o mesmo valor do 'acumulado atual' (quinta coluna) do dia anterior, que é igual ao grande total (sétima coluna). Exemplo: no dia 31/10/94, o valor registrado no 'acumulado anterior' é R\$ 15.640,45, ou seja, o mesmo valor que consta na data imediatamente anterior tanto no 'acumulado atual' como no 'grande total';

* Já no dia 6/10/94, o 'acumulado anterior' apresentava o mesmo valor do 'grande total final', isto é, R\$ 12.275,28;

* Dali em diante, como oficialmente a caixa 6 estava desativada, o 'grande total final' do Mapa Resumo de Caixa (sétima coluna), permaneceu estagnado no mesmo valor de R\$ 12.275,28, até o dia 28/10/94, inclusive;

* Enquanto isto, os 'acumulados' 'anterior' e 'final' do caixa 2 permaneceram em evolução: partindo do valor de R\$ 19.157,72 no dia 8/10/94, na coluna 'acumulado atual' (quinta coluna) — sempre com a repetição, no dia seguinte, do mesmo valor no 'acumulado anterior' (sexta coluna), até o dia 28/10/94;

* Significativamente, já no final do mês, período em que o documento oficial voltou a apontar movimento na caixa 6 da filial 13, no dia 29/10/94 o 'acumulado anterior' do 'caixa 2' foi alterado para o valor de R\$ 12.275,28, nitidamente para, dali em diante, voltar a coincidir com o documento oficial (mapa resumo de caixa);

* Examinando-se o anexo 98/150 em apenso, verifica-se, inclusi-

ve, que foi aplicado corretivo líquido sobre o campo 'acumulado anterior' do movimento do dia (caixa 2), relativo à máquina 6 da filial 13, no dia 29/10/94.

"Também na Tabela 'C':

* Os dados da segunda coluna ('vl. Líquido (-) Devol.'), extraídos do caixa 2, correspondem aos dados da quarta coluna (Saídas do Dia), extraídos do Mapa Resumo de Caixa, como se pode ver da data de 2 de abril;

* Como se vê da tabela, apenas nos períodos de 5 a 7/4 e 27 a 29/4 efetivamente a caixa 9 da filial 9 do estabelecimento esteve desativada naquele mês, tanto que estão igualmente zeradas as segunda e quarta colunas da tabela, nas respectivas linhas;

* Nos demais dias, no entanto, observa-se que os réus persistiram a informar 0,00 (zero) como saídas desta caixa, no documento oficial 'Mapa Resumo de Caixa' (quarta coluna), porém no controle paralelo ('movimento do dia' = caixa 2) continuou a ser apontado movimento diário nesta caixa (segunda coluna);

* Tomando-se como exemplo o dia 19/4/94, verifica-se, da consulta da tabela 'C', e compulsando-se o Anexo 85/150, em apenso, que o movimento do dia 19/4/94 da filial 9 aponta na caixa 9 o movimento de CR\$ 281.453,10 em depósito, CR\$ 68.500,00 em cheques, e CR\$ 13.100,00 em 'ticket alimentação', os quais, descontada a pequena diferença de caixa de CR\$ 37,96, perfazem um valor do dia de CR\$ 363.015,11, que é o valor deixado de declarar no documento oficial 'Mapa Resumo de Caixa';

* Em todos os demais dias, ressalvadas as exceções já consignadas, ou pequenas imprecisões nos transportes de valores, a constatação é a mesma, constando a 'diferença a tributar' da terceira coluna da tabela;

* Analisando-se, agora, sob o enfoque das últimas três colunas da tabela, percebe-se ainda mais o paralelismo entre o mapa resumo de caixa (documento oficial) e o movimento do dia (caixa dois) — divergindo somente nos dias em que os denunciados desejam sonegar, a infirmar a assertiva da defesa de que tratam de controles de conteúdo diverso;

* É que o 'grande total final' do mapa resumo de caixa (sétima coluna da tabela) equivale exatamente ao 'acumulado atual' do caixa 2 (quinta coluna da tabela), como se pode ver dos dias 2 e 4/4/94;

* Já o 'acumulado anterior' do caixa 2 (sexta coluna), apresenta, a cada dia, o mesmo valor do 'acumulado atual' (quinta coluna) do dia anterior, que é igual ao grande total (sétima coluna). Exemplo: no dia 4/4/94, o valor registrado no 'acumulado anterior' é CR\$ 749.956,62, ou seja, o mesmo valor que consta na data imediatamente anterior tanto no 'acumulado atual' como no 'grande total';

* No dia 5/4/94, como estava efetivamente desativada a caixa 9 da filial 9 em comento, 'acumulado anterior' atingiu o valor de véspera do 'grande total final', isto é, CR\$ 149.114,91, apenas com o equívoco da inversão da dezena: '41' em vez de '14';

* Dali em diante, como oficialmente a caixa 9 estava desativada, o 'grande total final' do Mapa Resumo de Caixa (sétima coluna), permane-

ceu estagnado no mesmo valor de CR\$ 149.114,91, até o dia 29/4/94, inclusive;

* Enquanto isto, os 'acumulados' 'anterior' e 'final' do caixa 2 permaneceram em evolução: partindo do valor de CR\$ 737.232,06 no dia 8/4/94, na coluna 'acumulado atual' (quinta coluna) — sempre com a repetição, no dia seguinte do mesmo valor no 'acumulado anterior' (sexta coluna), até os dias 26-27/4;

* Significativamente, já no final do mês, período em que nem o controle paralelo apontava movimento na caixa 9 da filial 9, no dia 30/4/94 (quando reativada a caixa 9 oficialmente), o 'acumulado anterior' do 'caixa 2' foi alterado para o valor de CR\$ 149.141,91, nitidamente para, dali em diante, voltar a coincidir com o documento oficial (mapa resumo de caixa), ressaltando o equívoco da dezena: '41' em vez de '14';

* Examinando-se o anexo 85/150 em apenso, verifica-se, inclusive, que foi aplicado corretivo líquido sobre o campo 'acumulado anterior' do movimento do dia (caixa 2), relativo à máquina 4 da filial 13, no dia 27/4/94.

"Assevera a defesa não saber como os peritos descobriram quais as máquinas desativadas. Para obter esta informação, todavia, não há necessidade de ser perito. Basta ler os mapas resumo de caixa da empresa gerenciada pelos réus e identificar as caixas que apresentam movimento zero. Ou seja, caixa com movimento zero = caixa sem atividade = caixa desativada.

"E, comparando-se dito documento oficial com o controle paralelo

'movimento do dia' (caixa 2), é possível saber quando verdadeiramente a máquina não funcionou e também quando operou mesmo oficialmente constando como desativada, além dos valores que por ela circularam sem que o imposto devido fosse recolhido.

"Apega-se o recurso dos acusados também à tese de que não há prova de tratarem-se os valores notificados de mercadoria tributada, e de que poderiam ser saídas isentas, não tributadas ou imunes. Em fl. 1.191 expressamente é dito que na verdade são vendas não tributadas pelo ICMS.

"Em fl. 1.198, volta a dizer, contraditoriamente, que os valores registrados não são de vendas, mas de cheques pré-datados.

"O argumento de que os valores registrados no 'movimento do dia' não são de vendas, data venia, já se encontra maciçamente repellido nas considerações retro. Com efeito, a análise exemplificativa, por meio das tabelas 'A', 'B' e 'C', demonstra à larga que os dados de tal 'movimento do dia' (caixa dois), revelam com exatidão as saídas de mercadorias do estabelecimento e têm valores idênticos, neste particular, aos dos livros oficiais nas seguintes situações: A) em todos os dias, nas caixas que não são dadas como desativadas nos livros oficiais; b) nas caixas que, ainda que dadas como desativadas em alguns dias, quanto aos valores referentes aos dias de atividade reconhecidos nos documentos oficiais. Só há divergência exatamente quanto a alguns dias, naquelas determinadas caixas que constam como desativadas apenas nos documentos oficiais.

“É impossível, portanto, que um controle paralelo, destinado a abarcar informações de vendas e outras que não são vendas, apurasse na maior parte do tempo valores idênticos ao controle exigido pelo fisco para as vendas e, simultaneamente: a) viesse a divergir em alguns dias do mês; b) que estas divergências ocorressem em apenas uma ou duas caixas de cada loja da rede, a cada mês; c) que estas divergências ocorressem exatamente nas caixas que naqueles determinados dias estavam apontadas com movimento ‘zero’ nos documentos exigidos pela lei tributária.

“Além disso, não há no formulário ‘movimento do dia’ campo próprio para ‘cheques pré-datados’. E as poucas rubricas que não se referem a saídas de mercadorias são desconsideradas para efeito do cômputo final do ‘VI. Líquido (-) Devol.’ (última linha do formulário ‘movimento do dia’) que, salvo nas caixas específicas de movimento omitido durante alguns dias de cada mês, coincide com o item ‘saídas do dia’ do mapa resumo de caixa (documento oficial).

“Quanto à possibilidade de serem saídas isentas, imunes ou não tributadas, e por isso sem interesse para a tributação do ICMS, o argumento sugere, assim, que a Rede Vitória de Supermercados seria a primeira que se tem notícia no país a destinar caixas exclusivos para mercadorias isentas, imunes ou não tributadas.

“Assim se afirma porque o controle paralelo ‘movimento do dia’ (caixa 2) expressamente demonstra o movimento por caixa. Considerando que as caixas não omitidas ao documento fiscal apresentam, no controle

paralelo, valor idêntico ao informado às autoridades, outra forma de funcionamento não poderia haver nos supermercados senão a das caixas exclusivas.

“É público e notório que jamais isto ocorreu em qualquer casa comercial do país. A menos que se dê asas à imaginação para projetar a cena: qual ocorre (com o perdão da má comparação) com sistemas de coleta seletiva de lixo, os clientes do Supermercados Vitória empunhariam dois carrinhos no estabelecimento, ou um só, com divisórias; ao chegarem nas caixas, se desejassem adquirir mercadorias das duas espécies (tributadas, de um lado, e isentas, imunes ou não tributadas, de outro) haveriam de passar em dois caixas (...) Com um detalhe, fora do conhecimento do consumidor: aquele caixa destinado à circulação de mercadorias isentas, não tributadas ou imunes, somente receberia escrituração em um secreto livro chamado ‘movimento do dia’, pois aquele caixa apresentaria valor zero no mapa resumo de caixa, destinado às autoridades fazendárias. Um último fator, este a atingir a clientela: como somente em alguns dias do mês estes caixas não informam movimento ao fisco (segundo a defesa, porque as operações seriam isentas, imunes ou não tributadas), significaria que somente nestes poucos dias seria possível adquirir tais produtos naquela rede!

“Retornando à realidade: no período objeto da fiscalização (janeiro/1991 — fevereiro/1995) que apurou as fraudes denunciadas, não havia o sistema — hoje comum — de ‘código de barras’, ou seja, as máquinas registradoras não discriminavam que espé-

cie de mercadorias por elas circulavam, não distinguindo tributadas de imunes, isentas ou não tributadas, ou ainda aquelas em regime de substituição tributária, sendo obrigatória a declaração, no mapa resumo de caixa, de todas as saídas, independentemente de seu regime de tributação.

“E como o estabelecimento evitava, neste regime, de sofrer prejuízo com tal procedimento? Como se compensava da incidência da alíquota do ICMS quanto às mercadorias isentas, imunes, não tributadas, de alíquotas reduzidas ou em regime de substituição tributária?

“A propósito em vigor à época (Anexo VIII — ‘Máquinas Registradoras’ do RICMS (Decreto n. 3.017/89):

‘Art. 9º — Para efeito de apuração do imposto, aplica-se aos valores registrados a alíquota de 17% (dezesete por cento) (Redação vigente até 30/6/95).

‘Art. 10 — Os usuários de máquina registradora que promovam a saída de mercadorias cuja entrada se deu sob o regime de substituição tributária, com o imposto já retido anteriormente, podem creditar-se no RAICMS — Registro de Apuração de ICMS, de parcela resultante da aplicação de alíquota vigente nas operações internas sobre o valor que serviu de base de cálculo para a retenção, ressalvando o disposto no parágrafo 1º do artigo 7º do Anexo VII (Redação vigente até 30/6/95).

‘Art. 11 — Os usuários de máquina registradora que promovam a saída de mercadoria beneficiada por isenção, imunidade ou redução de base de cálculo ou alíquota, podem registrar no RAICMS — Registro de

Apuração do ICMS, crédito correspondente à aplicação de alíquota interna sobre o valor de aquisição da mercadoria, acrescido dos seguintes percentuais:

‘Leite4%

‘Demais mercadorias isentas ou imunes.....18%

‘(...)

‘§ 1º — No caso de mercadorias com redução de base de cálculo, o disposto no caput deste artigo se aplica apenas à parcela reduzida.

‘§ 2º — Para aplicação deste artigo o contribuinte fará demonstração sucinta, por tipo de mercadoria, logo após o encerramento mensal do livro de Registro de Entradas.

‘§ 3º — Ocorrendo a transferência ou a devolução, ainda que parcial, da mercadoria em relação a qual tiver sido aproveitado o crédito de que trata este artigo, será, no mesmo período de apuração efetivado o estorno proporcional do mesmo, demonstrando-se os cálculos correspondentes imediatamente após o encerramento mensal do livro Registro de Saídas.

‘§ 4º — As saídas em transferência ou devolução, a que se refere o parágrafo precedente, serão feitas por valor igual ao da entrada da mercadoria (Redação vigente até 30/6/95)’.
 “Aclarada a legislação de regência, soa no vazio a tese defensiva de que a ocorrência de algumas saídas de mercadorias, por se tratarem de isentas, imunes ou não tributadas, justificaria sua omissão nos documentos fiscais e presença em controle paralelo.

“Como se viu da redação do artigo 11 do diploma legal transcrito, a

empresa gerenciada pelos réus já gozava do benefício de inscrever como crédito seu o imposto apurado sobre as saídas de mercadorias beneficiadas por isenção ou outras figuras assemelhadas. Portanto, se omitia do Mapa Resumo de Caixa estas saídas, igualmente estava reduzindo ilegalmente o ICMS devido, pois, além de se creditar do valor permitido pela lei em função da isenção ou outro benefício atinente à mercadoria, omitia a saída, configurando, assim, o locupletamento ilícito.

“Ademais, comprovam os 6.355 (seis mil, trezentos e cinquenta e cinco) documentos grafados com a expressão ‘pedidos’, emitidos pelos fornecedores das mercadorias, e ‘controles internos’, emitidos pelo Supermercados Vitória, periciados pelos peritos nomeados pelo Juízo a quo, que os denunciados adquiriram toneladas de mercadorias sem nota fiscal, no mesmo período de manutenção do Caixa 2 apreendido.

“Entre as mercadorias discriminadas em tais documentos, as espécies mais encontradas foram: arroz, feijão, café, azeitona, batata, farinha de mandioca, cebola, sardinha em lata, massas (macarrão), carvão, erva-mate, fato/bucho, todas passíveis de tributação nas suas saídas.

“A constatação lógica a que se chega é que as saídas omitidas nos documentos fiscais e constantes do controle paralelo representam saídas tributáveis de mercadorias já adquiridas sem nota fiscal (tarefa executada pelo réu Sílvio) e sem registro no Livro de Registro de Entradas, exatamente para não gerar suspeitas na hipótese de um levantamento de estoques.

“Do concurso dos acusados — inclusive Mário César Sandri e Sílvio Sandri — para a prática dos delitos

“Para justificar a condenação, a sentença atacada fundou-se no fato de os acusados Mário César Sandri e Sílvio Sandri exercerem funções de chefia e gerência na empresa fiscalizada, tendo aquele primeiro inclusive uma procuração que lhe atribuía ‘poderes para gerenciar a empresa’, documento que não havia sido contestado por quaisquer das partes (fl. 1.164).

“Entendeu estar comprovada tal condição pelos testemunhos coletados, citando especialmente os do fiscal ouvido à fl. 448 verso, que teria dito que, nas inúmeras vezes que esteve na empresa dos réus, viu os acusados em questão por ela circulando. Fundou-se igualmente nos depoimentos de fls. 496, 500, 504 e 508, que acrescentaram que os réus em tela teriam acompanhado a auditoria fiscal feita no Supermercados Vitória.

“Valeu-se também de citação feita quando do julgamento do Habeas Corpus n. 96.000342-8, de Itajaí, impetrado em favor de todos os denunciados, em que se afirmava que: ‘a co-autoria ou participação nessa modalidade de crime é insita à natureza das atividades de chefia e gerência, pois são eles que determinam aos caixas e contadores quais dados devem ser inseridos e quais operações devem ser omitidas em documento ou livro exigido por lei’ (Sentença — fl. 1.164).

“Vê-se que Sílvio Sandri, quando interrogado, disse que era responsável pelo setor de compras da empresa, esclarecendo que as compras

eram centralizadas e que posteriormente é que as mercadorias eram distribuídas às filiais e à matriz; afirmou 'que não sabe dizer quem atua na contabilidade da empresa'; negou, ainda, tivesse havido transferência inexata de créditos, apropriação de crédito sem origem; que a empresa tenha submetido tardiamente operação tributável à incidência do imposto; que não tenha havido supressão de três casas decimais por ocasião da escrituração de créditos e supressão e/ou redução de ICMS; confirmou que o acusado Cídio é sócio-gerente da empresa, sendo chamado por todos de Presidente; que o acusado Antônio é também sócio-gerente da empresa e seu diretor financeiro, e que Mário César é funcionário e atua como ajudante do acusado Antônio; adiantou desconhecer se a empresa foi fiscalizada e que nela trabalha há 28 anos' (fl. 421 verso).

"Já Cídio Sandri, na presença da Magistrada que presidiu a instrução do feito, confirmou ser sócio-gerente do Supermercados Vitória e que é, simbolicamente, seu Presidente, fazendo, no dia a dia a 'administração geral do hipermercado'; esclareceu que os acusados Antônio, Mário e Sílvio são, respectivamente, sócio-gerente, assessor financeiro e gerente de compras da empresa (fl. 422).

"Antônio Sandri, por sua vez, confirmou ser sócio-gerente da empresa e quem assina, juntamente com o acusado Cídio, a documentação da empresa e que Sílvio 'atua na área comercial fazendo compras' e o acusado Mário César é 'adjunto financeiro' (fl. 423 verso).

"Mário César, por fim, narrou que é assessor financeiro e funcionário da empresa e que no dia a dia tem a função de cuidar da entrada e saída de dinheiro e documentação. Disse que os balancetes e a documentação financeira da empresa são encaminhados a Ademar Dalmolin, que os assina; que desconhece tenha havido transferência inexata de créditos ou apropriação de crédito sem origem; que não sabe se alguma operação tributável foi tardiamente submetida à incidência do imposto; afirmou que todo o movimento contábil das máquinas registradoras está registrado nos livros fiscais (fl. 424 verso).

"Em resumo, quando interrogados, não obstante assumirem que exerciam funções administrativas na empresa notificada, negaram amplamente a prática de qualquer crime, perpetrado através do Supermercados Vitória Ltda., que tivesse importado em reduzir e/ou suprimir o ICMS devido ao Estado de Santa Catarina.

"Somando-se à negativa de autoria desses réus, tem-se o fato de que não faziam parte do Contrato Social do Supermercados Vitória Ltda., e de que a procuração outorgada a Mário César, aludida na decisão condenatória, conferia-lhe poderes de gerência restrita, isto é, era limitada aos atos nela descritos/permitidos, de onde não se inferem poderes de determinar a escrituração de operações de quaisquer natureza que gerassem a cobrança de ICMS (fl. 192).

"Certo que há indícios, e bastante fortes, de que Mário César e Sílvio, em conjunto com os sócios-gerentes nominados no Contrato Social, geriam e administravam os destinos

da empresa, entretanto, não logrou a acusação, ao fim da instrução criminal, como lhe era devido, consoante a regra do art. 156 do CPP, comprovar de forma inequívoca suas participações efetivas nos crimes aqui tratados.

"A jurisprudência deste Tribunal já consagrou o entendimento de que sem a efetiva comprovação de conduta específica que vincule ao evento delituoso, outra solução não resta senão absolver o acusado, pela dúvida, posto que, em matéria criminal 'a prova da autoria deve ser concludente e estreme de dúvida, pois só a certeza autoriza a condenação' (RT 708/339).

"Nesse mesmo vértice:

'(...) Insuficiência de provas para condenação — Dúvida — Absolvção decretada (art. 386, VI, CPP).

'No processo criminal, máxime para condenação, tudo deve ser claro como a luz, certo como a evidência, positivo como qualquer expressão algébrica. Condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis, de caráter geral, que evidenciem o delito e a autoria, não bastando a alta probabilidade na consciência do julgador, sob pena de se transformar o princípio do livre convencimento em arbítrio' (Ap. Crim. n. 29.991, da Capital, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

"Em igual orientação, tem-se:

'Sob pena de cometer possível erro judiciário, não pode o juiz criminal proferir condenação sem a certeza total da autoria e da culpabilidade' (Ap. n. 178.245, TACrim, rel. Goulart Sobrinho, apud Da Prova no Processo

Penal, Camargo Aranha, São Paulo, Saraiva, 1994, pág. 67).

"Ainda nesse diapasão:

'Ainda que plausível, em tese, a versão dada pela acusação aos fatos, deve prevalecer a presunção de inocência que milita em favor do réu quando o Estado não prova, estreme de dúvida, o fato criminoso imputado na ação penal' (Ap. n. 126.465, TACrim, rel. Geraldo Ferrari, ob. cit., pág. 67).

"Sobre o tema, Heleno Cláudio Fragoso, citado por Camargo Aranha, disserta:

'Nenhuma pena pode ser aplicada sem a mais completa certeza dos fatos. A pena, disciplinar ou criminal, atinge a dignidade, a honra e a estima da pessoa, ferindo-a gravemente no plano moral, além de representar a perda de bens ou interesses materiais' (Da Prova no Processo Penal, São Paulo, Saraiva, 1994, pág. 67).

"Continuando na lição, esse mesmo doutrinador, trazendo a lição de Eberhardt Schimidt, comenta:

'Constitui princípio fundamental do Processo Penal de que o acusado somente deve ser condenado quando o juízo, na forma legal, tenha estabelecido os fatos que fundamentam a sua autoria e culpabilidade, com completa certeza. Se subsistir ainda apenas a menor dúvida, deve o acusado ser absolvido' (ob. cit., pág. 64).

"Desta feita, relativamente aos denunciados Mário César Sandri e Sílvio Sandri, outro caminho não resta senão o pronunciamento do non liquet, para absolvê-los, com fundamento no art. 386, VI, do CPP, posto

que não é possível fundar sentença condenatória em presunções, que antes de conduzir à certeza exigida, levam à dúvida quanto à responsabilidade criminal destes réus.

“Conclusões finais sobre a prova produzida

“Da análise, já um tanto quanto prolongada, da prova contida nestes autos, afigura-se diretamente provado, por meio de farta documentação e laudo pericial, tudo quanto narrado na denúncia, com exceção das duas condutas merecedoras de acertada absolvição pela sentença guerreada e daquela referente à Notificação Fiscal n. 24085400 — transferência inexata de créditos — que por não estar provada materialmente, como aludido no item 4.1 deste voto, está a ensejar a absolvição dos acusados nesta Instância.

“Dita comprovação se mostra direta, com demonstração cabal de utilização do mesmo crédito de ICMS por filiais e matriz; de correção monetária de saldos credores de ICMS inexistentes e sem base legal; de utilização de créditos multiplicados mil vezes por conta de utilização de moeda antiga após reforma monetária de 1993.

“No que tange à prática delituesa de maior monta e reiterada ao longo de anos pelos denunciados, a prova direta — documental e pericial —, ratificada pela prova testemunhal, dá conta que, através da rede de Supermercados Vitória, eram adquiridas toneladas de mercadorias sem nota fiscal (fato confessado nas manifestações da defesa), sendo que as saídas de tais mercadorias eram omitidas dos documentos oficiais (Mapas Re-

sumo de Caixa e Registro de Apuração de ICMS) enquanto que as quantias movimentadas eram registradas em um controle paralelo denominado ‘Movimento do Dia’, autêntico ‘caixa dois’ da empresa. A prática dava-se com a falsa informação nos livros fiscais de que determinadas caixas, em certos dias de cada mês, apresentariam movimento zero (estariam desativadas), quando na verdade permaneciam operando normalmente, conforme demonstram os números do controle paralelo apreendido denominado ‘movimento do dia’ (prática concebida e determinada pelos réus Cídio — sócio-gerente e Presidente do grupo, Antônio — sócio-gerente e Diretor Financeiro...).

“Ainda que não se reconheça a tais elementos de convicção o status de prova direta, não se há de lhes recusar, por certo, o caráter de veementes, certos e concordantes indícios, que se equipararam às demais modalidades de provas previstas e admitidas pelo Código de Processo Penal. Nos presentes autos, só não há fotografias das mercadorias saindo dos estabelecimentos por intermédio de caixas com anúncio de ‘desativadas somente para efeitos fiscais’ ou uma inscrição sobre os documentos denominados ‘movimento do dia’ confessando: ‘este é o caixa dois da empresa, controle destinado a sonegar ICMS’.”

De se anotar, nesse passo, que “desde os primórdios do Direito, ou seja, da mais remota antiguidade, os indícios e presunções sempre foram admitidos em doutrina, como elementos de convicção” (RDJTACrim 5/169), podendo o magistrado, sim, embasar a decisão condenatória única e exclu-

sivamente na prova indiciária (RT 395-309/10), isto tudo diante do princípio do livre convencimento adotado pelo Código de Processo Penal.

Nesse mesmo norte navega a jurisprudência:

“Os indícios, quando não contrariados por contra-indícios ou prova direta, autorizam o juízo de culpa do acusado e sua condenação” (RT 722/462).

Mas, não bastassem os fortes e incontestáveis indícios da vultosa sonegação fiscal que por anos foi empreendida pelos sócios-gerentes, mais que suficientes para a manutenção das suas condenações, a prova testemunhal produzida é eloqüente e dissipa quaisquer dúvidas acerca dos fatos criminosos.

Com efeito, os testemunhos dos agentes fiscais que participaram diretamente dos trabalhos de investigação na empresa dos réus, são unísonos e harmônicos em afirmar, tanto na fase indiciária quanto perante a autoridade judicial, a ocorrência do crime em que foram condenados os ora apelantes, e suas responsabilidades criminais.

Quanto às notificações fiscais referentes à prefalada existência de um “caixa dois” na empresa dos réus, as palavras do fiscal Celso Pazzinato, na fase investigatória, são bastante esclarecedoras e não deixam dúvidas quanto à conduta delituosa atribuída a estes dois acusados, senão veja-se:

“(…) no transcorrer da fiscalização o depoente e seus colegas resolveram verificar as máquinas registradoras, a fim de verificar a regularidade das mesmas. Algumas das máquinas registradoras cadastradas para aque-

le estabelecimento não se encontravam operando, em vista do que foi solicitado ‘ao chefe dos caixas’ os seus paradeiros (...) Os fiscais de tributos Paulo Pereira de Deus e Francisco Imhof foram conduzidos, pelo chefe de caixa, até uma sala onde estariam as tais máquinas que não estavam funcionando. Ali estando, os dois fiscais de tributos localizaram documentos suspeitos. O depoente e Orlando Jacó Silva foram chamados até a citada sala e, ali estando, verificaram, com os outros componentes da equipe, que os valores consignados nos Mapas Resumo de Caixa e os que constavam do documento denominado ‘Movimento do Dia’ eram diferentes, apresentando, os documentos suspeitos, valores maiores. Esta desconformidade se verificava apenas em relação a algumas máquinas registradoras e a alguns dias. Ato seguinte e buscando examinar a documentação mais detalhadamente, tudo foi apreendido, lacrado e conduzido até a Repartição Fazendária de Itajaí. Foram 14 (quatorze) os volumes de documentos apreendidos (...). Examinados os documentos nos quais consta a denominação ‘Movimento do Dia’ o depoente convenceu-se de que aquele era o ‘caixa dois’ da empresa. Confrontando-se os registros que constam no Livro Registro de Saídas, que são extraídos do Mapa Resumo de Caixa, verificou-se divergência com os valores que estão registrados no citado ‘caixa dois’, possibilitando inclusive a identificação das máquinas registradoras cujos valores não foram submetidos à tributação. Foram apreendidos documentos extrafiscais que demonstram o ingresso de mercadoria no estabelecimento sem estar acobertados

por nota fiscal. Instado, verbalmente, a exibir as notas fiscais correspondentes aos citados 'pedidos' e 'controle interno', o Senhor Ademar Dalmolin, contador da empresa, admitiu que as mesmas não existiam. Comprovou-se o fato quando o depoente e seus colegas buscaram, na escrita fiscal da empresa, localizar tais notas fiscais, pois as mesmas efetivamente não existem (...)" (fls. 112/114).

Nessa mesma direção são as declarações dos demais agentes fiscais que procederam a diligência administrativa-fiscal na empresa dos réus: Paulo Pereira de Jesus (fls. 115/117) e Orlando Hornburg (fls. 118 e 119).

Em Juízo, todos ratificaram os depoimentos prestados anteriormente ao Órgão Ministerial, no Centro de Promotorias da Coletividade, e o único fiscal não ouvido na fase de investigações, Venilton Machado do Nascimento, detalha com precisão, além da conduta criminosa mencionada nas declarações de seu colega de trabalho acima citadas, as demais ações ilícitas atribuídas aos réus, pelo que merece transcrito seu relato:

"(...) que o depoente participou diretamente dos trabalhos de apuração; que o motivo preponderante das investigações levadas a termo pela Receita no estabelecimento dos acusados foi de que apresentavam nível de arrecadação muito abaixo do esperado em contraste com os outros comércios do mesmo setor de atividades (...) que foi descoberta a documentação de controle interno e indicativo de verdadeiro 'caixa dois' através de feliz coincidência, isto quando os fiscais se encontravam presentes na sobreloja

da matriz em Itajaí (...) relativamente à notificação fiscal n. 24140155, diz o depoente que efetivamente a conduta dos acusados foi aquela aduzida no item 8 da r. exordial acusatória, quando os mesmos se creditaram da quantia de R\$ 90.000,00 no registro de apuração do ICMS, sem no entanto haver a necessária correspondência de operação; que esclarece o depoente que o crédito foi fantasioso, vez que não havia qualquer documentação fiscal a dar-lhe suporte legal; que houve redução de R\$ 90.000,00 no imposto a pagar, em virtude da mencionada escrituração fictícia; que diz o depoente que teve conhecimento da supressão de três casas decimais naqueles créditos reportados no item 10 da denúncia (notas fiscais ns. 691.496 e 691.478, série U); que assim obrando, os acusados reduziram em muito, por mil, o valor devido a título de ICMS (...) que houve atualização monetária dos saldos credores referentemente à notificação fiscal n. 24148650; que tal atualização monetária não era permitida consoante a legislação tributária em vigor; que por tais valores configurarem créditos, os acusados reduziram diretamente o ICMS devido; que foram apreendidos inúmeros documentos, no que tange às demais notificações reportadas na denúncia, ou seja, entradas de mercadorias lançadas em 'Pedidos e Controle Internos', estas sem a respectiva documentação fiscal; que tais documentos se reportavam ao período compreendido entre Janeiro de 1991 e Fevereiro de 1995; que tais documentos acobertavam a entrada de grande volume de gêneros alimentícios, dentre os quais arroz, feijão, azeitonas, sardinhas, conservas, café, fubá etc., e que não estavam

lançadas na escrituração fiscal da empresa; que o contador da empresa dos réus esteve presente durante a auditoria e em diversas oportunidades respondia que 'não sabia' como os acusados chegaram aos números constantes da referida escrituração; que em tais controles internos figuravam as expressões 'mercadoria recebida', 'mercadoria recebida nesta data', 'entregue', 'pago', bem como a discriminação de tais mercadorias quanto ao gênero e número; que em certos casos havia até recibos de depósitos bancários e ordens de pagamentos; que em inúmeros casos havia compatibilidade entre o valor do depósito e o valor da mercadoria; que tais produtos eram comercializados pelo Supermercados Vitória; que conforme facultado pela legislação, o controle feito de saída de mercadorias o era por máquina registradora; que durante o trabalho fiscal foi constatada a existência de 'caixa dois', sendo o controle paralelo registrado em ficha ou mapas denominados 'Movimento do Dia'; que em contraste com este controle o mapa resumo de caixa, os valores eram coincidentes, mas que as máquinas descritas como paralisadas neste mapa, na realidade não estavam e justamente aí é que houve a sonegação; que o número de máquinas registradoras coincidiam com o número lançado no controle 'movimento do dia'; que em cada estabelecimento figurara uma, duas e até três caixas registradoras 'paralisadas'; que os valores reportados no controle interno denominado 'movimento do dia' eram superiores àqueles constantes no mapa legal; que o valor apurado para o pagamento do ICMS o era pelo mapa resumo de caixa; que a di-

ferença nos valores havidos no 'movimento do dia' em contraposição ao mapa resumo de caixa era justamente aquele onde incidia a sonegação fiscal; que os acusados, ao mencionarem que algumas caixas registradoras não estariam funcionando quando na realidade operavam normalmente, era justamente a supressão do ICMS; que tal atitude dos réus causou supressão do ICMS devido ao Estado de Santa Catarina; que se recorda o depoente que, em relação ao controle 'movimento do dia' e o mapa resumo de caixa, não só coincidiam o número de máquinas registradoras, mas também o próprio número de cada máquina; que a diferença entre o valor registrado e o valor devido de ICMS coincidia exatamente com aquele apurado nas máquinas registradoras que não estariam operando; que em outras oportunidades, as máquinas que operavam, mas onde não era recolhido o tributo devido, constavam no mapa como 'em concerto' (...)" (fls. 496 a 499).

No mesmo diapasão são as declarações de Celso Pazzinato (fls. 500/503), Orlandio Hornburg (fls. 504/507), Paulo Pereira de Deus (fls. 508/511).

Vê-se, então, que a prova é limpa acerca dos fatos, eis que baseada em documentos (notificações fiscais), em perícia e no testemunho dos fiscais, pessoas encarregadas pela Receita Estadual de exercer as atividades de fiscalização fazendária, sendo óbvio que se tratam dos indivíduos mais indicados para responder, em Juízo, qual a situação verdadeira encontrada, sob o ponto de vista dos atos que exercem e que, na hipótese, vertem contra os acusados pois, também de forma clara, nada mais fize-

ram os ditos testigos do que dar amparo às demais provas coletadas.

Desta forma, impossível absolver-se Cídio e Antônio Sandri do cometimento do crime descrito no art. 1º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, que pune com reclusão, de 2 a 5 anos, e multa, aquele que “suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório”, mediante a conduta de “fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal”.

A propósito, trazemos a doutrina de Pedro Roberto Decomain:

“O inciso II do artigo 1º da lei examinada procura proteger a correta escrituração dos livros e documentos fiscais.

“A regulamentação de diversos tributos exige que o contribuinte dos mesmos mantenha livros, destinados a escriturar as operações realizadas, e que acarretam em débito do tributo, bem como destinados a apurar, ao final de certos períodos (quinzena, mês), qual o montante do débito tributário a ser satisfeito.

“Para que esse montante seja apurado com precisão, cumpre que todas as operações que impliquem fatos geradores do tributo sejam convenientemente escrituradas.

“A legislação tributária também exige, no tocante a determinados tributos, a expedição de documentos representativos de operações tributáveis, dentre as quais destacam-se, pela sua maior importância, as notas fiscais. Outros, contudo, também são exigidos, e a escrituração fraudulenta de qualquer deles configura crime, desde

que acarrete supressão ou redução de tributo.

“No Estado de Santa Catarina a Lei n. 7.547, de 27 de janeiro de 1989, que dispôs sobre o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal de Comunicação — ICMS, estabelece, em seu artigo 37, que “as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação devem ser consignadas em documentos fiscais próprios, de acordo com os modelos oficiais.

“(…)

“Consistirá então crime a redução ou supressão de tributo, desde que resulte de escrituração mendaz de livro fiscal ou documento exigido pelas leis tributárias, com inclusão neles de elementos inexatos ou omissão de operações tributáveis” (Crimes Contra a Ordem Tributária, Obra Jurídica Editora, 1994, págs. 59/61).

Por sua vez, o artigo 162, do Anexo III, do RICMS/SC, enumera quais os livros fiscais que os contribuintes são obrigados a manter e escriturar, com as operações que realizarem. E seu artigo 1º prescreve quais os outros documentos fiscais que o contribuinte obrigatoriamente terá que emitir, conforme as operações ou prestações que realizar. O art. 2º, e seus incisos, do RICMS/SC, estabelece quando “ocorre o fato gerador do imposto”, no caso presente, do ICMS.

Para que os tributos possam ser arrecadados no montante correto, é necessário que todas as operações que gerarem a sua incidência sejam escrituradas, tomando-se, para tanto,

os valores efetivamente praticados. Só assim a Fazenda Estadual arrecadará o que lhe é devido.

Se as operações sujeitas à tributação forem omitidas ou registradas em valores incorretos (inexatos), o fato causará supressão ou redução de tributo, o que lesa o sujeito passivo e caracteriza o crime.

E, cuidando o inciso II do art. 1º da Lei Federal n. 8.137/90 de caso de fraude, configurar-se-á o crime sempre que as operações de qualquer natureza, ou não forem devidamente escrituradas, ou o forem mediante inserção, nos livros e demais documentos fiscais, de elementos inexatos, não verdadeiros, e desde que isso resulte em supressão ou redução de tributo.

Já decidiu esta Corte de Justiça:

“Crime contra a ordem tributária.

“Empresário que fraudou o fisco estadual inserindo elementos inexatos e omitindo operações em documento fiscal, deixando ainda de recolher o ICMS devido. Notificações fiscais e testemunho do fiscal de tributos estaduais que evidenciam o crime. Recurso provido para condenar o apelado pelos crimes descritos no artigo 1º, incisos II e V, da Lei n. 8.137/90, na forma continuada (art. 71 do CP).

“Em sede de crimes fiscais, a ausência de perícia contábil não impede o reconhecimento da materialidade do delito, mormente quando há nos autos farta prova documental, inclusive notificações fiscais do órgão fazendário.

“A prática reiterada e permanente de crimes do colarinho branco — no caso, sonegação fiscal — com grave repercussão financeira negativa ao erário público, representa uma ameaça permanente à ordem pública, representando uma periculosidade silenciosa, maligna, amorfa e sub-reptícia alarmante que merece, por parte do Judiciário, uma enérgica e corajosa tomada de atitude para coibir, quando chamada a atuar dentro do devido processo legal, a prática desses delitos causadores da falência da Nação’ (voto do Des. Ernani Ribeiro no Rec. Crim. n. 9.370 — DJ 30/4/1993, pág. 3)” (Apelação Criminal n. 98.000917-0, da Capital, rel. Des. Genésio Nolli, j. em 2/6/98).

Perfeitamente correta, portanto, a condenação dos sócios-gerentes nas sanções do art. 1º, II, da Lei n. 8.137/90.

5 — Da dosimetria da pena:

5.1 — Da majoração da pena-base imposta aos acusados:

Alegando o alto grau de lesividade da conduta criminosa praticada pelos acusados, em função do expressivo montante sonegado, mais de nove milhões de reais, em atualização efetuada em 1997, pretende o Ministério Público a adequação da pena-base que lhes foi fixada, salientando que “o expressivo saldo devedor, que representa o prejuízo imposto ao Estado pelos apelados, também deve ser levado em conta por ocasião da fixação de suas penas, sob pena de estabelecer-se, por via indireta, estímulo à sonegação e valores maiores” (Razões de Recurso — fl. 1.316).

Citando acórdão da lavra do Exmo. Sr. Desembargador Amaral e

Silva, fez, na seqüência, uma analogia com o tráfico de entorpecentes, onde a grande quantidade de droga apreendida justifica uma pena mais severa, na primeira etapa da dissimetria da pena (Ap. Crim. n. 96.012445-4, de Itajaí, publ. in DJSC de 24/4/97, pág. 11).

Razão assiste ao Órgão Ministerial, merecendo aumentada a reprimenda básica, pois as circunstâncias judiciais justificam-na, especialmente em se considerando o alto grau de reprovabilidade da conduta dos denunciados, que por mais de quatro anos persistiram na conduta lesiva ao Estado de Santa Catarina, tipificada como crime, assim como as conseqüências resultantes do delito em exame — monta do prejuízo sofrido pelo Erário Estadual, diante da sonegação perpetrada pelos réus.

Assim, fixa-se a sanção-base em 2 anos e 2 meses de reclusão.

Quanto à pena de multa-tipo, merece também reformada a pecuniária irrogada, primeiramente porque se está aumentando-a, nesta Instância, e segundo porquanto na sentença, embora consideradas as circunstâncias judiciais todas favoráveis, foi fixada, sem a necessária justificação, em 105 dias-multa, bem acima do mínimo legal para o tipo, e não guardando correlação com a privativa de liberdade estabelecida.

Nesta Corte de Justiça já se decidiu:

“Sanção pecuniária — Critérios de fixação — Valor do dia-multa — Estipulação acima do mínimo legal — Necessidade de fundamentação expressa — Adequação.

“A fixação do número de dias-multa, variável de dez a trezentos e sessenta, deve ser correlata à sanção corporal imposta. Assim, a uma pena-base no mínimo legal deve corresponder uma multa-base em seu menor grau” (Apelação Criminal n. 98.000621-0, de Joinville, rel. Des. Paulo Gallotti, j. em 17/3/98).

Do corpo do v. acórdão retira-se a lição:

“Merece ajuste, igualmente, a sanção pecuniária imposta, haja vista que a fixação do número de dias-multa, variável de dez a trezentos e sessenta, deve ser correlata à sanção corporal. Assim, a uma pena-base estabelecida no mínimo legal deve corresponder uma multa-base em seu menor grau.

“Com efeito, tendo sido a reprimenda privativa de liberdade estipulada basicamente em seu mínimo, não obstante serem desfavoráveis algumas das circunstâncias judiciais, não deveria, como foi, a multa ser estabelecida em trinta dias, isto é, no triplo do piso legal, completamente divorciada daquele parâmetro.

“Veja-se:

“No que tange à fixação do número de dias-multa, são as regras norteadoras do atual artigo 59 do CP que orientam o juiz na tarefa individualizadora. Assim, a multa-base deve acompanhar os critérios da pena-base, de molde que a uma pena-base fixada no mínimo abstrato do tipo corresponda uma multa-base de dez dias-multa’ (Ap. Crim. n. 27.269, de Itajaí, rel. Des. José Roberge, publicada no DJE n. 8.279, de 25/6/91, pág. 18)”.

Dessa forma, fixa-se a pena de multa em 20 dias, diante da reprimenda-base irrogada.

Não há circunstâncias atenuantes ou agravantes a se considerar.

Há, contudo, a causa de especial aumento pela continuidade delitiva, que será analisada no tópico seguinte, haja vista a interposição de recurso pelo Ministério Público para aumentá-la.

5.2 — Do aumento das penas em virtude da continuidade delitiva:

Também merece provimento o recurso ministerial, quando pretende a elevação da reprimenda imposta aos réus, relativamente ao reconhecimento da continuidade delitiva.

Já é pacífico na doutrina e na jurisprudência que o critério para o aumento pela continuidade delitiva é aquele que “se baseia no número de infrações ou de condutas ilícitas cometidas, como parâmetro para o aumento de um sexto até dois terços” (Celso Delmanto, Código Penal Comentado, 3ª ed., Renovar, São Paulo, 1991, pág. 116).

Veja-se a quantificação sugerida pelo mestre Damásio de Jesus lastreado em decisões do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo:

“1) até dois crimes: acréscimo de um sexto; 2) até três delitos: um quinto; 3) até quatro crimes: um quarto; 4) até cinco delitos: um terço; 5) até seis crimes: metade; 6) até sete delitos: dois terços (AE n. 452.827, BMJTACrimSP 45/13)” (Código Penal Anotado, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1991, pág. 186).

Nessa direção:

“Neste eg. 3º Grupo já se tornou pacífico o critério de vincular o acréscimo relativo à continuidade delitiva ao número de delitos. Quanto maior este, maior será aquele. Assim, em se tratando de dois crimes o aumento será o mínimo de um sexto, incidindo sobre a pena imposta ao crime mais grave; de três, será de um quinto; de quatro, um quarto; de cinco, um terço; de seis, metade, e, finalmente, de dois terços, quando forem sete ou mais delitos” (TACrimSP — Rev. n. 117.450 — rel. Ercílio Sampaio).

Nosso Tribunal tem se pautado pelo mesmo entendimento:

“Apelação criminal — Furto qualificado — Continuidade delitiva — Aplicação da pena — Critério objetivo — Número de crimes — Recurso parcialmente provido.

“Para o aumento especial, face o reconhecimento da continuidade delitiva, não se consideram as circunstâncias judiciais do art. 59, mas sim e unicamente o número de infrações praticadas pelo agente’ (Ap. Crim. n. 28.548, de Laguna — Des. Nilton Macedo Machado — j. em 21/8/92)” (Ap. Crim. n. 28.580, de Orleans, deste Relator, JC 72/592).

E, no caso, cuidam os autos de três práticas criminosas que levaram à supressão ou redução do ICMS devido ao Estado de Santa Catarina, sendo que somente uma delas — redução ou supressão de ICMS por meio da venda de mercadorias sem o devido registro nos livros fiscais — perdeu por cerca de 4 anos (de janeiro de 1991 a fevereiro de 1995) e gerou a emissão de 39 (trinta e nove) notificações fiscais, pelo que não poderia a

sentença fixar o aumento no mínimo legal previsto (um sexto).

Dessa feita, há que se adequar a pena imposta.

Na primeira fase da dosimetria, fixou-se a pena-base de cada acusado em 2 anos e 2 meses de reclusão, que, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes a se considerar, assim permaneceu na segunda etapa.

Na terceira fase, reconhecida a presença da continuidade delitiva, e observado o critério objetivo para o aumento, tendo sido muito mais que sete as infrações comprovadamente perpetradas pelos réus, aumenta-se a sanção de 2/3, resultando definitiva em 3 anos, 7 meses e 10 dias de reclusão.

Diante da incidência da fictio juris do crime continuado, a pena de multa-tipo é aumentada na mesma proporção adotada para a sanção reclusiva — 2/3 —, findando em 32 (trinta e dois) dias-multa, que, diante da situação econômica dos réus, é fixado, cada dia, no valor de 5 (cinco) salários mínimos vigentes ao tempo do delito (art. 49, § 1º, do CP).

5.3 — Da possibilidade de substituição da reprimenda privativa de liberdade:

Tratando-se de sonegação fiscal, que não se inclui entre os denominados crimes de ação violenta, e estabelecida a pena reclusiva em patamar inferior a 4 anos, cumpre, em atenção ao disposto no art. 44 do Código Penal, com a nova redação conferida pela Lei n. 9.714/98, se analisar, de ofício, a possibilidade de sua substituição por pena restritiva de direitos, em observância ao princípio da retroatividade da lei penal mais benigna (art.

5º, XL, da CF/88, e art. 2º, parágrafo único, do CP).

Levando-se em conta que os réus são primários e as circunstâncias judiciais examinadas não foram consideradas todas desfavoráveis, entendo ser suficiente a medida (art. 44, III, do CP), devendo por isso ser modificada a sentença para substituir-se a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade (art. 44, § 2º, 1ª parte, c/c art. 43, IV, do CP), por igual período (3 anos, 7 meses e 10 dias), em local e horário a ser especificados pelo Juízo da Execução, nos moldes do art. 149 e incisos da Lei de Execução Penal, e na prestação pecuniária, consistente no pagamento de 360 salários mínimos ao Estado de Santa Catarina (vítima) (art. 45, § 1º, CP).

5 — Da legalidade do seqüestro de bens:

“Ao contrário do suscitado pelos acusados, é perfeitamente aceitável a convivência do Decreto-Lei n. 3.240/41, de caráter especial, com as disposições gerais estabelecidas pelo Código de Processo Penal.

“Conforme já sustentado pelo Ministério Público alhures, o artigo 1º do Decreto-Lei em tela positiva que: ‘Ficam sujeitos a seqüestro os bens da pessoa’ acusada ‘por crime de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública’ desde que dele ‘resulte locupletamento ilícito para o indiciado’.

“O artigo 125 do Código de Processo Penal, de sua parte, prevê que: ‘Caberá o seqüestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro’.

“Fácil concluir, após atenta e reflexiva leitura das disposições legais transcritas, que o Código de Processo Penal, em seus artigos 125 e seguintes, estabeleceu disposições gerais sobre o seqüestro dos bens adquiridos, pelo indiciado, com os proventos da infração.

“Já o Decreto-Lei n. 3.240/41 estabeleceu disposições especiais, específicas e extraordinárias, permitindo o seqüestro dos bens de pessoas já indiciadas por crimes de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública.

“A diferença entre os citados diplomas legais resta evidente, pois enquanto o Código de Processo Penal é norma geral, o Decreto-Lei em comento é norma especial. Não existe, via de conseqüência, qualquer incompatibilidade entre tais diplomas legais; porém ainda que houvesse, o que só se admite por amor ao debate, subsistiriam as disposições do Decreto-Lei n. 3.240/41, em respeito ao princípio da especialidade da norma.

“À outra conclusão o comando normativo previsto no artigo 2º e seus parágrafos da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro não permite chegar.

“Como o Código de Processo Penal não declarou estar expressamente revogado o Decreto-Lei n. 3.240/41, e como tais diplomas legais, conforme visto, não são incompatíveis, não está revogado o segundo, que desta forma pode e deve ser manejado sempre que o interesse da Fazenda Pública reclamar.

“A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Recurso em Mandado de Segurança n. 4.161 (94.006916-2) (...) decidiu:

‘Administrativo. Mandado de segurança. Seqüestro de bens em favor da Fazenda Pública e perda do produto do crime. Categorias legais diversas. Convivência do Decreto-Lei n. 3.240/41 com o Código de Processo Penal. Aplicação do § 1º do art. 2º da LICC. Recurso conhecido e improvido’ (DJU de 5/8/96, 1ª Seção, pág. 26.416 — grifo não original).

“Do voto-vista do Excelentíssimo Senhor Ministro Adhemar Maciel é oportuno transcrever:

‘Data venia aos recorrentes, tenho para mim que não se pode falar que o decreto-lei em questão esteja revogado (melhor seria dizer ‘abrogado’). Pelo § 1º do art. 2º da LICC, uma lei só revoga a anterior, quando expressamente o disser, quando com ela incompatível ou quando regular inteiramente a matéria de que tratava a lei velha. Ora, o CPP, quando cuida das ‘medidas assecuratórias’, normatiza coisa diferente: trata em seu art. 125 e 132 de seqüestro de bens imóveis ou móveis adquiridos como o produto do crime. Já o Decreto-Lei n. 3.240/41 (...) cuida de ‘seqüestro de bens de pessoa indiciada por crime de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública’. Como se vê, as leis regulam assuntos diversos. Logo, têm existência compatível.

‘Hely Lopes Meirelles, como foi mencionado pelo interveniente (Estado da Paraíba), diz em seu festejado Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 19ª ed., pág. 423:

‘O seqüestro dos bens adquiridos pelo indiciado como o produto da infração penal está genericamente disciplinado no CPP, arts. 125 a 144. Todavia, quando a vítima é a Fazenda

Pública, o procedimento é o previsto no Dec.-Lei n. 3.240, de 8/5/41, expressamente revigorado pelo Dec.-Lei n. 359/68 (art. 11). Nesse caso, é requerido pelo Ministério Público (...).

‘Por sua vez, o Decreto-Lei n. 359/68, que criou a ‘Comissão Geral de Investigações’, reza:

‘Art. 11 — Continuam em vigor o Decreto-Lei n. 3.240, de 8 de maio de 1941, e as Leis ns. 3.164, de 1º de junho de 1957, e 3.502, de 21 de dezembro de 1958, no que não colidirem com o disposto neste Decreto-Lei’.

“Novamente agitada a matéria, em Recurso Especial interposto pelo Ministério Público de Santa Catarina, o colendo Superior Tribunal de Justiça reafirmou o seu posicionamento:

‘Penal. Seqüestro de bens. Crime de sonegação fiscal. Decreto-Lei n. 3.240 de 1941. Aplicação.

‘A teor de orientação já firmada na Sexta Turma do STJ, não está revogado, pelo Código de Processo Penal, o Decreto-Lei n. 3.240, de 1941, no ponto em que disciplina o seqüestro de bens de pessoa indiciada por crime de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública.

‘Recurso especial conhecido e provido’ (Recurso Especial n. 132.539/SC; relator Ministro William Patterson; DJU 9/2/98).

“Também assim tem entendido o egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

‘Mandado de segurança. Matéria criminal. Crime de sonegação fiscal. Medida de seqüestro dos bens. Possibilidade.

‘Insubsiste a impugnação pretendida, sob a arguição de ilegalidade

da decisão judicial que se embasou no Dec.-Lei n. 3.240/41, pois não existe qualquer manifestação expressa de revogação desta norma legal.

‘Pertinente, portanto, a decisão da Magistrada que determinou o seqüestro dos bens do indiciado por crime de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública Estadual.

‘Ordem denegada’ (MS n. 7.956, de Turvo — 1ª Câmara Criminal — relator Desembargador Solon d’Eça Neves — julgado em 2/8/94 — grifo não original).

‘Mandado de segurança — Matéria criminal — Seqüestro dos bens do indiciado por crime de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública — Ato impugnado embasado no Decreto-Lei n. 3.240/41 — Possibilidade — Legislação com plena vigência e eficácia — Ordem denegada.

‘Insubsistente a impugnação pretendida, sob a arguição de ilegalidade da decisão judicial que se embasou no Dec.-Lei n. 3.240/41, pois não existe qualquer manifestação expressa de revogação desta norma legal.

‘Pertinente, portanto, a decisão da Magistrada que determinou o seqüestro dos bens do indiciado por crime de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública Estadual.

‘Ordem denegada’ (Mandado de Segurança n. 7.956, de Turvo, Des. Solon d’Eça Neves, DJSC n. 9.058, de 23/8/94, pág. 7) (MS n. 7.952, de Turvo — 2ª Câmara Criminal — relator Desembargador Álvaro Wandelli — julgado em 17/4/95 — grifo não original)”.’

Esta colenda Câmara Criminal, em decisão recente, apresentou idêntico posicionamento, leia-se:

"(...)

"Crime de sonegação fiscal — Decreto-Lei n. 3.240/41 — Vigência — Legitimidade do Ministério Público.

"O Decreto-Lei n. 3.240/41, que regulamenta o seqüestro de bens em caso de delitos de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública, não foi revogado pelo Código de Processo Penal.

"Há legitimidade ativa do Ministério Público para requerer seqüestro dos bens de pessoas indiciadas por crimes de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública (...)" (Ap. Crim. n. 00.010482-5 de Criciúma, rel. Des. Irineu João da Silva, j. em 10/10/2000).

"De qualquer sorte, os réus impetraram mandado de segurança perante esta Augusta Câmara, suscitando a mesma tese, e obtiveram a ordem apenas em parte, para excluir da constrição os bens obtidos anteriormente ao período em que se deu início a actio poenalis (MS n. 96.000343-6, DJSC, 17/6/97, pág. 17), de cuja decisão recorreu apenas o Ministério Público, encontrando-se o respectivo recurso especial em apreciação no egrégio Superior Tribunal de Justiça".

Assim, é de se manter o seqüestro de bens ordenado na sentença, observado o decidido no Mandado de Segurança n. 96.000343-6, de Itajaí, a fim de assegurar a execução a ser intentada pela Fazenda Pública em razão dos prejuízos por esta sofridos em função dos crimes contra a ordem tributária cometidos pelos denunciados.

6 — Diante do exposto, a Câmara indefere os pedidos de retirada de pauta e vista dos autos, formulados pelos novos advogados de Mário César Sandri, Sílvio Sandri e Antônio Sandri, rechaça as preliminares argüidas pela defesa, e, no mérito, dá provimento parcial ao apelo defensivo para: a) com fundamento no art. 386, VI, do CPP, absolver todos os acusados quanto ao crime em que foram denunciados em razão da Notificação Fiscal de n. 24085400; e b) absolver Mário César Sandri e Sílvio Sandri, com fundamento no art. 386, VI, do CPP; e dar provimento ao do Ministério Público para fixar a sanção dos réus em 3 anos, 7 meses e 10 dias de reclusão, substituída, de ofício, por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, por igual período, em local e horário a ser especificados pelo Juízo da Execução, e prestação pecuniária de 360 salários mínimos ao Estado de Santa Catarina (vítima), e ainda ao pagamento de 32 dias-multa, cada um no valor de 5 (cinco) salários mínimos vigentes ao tempo do delito.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Irineu João da Silva, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 20 de março de 2001.

Alberto Costa,
Presidente;
Jorge Mussi,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.021948-7, DE CANOINHAS**Relator: Des. Jorge Mussi**

Tribunal do Júri — Homicídio simples — Legítima defesa própria — Duplicidade de versões — Jurados que adotaram a que entenderam mais consentânea com a realidade dos fatos, ou seja, a da configuração da excludente de antijuridicidade prevista no art. 23, inciso II, do CP, reconhecendo, ainda, a moderação na repulsa à agressão sofrida pelo réu — Requisito que deve ser aferido no caso concreto — Excesso não verificado — Decisum que não se apresenta manifestamente contrário ao conjunto probatório — Verdicto confirmado — Homenagem ao princípio constitucional da soberania nas decisões prolatadas pelo Conselho de Sentença.

Não há anular o decisum por contrário à prova dos autos, se o Corpo de Jurados nestes baseou-se para decidir acerca da moderação.

“A apreciação da moderação deve ser feita objetivamente, mas sempre, de caso em caso, segundo um critério de relatividade ou de cálculo aproximativo. Não se trata de pesagem em balança de farmácia, mas de uma aferição ajustada às condições de fato do caso vertente” (Nelson Hungria, Comentários ao Código Penal, vol. 1, Rio de Janeiro, Forense, 1994, pág. 461).

Recurso ministerial improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.021948-7, da comarca de Canoinhas (2ª Vara/Fazenda Pública), em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, sendo apelado José Hack:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso ministerial.

Custas legais.

1 — Na comarca de Canoinhas (2ª Vara), foram denunciados José Hack e João Agostinho Hack, como incurso nas sanções do art. 121, ca-

put, c/c o art. 29, caput, ambos do Código Penal, porque, como se infere da exordial acusatória de fl. 2:

“(…) no dia 22 de janeiro de 1991, por volta das 18 horas, na localidade de Toldo de Cima, município de Major Vieira, desta Comarca, os denunciados, que mantinham inimizade com Jorge Martins Alves por motivos ligados à propriedade de terras, encontraram-se com este na faixa de terras que motivou a discórdia, estando o primeiro armado de revólver e o segundo com uma foice e, após discutirem com Jorge, passaram a agredi-lo, tendo José Hack efetuado 3 (três) disparos contra Jorge, sem acertar, e

João Agostinho desferiu golpes de foice contra a vítima, tendo José se apoiado da foice da vítima e auxiliado nessa agressão, em razão da qual Jorge sofreu os ferimentos que o levaram à morte, descritos no auto de exame cadavérico de fl. 4".

Terminada a fase do *judicium accusationis*, foi admitida a denúncia, restando os dois acusados pronunciados nas sanções do art. 121, *caput*, *c/c* o art. 29, *caput*, ambos do Código Penal, e, por consequência, determinado que fossem submetidos a julgamento perante o Tribunal do Júri.

Irresignado, José Hack ingressou com recurso em sentido estrito, tempestivamente e fulcrado no artigo 581, IV, do CPP, pretendendo a absolvição, com base na excludente de ilicitude disposta no artigo 23, II, do CP, ao argumento de que agiu em legítima defesa, para repelir agressão injusta e atual da vítima.

Contra-arrazoado o recurso e mantida a decisão, os autos ascenderam a este grau de jurisdição, sendo a manifestação da douta Procuradoria-Geral de Justiça no sentido de que estes retornassem, com urgência, à Comarca de origem, a fim de que fosse providenciada a intimação pessoal da sentença de pronúncia no tocante ao acusado João Agostinho Hack, entre outras providências processuais.

Esta Segunda Câmara, por votação unânime, acolheu a determinação ministerial e ordenou que fosse convertido o julgamento em diligência (certidão de julgamento de fl. 100 e acórdão de fls. 101/102).

Cumprida uma das formalidades, os autos retornaram a esta superior instância, manifestando-se nova-

mente a douta Procuradoria-Geral de Justiça para que os autos fossem mais uma vez remetidos à comarca de Canoinhas, para cumprimento da exigência disposta no artigo 583, parágrafo único, do Código de Processo Penal, ou seja, que o recurso aforado por José Hack fosse processado por instrumento, e também que fosse desmembrado o feito.

Satisfeita a formalidade necessária, o Parquet ad quem opinou no sentido de ser negado provimento ao recurso defensivo, devendo ser julgado pelo Tribunal do Júri, sendo nesse sentido o julgamento desta Câmara Criminal (certidão de julgamento de fl. 127 e acórdão de fls. 128/133).

Apresentado o libelo crime acusatório e sua contrariedade, José Hack foi submetido a julgamento popular, restando absolvido do crime de homicídio, com fundamento no artigo 386, V, do CPP, em face do reconhecimento da legítima defesa.

Inconformado com o teor do *decisum*, o representante do Ministério Público recorreu, tempestivamente, e com fulcro no artigo 593, III, alínea d, do Código de Processo Penal, requerendo a anulação do julgamento, alegando que a decisão absolutória dos jurados não encontra qualquer suporte fático nem jurídico, sendo completamente contrária às provas carreadas nos autos.

Contra-arrazoado o apelo, os autos ascenderam a este grau de jurisdição, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo seu conhecimento e provimento, a fim de que outro julgamento se realize.

É o relatório.

2 — Em que pese a manifestação da ilustre Procuradoria-Geral de Justiça, no sentido de dar-se guarida à pretensão do apelante, impossível reconhecê-la cabível, na hipótese, porquanto esta Câmara já decidiu, ao proferir julgamento no Recurso em Sentido Estrito n. 9.938, interposto pelo apelado, que “dos autos se extraem nitidamente duas versões para os fatos, deixando névoas a respeito de quem dera início à contenda que resultou na morte da vítima” (fl. 132), e, se duas versões existem para os mesmos fatos, acatando o Corpo de Jura-dos a que lhe pareceu mais convincente, não existem motivos e fundamentos suficientes para declarar-se a nulidade da decisão ora atacada.

Consoante se colhe do caderno processual sub judice, uma das versões é a sustentada pelo acusado e corroborada, em parte, pelo genro da vítima, Josué Barbosa dos Santos, que ouvido em Juízo e depois em plenário (fls. 32 e verso e 151, respectivamente), aduzem que foi Jorge Martins Alves quem tomou a iniciativa de agredir o referido réu, munido de uma foice, passando, então, este, a defender-se da investida, primeiro tentando amedrontar a vítima por meio de três disparos de arma de fogo, todos voltados para o chão, esclarecendo, ainda, que efetuou um, e que por não ter surtido efeito, disparou mais duas vezes, que de igual maneira não serviram para afugentar Jorge do local dos fatos, partindo este para cima do acusado, tentando golpeá-lo, razão pela qual se apoderou de uma outra foice e revideou a agressão sofrida.

Enquanto isso, a outra versão constante nos autos, e daqui para

frente também confirmada pelo supra-citado declarante, traz à baila a presença do igualmente denunciado João Agostinho Hack, como co-autor do ilícito descrito na denúncia, em que pese este negar veementemente a sua participação, afirmando que João, no momento em que viu a vítima atacar o seu comparsa, desferiu contra ela um golpe de foice, levando-a ao chão, o que não impediu os co-autores de continuarem as agressões.

Assim, o que restou demonstrado, durante a instrução criminal, é que duas são as versões contidas no processo acerca dos fatos descritos na exordial acusatória, e se o Conselho de Sentença optou por uma delas, embora fraca, suspeita, ou mesmo frágil a sustentar a alegativa de legítima defesa própria, infere-se que não cabe a este Tribunal desconstituí-la, com base no pretexto sustentado pelo Parquet a quo, sob pena de se contrariar o princípio constitucional da soberania dos veredictos do Júri, previsto no inciso XXXVIII, alínea c, do art. 5º, da Constituição Federal.

E nesse sentido é assente a jurisprudência emanada neste Tribunal:

“Tribunal do Júri — Decisão manifestamente contrária à prova dos autos — Inexistência — Soberania do veredicto que, em consonância com o conjunto probatório dos autos, opta por uma das versões apresentadas — Recurso ministerial desprovido.

‘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)" (Apelação Criminal n. 98.010544-7, de Descanso, j. em 15/6/2000).

Ainda:

"(...) Júri — Tentativa de homicídio — Caracterização — Legítima defesa — Excesso doloso — Duas versões — Decisão manifestamente contrária à prova dos autos — Inocorrência — Veredicto mantido.

"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, mesmo que apoiada em prova suspeita ou fraca.

"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" (Apelação Criminal n. 99.010425-7, de Xanxerê, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 31/8/1999).

"Por fim:

"Apelação criminal. Júri. Homicídio simples.

Reconhecimento da legítima defesa própria. Absolvição concedida no primeiro grau. Recurso pretendendo a anulação do julgamento por ter sido a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. Dubiedade de versões. Acolhida de

uma delas pelo Conselho de Sentença. Reconhecimento de que o réu agiu sob o pálio da legítima defesa pessoal. Veredicto confirmado em homenagem ao princípio da soberania do Júri. Recurso desprovido".

Funda-se também o Órgão Ministerial, para suscitar a nulidade do julgamento proferido pelo Tribunal do Júri, afirmando-o contrário à prova dos autos, no fato de ter havido imoderação na repulsa à agressão perpetrada pela vítima, razão pela qual entende que não pode ser reconhecida a excludente de antijuridicidade apontada.

Contudo, este não é o caso dos autos, pois se vê que o Corpo de Jurados decidiu, por 4 votos a 3, que os meios utilizados pelo acusado para repelir a injusta agressão a que estava sofrendo foram moderados, decisão esta que se ancorou no elenco probatório coligido no presente feito, do qual se infere que o apelado, de posse de uma arma de fogo, preferiu apenas assustar a vítima com os disparos a feri-la, e, não vendo jeito desta intimidar-se, pegou uma outra foice, eis que a vítima também estava armada de uma, e passou a defender-se da maneira como lhe era possível naquele momento.

E há admitir, segundo o enfoque dado pela doutrina, que da forma mais apropriada agiu, veja-se:

"Para medir a adequação ou o excesso de defesa, como está na concepção de Manzini, não se deve instituir o confronto entre o mal sofrido ou ameaçado e o mal infligido pela reação, o qual pode ser superior ao primeiro, sem que, por isso, não ocorra a justificativa. O confronto, ao contrário,

deve-se verificar entre os meios reativos que o agredido tinha à sua disposição e os meios utilizados” (Marcelo Jardim Linhares, advogado criminalista atuante no Estado de Minas Gerais, em sua obra *Legítima Defesa*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992, pág. 362).

E continua:

“A nós nos parece, entretanto, que, mesmo que por sua alta eficácia, o meio utilizado venha a produzir, efetivamente, um resultado desproporcionado em relação à entidade do mal ameaçado, nem por isso se falará em falta de moderação, por não ser lícito exigir-se do agredido um comportamento heróico, suportando estoicamente sem repulsa à situação de perigo que se lhe criar. Mas, é lógico que, como reflete Sauer, entre as várias possibilidades de proteção, há que se escolher a mais natural em certo mal, ou adequada, a que lhe pareça justificada” (op. cit., pág. 367).

Igualmente sobre o assunto, colhe-se da ensinança do renomado Nelson Hungria, que, também citando Manzini, observa:

“A apreciação da moderação deve ser feita objetivamente, mas sempre, de caso em caso, segundo um critério de relatividade ou de cálculo aproximativo. Não se trata de pesagem em balança de farmácia, mas de uma aferição ajustada às condições de fato do caso vertente. Não se pode exigir uma perfeita equação entre o quantum da reação e a intensidade da agressão, desde que o necessário meio empregado tenha de acarretar, por si mesmo, inevitavelmente, o rompimento de dita equação. Um meio que, *prima facie*, pode

parecer excessivo, não será tal se as circunstâncias demonstrarem sua necessidade in concreto. Assim, quando um indivíduo franzino se defende com arma de fogo contra um agressor desarmado, mas de grande robustez física, não fica elidida a legítima defesa” (Comentários ao Código Penal, vol. 1, Rio de Janeiro, Forense, 1994, pág. 461).

A respeito do tema, veja-se decisão do Tribunal de São Paulo:

“A legítima defesa é reação humana. Não se pode medi-la com transferidor, milimetricamente. Há situações de fato que forçam o agredido a defender-se, resvalando, mesmo, por compreensível excesso” (RT 542/347).

Dessa forma, impossível reconhecer-se a nulidade do decisum emanado do Conselho de Sentença, se os jurados optaram pela versão que mais os convenceu, dentro daquelas contidas no bojo do feito, e não se vislumbra que, assim agindo, tenham atentado contra o ordenamento jurídico.

3 — Por todo o exposto, a Câmara conhece do recurso ministerial, negando-lhe, contudo, provimento, para manter a decisão do Júri nos moldes em que foi prolatada.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Irineu João da Silva, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 20 de fevereiro de 2001.

Alberto Costa,
Presidente;
Jorge Mussi,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.016083-1, DE PORTO UNIÃO

Relator: Des. Souza Varella

Apelação criminal — Júri — Homicídio simples e ocultação de cadáver — Alegativas de legítima defesa própria e inexistência do segundo crime — Conselho de Sentença que ao examinar as teses as repeliu — Prova existente no processo a suportar a decisão popular — Apelo desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.016083-1, da comarca de Porto União (2ª Vara), em que é apelante Renato Telles, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

Na comarca de Porto União Renato Telles foi pronunciado como incurso nos artigos 121, caput, e 211, parte final, ambos do Código Penal, porque, utilizando de instrumento contundente de ordem mecânica (martelo), ceifou a vida de Salles dos Santos por traumatismo crânio-encefálico após libações alcóolicas no "Bar da Tere" em seus primórdios e término na casa do acusado, o qual, após constatar a morte da vítima, apavorado com o desfecho, tirou-a do local, acorrentou-a em um bote e empurrou a embarcação Rio Iguazu abaixo.

Réu confesso (depoimento fls. 26/27, interrogatórios fl. 64v. — Juízo — e fls. 165/166 — Plenário) restou submetido ao Tribunal do Júri Popular no qual findou apenado à sanção corporal definitiva de 7 (sete) anos de reclusão (seis anos pelo homicídio e um ano pela ocultação de cadáver), em regime semi-aberto, além de 10 (dez) dias-multa pelo segundo delito.

Assim acabou condenado porque o Conselho de Sentença, apreciando a quesitação, a esta respondeu, à unanimidade, afirmativamente quanto à autoria e materialidade, e, por maioria (5x2), negou a lesão corporal seguida de morte. Já respondendo sobre a legítima defesa própria, por maioria (4x3), reconheceu que o réu agiu repelindo injusta agressão à sua pessoa mas negou, também por maioria (4x3), ser a agressão injusta. Negou o homicídio privilegiado (5x2) bem como ter cometido o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, por unanimidade. Reconheceu, por maioria (4x3), a ocultação de cadáver

e, finalmente, ter confessado espontaneamente o crime (7x0) e inexistirem outras circunstâncias atenuantes em favor do réu (5x2).

O defensor, amparado no art. 593, III, a e d, do Código de Processo Penal, recorreu dizendo que o ora apelante não agiu com animus necandi e sim com o intuito de defender-se atuando, portanto, em legítima defesa própria. Quanto ao crime de ocultação de cadáver alega não ter restado configurado pois o acusado apenas retirou o cadáver da vítima de sua casa amarrando-o no bico de um bote. Finda pedindo a anulação do julgamento com base no artigo 593, III, c, do Código de Processo Penal.

Contra-arrazoando, o Promotor de Justiça pede a confirmação do veredicto e, nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça posiciona-se no sentido de ser negado provimento ao recurso.

É o relatório.

Inicialmente salienta-se que a petição recursal vem mencionando a letra a (nulidade posterior à pronúncia) sem que nada tenha falado nas razões recursais nem em Plenário, pois coisa alguma consta na Ata sobre nulidade. E sabe-se que "Deverão constar da ata do julgamento realizado pelo Tribunal do Júri as arguições de nulidade porventura ocorridas após a pronúncia ou durante o julgamento. Aquelas levantadas tão-somente no recurso de apelação não podem ser examinadas, por extemporâneas" (RT 549/388).

Como disse o Promotor de Justiça, "No tocante à nulidade referida e não apontada pela douta defesa, tenho que esta refere-se a não intima-

ção pessoal do réu, nem tampouco o recibo de entrega de cópia do libelo crime acusatório", arrematando em abono quanto ao fato que "A ausência de recibo da entrega da cópia do libelo, não havendo prejuízo para o réu, não constitui causa de nulidade. Ademais, tendo em vista o disposto no artigo 571, V, do CPP, as nulidades ocorridas posteriormente à pronúncia deverão ser argüidas logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes, sob pena de preclusão" (RT 376/595). E mais: "A falta de prova da entrega do libelo não constitui nulidade quando devidamente contraditada aquela peça" (RT 452/424).

Quanto à legítima defesa alegada pelo defensor, mas repelida pelos jurados, este Tribunal, ano de 1994, assim já se manifestava:

"Reconhecendo que o réu estava em posição de defesa, mas não repelindo injusta agressão, os jurados não cometeram qualquer ilogismo, visto que a resposta afirmativa àquela pergunta não vincula a do quesito seguinte. De outra forma não haveria necessidade de desdobrar em dois quesitos, sendo preferível fundi-los num só, pondo de lado o clássico questionário recomendado pela 1ª Conferência dos Desembargadores, aceito pelos tribunais. Esta a lição da jurisprudência: 'O fato de haver o Conselho Julgador afirmado que o réu praticou o fato em defesa própria, e negado haver o mesmo praticado o fato repelindo injusta agressão, não constitui incongruência, visto que, na repulsa à injusta agressão, pode alguém agir em defesa própria e não ter em seu favor essa circunstância integrante da legítima defesa. A discriminante prevista no art. 1º, II, do CP e definida

no art. 21, caput, é formada de vários elementos que, reunidos, fazem desaparecer o crime. Mas a falta de um só dentre eles anula a discriminante: a defesa própria subsiste, porém não legítima. As respostas dos jurados, argüidas de incongruentes, são, portanto, perfeitamente corretas' (ac. do TJSP, RT 179/106). E ainda: 'Não existe contradição em reconhecer que o réu agiu em defesa própria e negar que tenha reagido à agressão injusta' (ac. do TJRS, RF 111/240)" (in Rev. Crim. n. 1.005, rel. Des. Marcílio Medeiros, RT 474/372).

La Medica, citado por Lemos Sobrinho (Legítima Defesa, pág. 121), diz da situação daqueles que se batem em duelo irregular que a nenhum deles compete a justificante da legítima defesa "...e isto é evidente por terem sido os duelistas que, espontânea e voluntariamente, criaram a causa que os colocou em condição de perigo atual, pelo que nenhum deles pode dizer ter-se encontrado na necessidade de repelir de si a ofensa injusta".

O próprio apelante confessou em Plenário que beberam no Bar da Tere (Maria Teresa), que confirmou o fato (fl. 83), desde às 18h30min até às 24h quando ela fechou a bodega. Ainda antes do cerrar definitivo das portas do bar compraram um litro de batida de limão já pronta, destas vendidas em garrafas de plástico de baixo preço e elevado valor alcoólico e foram juntos embora, cada qual pedalando sua bicicleta, já que o caminho para a casa de ambos era o mesmo. Palavras textuais do acusado: "que a residência do interrogando estava coberta de água em virtude das enchentes; que a vítima ofereceu um bote de sua

propriedade para levar o interrogando até a casa deste; que pegou este bote e daí a vítima levou o interrogando até sua casa (dela, interrogando); que a vítima tinha levado um litro de batida de limão e daí o interrogando convidou-a para entrar e tomaram um litro inteiro de batida de limão; que por volta das 2h30min da madrugada o interrogando disse que era hora de dormir e era para ele ir embora e aí aquele respondeu que não tinha onde dormir; (...) que o interrogando insistiu três vezes para que a vítima saísse, porém esta não lhe atendeu, motivo pelo qual o interrogando empurrou a vítima em direção à porta de saída de casa; que neste instante a vítima puxou de uma faca de cozinha que estava na cintura e veio em direção ao interrogando, momento em que o interrogando pegou o martelo; que no momento em que a vítima não conseguiu atingi-lo com a faca o interrogando se abaixou e pegou o martelo e em seguida girou o corpo para o lado esquerdo e atingiu a vítima; que após ter pego o martelo e girado o corpo ainda deu, segundo se recorda, três passos até atingir a vítima" (excertos extraídos dos depoimentos em Juízo e em Plenário).

Aqui presentes todos os elementos constitutivos de um típico crime noir: madrugada encharcada, altas libações alcoólicas, discussões motivadas por dois duelistas, fim trágico com morte.

Andou correto pois o Conselho de Sentença seguindo a doutrina e a jurisprudência anteriormente citadas. Nada a reformar, mesmo porque por força de mandamento constitucional, "não compete à Segunda Instância exame aprofundado das várias versões apresentadas, na busca da me-

lhor e mais adequada solução, mas, tão-somente, uma posição fiscalizadora, mesclada pela parcimônia e discrição, no sentido de saber se a solução encontra razoável fundamento probatório" (JC 36/435).

Além do mais, ao confessar que empurrou a vítima em direção à porta dando início à agressão, nestes casos, "A legítima defesa jamais pode ser invocada por quem inicia a provocação, dando causa aos acontecimentos" (RT 597/366).

Ora, um mínimo probatório, sem possibilidade de sua valoração, é suficiente para justificar a decisão dos senhores jurados.

Com relação ao argumento defensivo da inexistência do crime de ocultação de cadáver, corretíssima a manifestação do Promotor de Justiça ao dizer que "O dolo, na espécie, é genérico: vontade consciente de praticar a ação que constitui a materialidade do delito, sendo irrelevante o fim pretendido pelo agente".

E a decisão deste Tribunal abordando assunto quando do julgamento do Recurso Criminal desta Capital (n. 6.742 — rel. Des. Marcílio Medeiros), citado pelo Promotor de Justiça, é bem aplicável à espécie ao dizer: "A circunstância de a ocultação de cadáver ter sido praticada para esconder o homicídio não exclui o crime previsto no art. 211 do Código Penal, dando-se, quando isso acontece, concurso de delitos".

Citando Bento de Faria, no corpo do acórdão ora transcrito: "O dolo (elemento psíquico) consiste na vontade livre e consciente de realizar a destruição, subtração ou a ocultação de cadáver, ou de parte dele. Basta,

portanto, essa prova do dolo genérico, não sendo necessário, por ser indiferente, indagar quais os motivos determinantes de tais fins. Quando praticados para ocultar o homicídio haverá concurso de delitos" (Código Penal Brasileiro Comentado, vol. V, pág. 361, Record, 1959).

Quanto a não restar concretizado o delito de ocultação de cadáver alegado pela defesa, as próprias palavras do réu, em Juízo, conspiram quanto a tal afirmativa, verbis: "que após ter desferido a martelada, a vítima veio a cair, o que deixou o depoente bastante assustado, tendo então o depoente colocado a vítima amarrada no bico do bote, com uma corrente, e levou esta aproximadamente uns cem metros adiante (...) podendo afirmar que Salles ficou dentro da água com o bote; que em seguida retornou para casa, caminhando por dentro da água, onde apanhou uma serrinha de cortar ferro e cortou a bicicleta de Salles, em seguida jogou as partes dentro da água, com a intenção de se livrar daquele objeto" (fl. 27).

Às escâncaras, pois, a ocultação do cadáver bem como assim da bicicleta da vítima para ver-se, com isso, eximido do crime perpetrado.

Por tudo o que aqui foi exposto é que a Câmara, unanimemente, nega provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d'Eça Neves, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Sra. Dra. Walkyria Ruicir Danielski.

Florianópolis, 5 de dezembro de 2000.

Amaral e Silva,
Presidente c/ voto;
Souza Varella,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.020665-3, DE BOM RETIRO

Relator: Des. Souza Varella

Apelação criminal — Narcotraficância com associação duradoura — Comprovação — Reprimendas devidamente aplicadas — Inexistência de nulidades processuais — Condenações mantidas — Recursos desprovidos — Absolvição pela dúvida quanto a um dos apelantes — Provimento.

Deficiências do auto de prisão em flagrante, mesmo se existentes, não maculam o processo penal.

É aplicável a regra do artigo 383 da Lei Processual quando o fato está claramente descrito na denúncia.

A presença dos apelantes em local ermo (fazenda) onde foram apreendidos 242 quilos de cocaína, despejados de uma aeronave, é razão suficiente para o reconhecimento da narcotraficância.

Comprovada a estreita ligação do agente, tido como líder do grupo após longa vigilância policial, com os fatos, a sua ausência no momento da apreensão da droga não autoriza a aplicação do benefício da dúvida, nem a absolvição pela negativa de autoria.

Restando evidenciada a formação de grupo organizado, desde longo tempo, para tráfico de entorpecentes, fica caracterizado o delito descrito no artigo 14 da Lei n. 6.368/76.

A grande quantidade 242 (duzentos e quarenta e dois) quilos do perigoso narcótico justifica a exasperação da pena-base.

Não é de ser condenado quem, inadvertidamente, encontra-se no local da ação policial.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.020665-3, da comarca de Bom Retiro, em que são apelantes Júlio

Cesar Wiese, Kleber Batista dos Santos, Gefson Vieira e Everaldo Citadini, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, afastar as preliminares de nulidade, dar provimento ao recurso de Kleber Batista dos Santos, para absolvê-lo com base no artigo 386, VI, do Código de Processo Penal, negando-se provimento aos dos demais apelantes.

Custas legais.

Ao relatório da sentença de fls. 1.030 a 1.034, que se adota na forma do art. 150 do Regimento Interno da Corte, acrescenta-se que Júlio Cesar Wiese restou condenado a 11 (onze) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 140 dias-multa, Everaldo Citadini a 9 (nove) anos de reclusão e pagamento de 130 dias-multa, Gefson Vieira a 8 (oito) anos e 3 (três) meses de reclusão e pagamento de 130 dias-multa, como incurso nas sanções dos arts. 12 e 14 da Lei n. 6.368/76, e Kleber Batista dos Santos a 4 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 60 (sessenta) dias-multa, como incurso nas sanções dos arts. 12 e 18, III, da mesma Lei, assim como confiscados veículos apreendidos.

Inconformados com a prestação jurisdicional, a tempo e modo, ofertam recursos de apelação, objetivando, todos, absolvição pela negativa da autoria. E mais: Júlio Cesar Wiese invoca preliminares de nulidade processual porque a decisão condenatória estribou-se em prova ilícita, colhida sob tortura, mencionando o art. 5º, LVI, da Constituição Federal; Everaldo Citadini pretende a nulidade porque o auto de prisão em flagrante está eivado de nulidades, tais como depoimentos policiais estereotipados, prova ilícita, auto de prisão em flagrante nulo e auto de apreensão da

droga sem a presença de testemunhas; Gefson Vieira almeja a declaração de nulidade do feito porque a peça flagrançial foi lavrada sem a presença de advogado, assim como a da sentença por omissão de tese defensiva e porque estribada em prova ilícita, além de errônea aplicação do artigo 383 do CPP; Kleber Batista dos Santos porque suas declarações policiais foram tomadas sob a curadoria de funcionário policial. Alternativamente, pedem redução da pena, reconhecimento de associação eventual e aplicação das Leis ns. 9.455/97 e 9.714/98 (fls. 1.110/1.180 — 1.189/1.208 — 1.236/1.270).

Rebatidos os recursos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovimento de todos, analisando detidamente as razões apresentadas pelos apelantes.

Vê-se dos autos que os apelantes, afora Kleber dos Santos, desde cerca de seis meses vinham sendo vigiados por policiais federais, sob suspeita de narcotraficância, até que presos por força de apreensão de 242 (duzentos e quarenta e dois) quilos de cocaína. Pela prática delitiva resultou a sentença condenatória atacada.

Preliminarmente, as prejudiciais suscitadas não procedem. As referentes a possíveis nulidades do auto flagrançial estariam, se existentes, sanadas e superadas pela prolação da sentença, haja vista que o reconhecimento delas implicaria, quando muito, na libertação e agora a prisão decorre de condenação judicial.

Destarte, a ausência de advogado no ato da prisão, de testemunhas no auto de apreensão, a nomeação irregular de curador podem ser

consideradas como meras irregularidades sem o condão de tornar nulo o procedimento penal. Aliás, não há demonstração de prejuízo. Referente aos depoimentos policiais, considerados como estereotipados, é matéria de mérito. Quanto ao insurgimento ante a aplicação do art. 383 do Código de Processo, anota-se que a conduta pela qual foram condenados está claramente descrita na peça inaugural que assim se expressa: “os denunciados associaram-se há mais de seis meses, com o fim específico de cometerem crimes ligados ao tráfico ilícito de entorpecentes” (fl. 3). É o retrato perfeito do comportamento descrito no dispositivo legal pelo qual foram apenados (art. 14 da Lei n. 6.368/76). Sabe-se, à saciedade, que o réu se defende do crime descrito na denúncia e não da capitulação nela constante. Assim, porque descrita a atividade delituosa na denúncia, andou certo o Magistrado ao aplicar a regra contida no art. 383 do Código Processual. Por fim, a alegação de Gefson Vieira de que a sentença foi omissa por não analisar tese defensiva, como bem acentua a Dra. Procuradora de Justiça à fl. 1.302, não há sequer indicação de qual seria tal tese.

Rejeitadas, pois, as preliminares.

Também no mérito, a questão é de fácil deslinde, ante a cristalinidade da prova colhida.

Conforme se deduz do processo, sem muito esforço, no dia e hora narrados na denúncia, após vigilância que perdurou por cerca de seis meses, agentes da Polícia Federal lograram surpreender os apelantes Everal-

do Citadini, Gefson Vieira, Kleber Batista dos Santos e Mário Buss quando prestes a recolherem considerável quantidade de pacotes contendo cocaína que, momentos antes, haviam sido despejados de uma pequena aeronave, cujo prefixo não foi possível identificar.

Tudo porque os policiais vinham seguindo os passos de Júlio Cesar Wiese, ao que consta o líder do grupo, e no dia dos fatos acompanharam a movimentação de todos, o que culminou com a apreensão da droga, em diligências desmembradas. Com a prisão dos apelantes acima mencionados, um deles incriminando Wiese (Gefson Vieira), os demais recusando-se a falar, foi este preso na cidade de Joinville já que vinha sendo seguido desde a cidade de Itapema, naquela oportunidade.

Quando da abordagem policial no interior do município de Bom Retiro, região de fazendas e pouca densidade populacional, o denunciado Mário Buss conseguiu evadir-se a bordo de um veículo, que abandonou, deixando, no entanto, em seu interior os documentos de identificação do carro (fl. 14 — auto de apreensão).

No auto flagrancial então lavrado, o apelante Gefson Vieira admitiu estar a serviço de Júlio Wiese desde 8 meses atrás, transportando cocaína de Santo Amaro da Imperatriz para Florianópolis, em cargas de dois em dois quilos (fl. 12). Disse ainda que estava no local para encontrar-se com o apelante Everaldo Citadini, com quem apanharia dois quilos de cocaína. Isenta seu sobrinho Kleber Batista dos Santos de qualquer responsabilidade nos fatos. Este, como assim estão re-

produzidos, mantém inteira correlação com as declarações dos policiais responsáveis pela exitosa operação de investigação, apreensão e prisão. Na fase judicial retrata-se, alegando sevícias (fl. 228). Júlio Wiese, por sua vez, nega participação nos fatos, dizendo não conhecer Mário Buss (fl. 227).

A prova testemunhal, todavia, é farta.

O local da apreensão e prisão é ermo — fazenda no interior de Bom Retiro — e Marilisa Aparecida Rodrigues (fl. 606), moradora na região, cuja casa dista cerca de 4km da entrada da fazenda, informa ter visto, na data, grande movimentação policial, escutando o estampido de um tiro. Os depoimentos dos policiais Juelci Pinheiro Gularte (fl. 357), Wilson Antonio Clareti Guolo (fl. 397) e José Carlos de Bona (fl. 407) são claros, coerentes e destituídos de qualquer vício. Aliás, o de Wilson A. C. Guolo descreve os encontros do apelante nas dependências do Hotel Demarchi, em Rio do Sul, onde costumeiramente hospedava-se o foragido Mário Buss (fl. 68). Também o de Moses Ribeiro (fl. 402) no qual se verifica o constante encontro entre todos os denunciados, inclusive com deslocamentos ao interior de Otacílio Costa, nas proximidades da Fazenda Igaras, em data anterior a dos fatos em julgamento.

Ora, a presença dos apelantes na fazenda onde foi jogada a enorme quantidade da droga, sem justificativa plausível, aliada aos acontecimentos e vigilância anteriores, é prova mais que suficiente para estabelecer, com certeza e precisão, a autoria que lhes é atribuída.

A participação de Júlio Cesar Wiese, em que pese ausente no momento da apreensão do narcótico, também restou evidenciada: quer seja pela estreita ligação com os demais, quer seja pela conduta na data dos fatos, com intensa movimentação e uso de aparelhos telefônicos na data. Significativo é o fato de, no interrogatório (fl. 226), ter declarado não conhecer Mário Buss e o veículo em que este se evadiu e abandonou no interior da fazenda — placa MCM 4000 — teve como proprietários anteriores o apelante Gefson Vieira e Ionita dos Santos Wiese, esposa de Júlio Cesar (fl. 806), conforme se verifica pelo documento de fl. 61, expedido pelo Detran de Santa Catarina.

Assim é que, com prova dessa natureza, a outra conclusão não poderia mesmo ter chegado o ilustre Magistrado sentenciante, Dr. Pedro Walicoski Carvalho, em decisão que apreciou a matéria com rara felicidade e cujos termos de fls. 1.030 a 1.069 passam a fazer parte integrante deste Acórdão, à exceção do que se refere a Kleber Batista dos Santos.

Quanto a este apelante a prova é assaz dúbia. Na confissão de Gefson Vieira há exclusão expressa de sua participação nos fatos. O policial Juelci Pinheiro Gularte “acha que o Kleber não sabia do que se tratava” (fl. 361) e o de nome Wilson Antônio Clareti Guolo “não tem conhecimento do envolvimento do acusado Kleber com os demais membros da quadrilha” (fl. 399). Destarte, estando os policiais desde seis meses seguindo os passos dos membros do grupo e desconhecendo a pessoa do apelante Kleber, é porque este não compunha a organização. Portanto, não se pode descrever

de suas afirmações e das de seu tio Gefson no sentido de que apenas aceitara convite para ir ao local, sem ciência do caráter criminoso da viagem. É temerário condená-lo por tão grave delito com tão frágil prova. É beneficiário da dúvida e, por isso, absolvido.

A alegação de que a confissão de fl. 12 teria sido obtida de forma violenta, sob tortura, não prospera. Primeiro, porque o que se diz seviciado — Everaldo Citadini — recusou-se a falar no auto, valendo-se do direito de se manifestar apenas em Juízo, onde negou a acusação; segundo, porque as declarações policiais de Gefson Vieira foram tomadas na presença da conceituada Promotora de Justiça Dra. Cristina Elaine Thomé Stoterau. A documentação médica anexada nesta instância não faz prova de sevícia na ocasião da prisão, estando a requisição para exame radiográfico datada de 14/12/99. Ademais, nada há nos autos a justificar qualquer interesse policial em incriminar os apelantes, tendo os respectivos depoimentos absoluta validade, na forma como, reiteradamente, vêm decidindo os Tribunais. Também não seria crível a montagem de um flagrante com 242 (duzentos e quarenta e dois) quilos de cocaína.

A figura típica do artigo 14 está caracterizada: há participação de várias pessoas, há o acordo dos parceiros e o vínculo associativo. “Três são os requisitos básicos: um vínculo associativo permanente para fins criminosos, uma predisposição comum para a prática de uma série de delitos e uma contínua vinculação entre os associados para a concretização de um programa delinqüencial” (Alberto Silva Franco). Preenchidos tais requisitos,

é delito autônomo, em concurso material com o crime do art. 12 (RT 644/362 e 650/338). A hipótese presente não admite, pois, a aplicação do artigo 18, III, eis que este versa sobre associação eventual.

As reprimendas foram criteriosamente estabelecidas. É pacífico, doutrinária e jurisprudencial, que a quantidade do entorpecente tem capital importância na fixação da base, sob pena de se equiparar o pequeno ao grande traficante, tendo o Magistrado justificado a exasperação da pena-base, com muita propriedade. Júlio Wiese é reincidente específico.

Bem aplicado, outrossim, o confisco. Os veículos eram, sem dúvida, utilizados para a locomoção dos apelantes com a finalidade do infame comércio, conforme se deduz das informações policiais.

Por derradeiro, porque mencionado à fl. 1.208, a Lei n. 9.455/75 não tem aplicação no caso presente, consoante já decidido à saciedade.

Ante o exposto, a Câmara, unanimemente, afasta as preliminares, dá provimento ao recurso de Kleber Batista dos Santos para absolvê-lo com base no artigo 386, VI, do Código de Processo Penal, e nega provimento aos recursos dos demais.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Genésio Nolli, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Sra. Dra. Walkyria Ruicir Danielski.

Florianópolis, 13 de junho de 2000.

*Amaral e Silva,
Presidente com voto;
Souza Varella,
Relator.*

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.009201-0, DE SÃO BENTO DO SUL

Relator: Des. Souza Varella

Estelionato — Desclassificação para apropriação indébita — Viabilidade ante os fatos descritos na denúncia — Pena aplicada substituída por restritivas de direitos — Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.009201-0, da comarca de São Bento do Sul (1ª Vara), em que é apelante José Quintino, sendo apelada a Justiça por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Custas na forma da lei.

Na comarca de São Bento do Sul, José Quintino foi condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, por incurso nas sanções do artigo 171, caput, do Código Penal.

Inconformado, apelou objetivando a absolvição sob a alegação de que o crime ocorrido não foi o de estelionato e sim o de apropriação indébita, previsto no artigo 168 do Código Penal, ou, alternativamente, a suspensão condicional da pena.

Contra-arrazoado o recurso, os autos subiram a esta superior instância, manifestando-se a douta Procura-

doria-Geral de Justiça, em seu parecer, pelo não provimento do recurso, devendo, porém, ser a sentença corrigida para que seja dada nova qualificação legal à infração.

A Câmara dá provimento parcial ao recurso.

A pretendida absolvição é inviável.

A materialidade e autoria encontram-se perfeitamente comprovadas, sendo impossível cogitar-se em absolvição.

Melhor sorte lhe socorre quanto à desclassificação para o crime descrito no artigo 168 do Código Penal.

Na verdade, de acordo com os fatos descritos, o crime cometido foi o de apropriação indébita, e não o de estelionato.

Retira-se dos autos que o apelante adquiriu os blocos da rifa, inclusive assinando um recibo, contendo o seu endereço e identificação, sem induzir a vítima em erro e nem utilizando de meios fraudulentos, sendo efetuado o ato criminoso somente num se-

gundo momento, quando não restituiu à vítima o valor arrecadado com a venda das referidas rifas. Assim, o dolo foi subseqüente à posse.

Nesse sentido a Jurisprudência:

“O que distingue e diferencia o estelionato da apropriação indébita, fundamentalmente, é a existência, na segunda infração, de um dolo posterior, que sucede à boa-fé anterior, transformando em ilícita a posse que antes era lícita; enquanto que naquele primeiro delito, o dolo antecedente sempre estivera comprometendo a validade, a licitude, a normalidade do recebimento da coisa, que, ab initio, veio às mãos do agente de forma viciada e comprometedora da regularidade do vínculo entre ambos instaurado” (TACrimSP — AC — rel. Canguçu de Almeida — JUTACrim 92/394).

Portanto altera-se a capitulação do crime do artigo 171 do CP para a do art. 168, eis que se enquadra perfeitamente no fato narrado na denúncia. Aqui permite-se a emendatio libelli em segunda instância, principalmente nos casos em que a pena prevista é inferior àquela atribuída ao delito erroneamente capitulado, conforme o artigo 617 c/c o artigo 383 do Código de Processo Penal.

Nesse diapasão é a decisão da Segunda Câmara Criminal desta Casa:

“A distinção entre o estelionato e a apropriação indébita se dá no mo-

mento em que o dolo surge. Nesta, ele é subseqüente à posse, que foi obtida de forma lícita; naquele, a intenção criminosa antecede a posse.

“A emendatio libelli é viável em segunda instância desde que os fatos descritos na denúncia, sobre os quais versou a defesa, se enquadrem perfeitamente na nova capitulação” (Apelação Criminal n. 97.009045-5, de Imauí, rel. Des. José Roberge).

Dessa forma, a Câmara decide pelo provimento parcial do recurso para, alterada a capitulação do delito para o artigo 168 do Código Penal, fixar a pena em 1 (um) ano e 1 (um) mês de reclusão e 10 (dez) dias-multa, que substitui-se pelas restritivas de direitos, consistentes em: a) pagamento de 1 (um) salário mínimo à APAE de São Bento do Sul e, b) limitação de fim de semana.

Presidiu a sessão de julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Genésio Nolli, e dela participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d'Eça Neves, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 28 de novembro de 2000.

Amaral e Silva,
Presidente para o acórdão;
Souza Varella,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.012774-4, DE PINHALZINHO**Relator: Des. Solon d'Eça Neves**

Apelação criminal — Ato infracional — Aplicabilidade das regras prescricionais contidas no Código Penal — Prescrição inócurren-te — Furto simples — Internação aplicada pelo Juízo Mono-crático — Substituição da medida imposta em primeiro grau por outra mais branda, consubstanciada na liberdade assistida — Pro- vimento do recurso ofertado.

“As medidas socioeducativas perdem a razão de ser com o de- curso de tempo. Conseqüentemente, a fortiori, tratando-se de meno- res, é de ser aplicado o instituto da prescrição” (REsp n. 241477/SP, rel. Min. Félix Fischer, j. em 8/6/2000).

“Não se admite relativamente a adolescentes respostas mais severas e duradouras do que em idênticas situações seriam impostas pelo Direito Penal Comum aos adultos” (Apelação Criminal n. 99.019721-2, rel. Des. Amaral e Silva).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.012774-4, da comarca de Pinhalzinho, em que é apelante C. J. R. e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câma- ra Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas legais.

O representante do Ministério Público, em vista do relatório de Ato Infracional n. 049.98.000942-0, ofere- ceu representação contra o adoles- cente C. J. R. por infração ao disposto no art. 155 do Código Penal, consoan- te os fatos assim narrados na peça inaugural:

“Consta do relatório para a apu- ração de ato infracional em anexo que o adolescente C. J. R., de 16 anos de idade, já possui diversas passagens pela Delegacia de Polícia de Modelo e

já respondeu a vários procedimentos nesta Comarca, todos com o intuito de ser averiguados ilícitos por ele cometi- dos, sendo que por mais uma vez o menor sob enfoque violou patrimônio alheio, destarte, o da vítima Cozinhas Modelo, de onde, em dia não apurado de maio, mas no final do referido mês, à noite, subtraiu uma lata de cola marca Cascola, de 18 litros, colocando-a em diversos litros de plástico e entregan- do-os para outros menores cheirarem, o que também o fez.

Com o seu proceder o repre- sentado subtraiu, para si, coisa alheia móvel”.

Concluída a instrução, sobreveio a sentença condenatória (fls. 57 us- que 59) que impôs ao acusado medi- da socioeducativa de internação pre- vista no art. 112, VI, do ECA.

Inconformado, o acusado ape- lou pretendendo a reforma do decisó-

rio entregue, para que lhe seja aplicada medida mais branda, qual seja, a liberdade assistida, entendendo ser a pertinente ao caso dos autos.

Manejou, também o acusado, embargos de declaração, rejeitados pela digna Togada consoante o despacho de fl. 69.

Passo contínuo, foram ofertadas as contra-razões ao recurso, apontando, entretanto, para o acolhimento das razões expendidas na apelação deduzida.

Mantida a decisão (fl. 76v.), a douta Procuradoria-Geral de Justiça também opinou pelo provimento do recurso ofertado.

É o relatório.

Cinge-se o reclamo à medida imposta ao menor infrator pretendendo a substituição da internação determinada na sentença para outra mais branda, ao que, anuiram, tanto o órgão acusador quanto o nobre parecerista de segundo grau, entendendo este último, ser adequada ao caso em exame a liberdade assistida.

De fato, não há qualquer dúvida quanto à autoria e materialidade, ante a confissão do menor e a farta prova testemunhal produzida.

Entretanto, antes de adentrar na análise da medida cominada, cumpre observar se o delito não restou prescrito, afastada a dúvida quanto ao cabimento do instituto da prescrição às infrações afetas à legislação menorista, em vista da manifestação positiva desta Corte, bem retratada no aresto da lavra do eminente Des. Nilton Macedo Machado:

“Submetendo-se os menores infratores às normas penais comuns

para a caracterização do que seja ato infracional para sujeitá-los às medidas socioeducativas, não se pode recusar-lhes os benefícios e causas que extinguem a punibilidade dos imputáveis, dentre elas a prescrição, sob pena de violação dos princípios garantistas inseridos no ECA” (Apelação Criminal n. 99.018662-8).

Tal posicionamento encontra respaldo no Superior Tribunal de Justiça:

“As medidas socioeducativas perdem a razão de ser com o decurso de tempo. Conseqüentemente, a fortiori, tratando-se de menores, é de ser aplicado o instituto da prescrição” (Resp n. 241477/SP, rel. Min. Félix Fischer, j. em 8/6/2000).

Na linha desse entendimento, importante observar que no decisum objurgado não foi fixado o prazo da medida, mas designada sua reavaliação no prazo de seis meses, consoante o art. 121, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, em se considerando o prazo de seis meses enquanto o tempo de duração da medida imputada — até porque o alargamento de tal prazo dependerá de decisão outra do magistrado, com a devida fundamentação, nos termos do § 2º do art. 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente — o prazo prescricional seria de dois anos consoante o disposto no artigo 109, VI, do Código Penal. Tal prazo sofreria a redução de metade prevista no art. 115 do mesmo Codex, por tratar a hipótese dos autos de ato praticado por menor, resultando daí o prazo prescricional de um ano. Então, uma vez escoado o interregno de um ano entre dois marcos prescricionais — o recebimento da re-

apresentação em 17/9/1998 (fl. 20) e a publicação da sentença que impingiu a medida, em 22/2/2000 (fl. 59v.) — o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa (art. 110, §§ 1º e 2º, do CP), seria imperativo.

Na esteira desse entendimento, a Apelação Criminal n. 99.021836-8, de Chapecó, cuja relatoria coube ao Des. Nilton Macedo Machado.

A este desfecho se chegaria caso adotado o prazo de seis meses para a contagem do lapso prescricional. Valendo destacar que induz a este raciocínio a lição do eminente Des. Amaral e Silva em comentário à garantia da reavaliação periódica prevista no referido estatuto: “Os seis meses do artigo 121 constituem prazo máximo. Ultrapassado, surge direito ao habeas corpus” (in *Cadernos de Direito da Criança e do Adolescente*, n. 2, ABMP, 1997, pág. 26).

Entretanto, segundo o § 2º do artigo 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente “a medida não comporta prazo determinado”, sendo de seis meses o prazo, não da medida, mas sim o de reavaliação. Por conseguinte, não se podendo antever o tempo de internação, desautorizada a utilização do prazo de reavaliação para efeito da prescrição retroativa, porquanto esta, a teor do art. 110, § 1º, do CP, regula-se pela pena aplicada.

Destarte, para efeito da análise da prescrição retroativa deve-se considerar o prazo máximo da medida, isto é, 3 (três) anos, com força no § 3º do art. 121 do referido estatuto. O que não deixa de corresponder ao prazo máximo da internação em abstrato,

igualando a prescrição retroativa (art. 110, §§ 1º e 2º, do CP) à prescrição da pretensão punitiva do art. 109 do CP, melhor dizendo, expungindo aquela dos casos de internação previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ainda assim o cômputo pelo prazo máximo merece acolhimento porque a opção remanescente importaria no reconhecimento da prescrição em prazo por demais exíguo, inclusive para as infrações mais graves cometidas por adolescentes. Isso porque a contagem da prescrição norteia-se pelo delineado no Codex Penal enquanto não editada lei de execução socioeducativa, sobre a qual anota João Batista da Costa Saraiva: “O próprio Desembargador Amaral e Silva, na proposta de anteprojeto de Lei de Execução de Medidas Socioeducativas, em discussão no mundo jurídico, sustenta a conveniência de inclusão em lei própria de um lapso prescricional da chamada pretensão socioeducativa. Sugere aquele trabalho, no proposto art. 106 da primeira versão do anteprojeto de Lei de Execução de Medidas Socioeducativas que ‘a prescrição das respectivas medidas ocorrerá em 2 anos’. Prevê a proposta de Amaral, como causas interruptas do lapso prescricional: o recebimento da representação, a sentença de imposição de medida socioeducativa recorrível e o início de cumprimento da medida” (*Adolescente e Ato Infracional, Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, pág. 37)

Desta feita, enquanto análise preliminar, afasta-se a prescrição da medida imposta ao adolescente.

Quanto ao mérito, razão assiste ao recorrente, pois que indemonstrada qualquer das hipóteses do artigo 122 que estabelece:

“Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

“I — tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa;

“II — por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

“III — por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta”.

Por certo, o delito de furto simples evidenciado no caso dos autos não se enquadra na categoria de ato cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, previsto no inciso I. Nesse sentido:

“Adolescentes — Direito penal juvenil — Furto simples — Imposição de medida socioeducativa de semiliberdade — Impossibilidade — Necessidade de violência ou grave ameaça — Substituição por liberdade assistida — Recurso provido.

“Não se admite relativamente a adolescentes respostas mais severas e duradouras do que em idênticas situações seriam impostas pelo Direito Penal Comum aos adultos” (Apelação Criminal n. 99.019721-2, rel. Des. Amaral e Silva).

Com relação ao inciso II do mesmo dispositivo, não obstante os atos infracionais praticados pelo menor, enumerados às fls. 55 e 56, apenas um, concernente à contravenção penal, foi cometido após o estudo social, que lhe foi favorável e repousa às fls. 45/46, ato que por certo não pode ser tido como grave, exigência ali es-

tampada para efeito da aplicação da medida.

Finalmente, não foi com espeque no inciso III que a Sentenciante elegeu a medida de internação, até porque a duração da medida imposta esbordou o prazo constante do parágrafo primeiro do referido artigo que reza:

“§ 1º. O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a três meses”.

Em conforto às razões recursais vale notar que o próprio órgão acusador, bem como o ilustre parecerista de segundo grau pronunciaram-se pela aplicação de medida mais branda.

Assim, na hipótese em apreço, a medida de internação não se revela a mais adequada, e, em consonância com o disposto no parágrafo segundo do sobredito artigo:

“§ 2º. Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada”.

À luz do exposto, dá-se provimento ao recurso para substituir a medida de internação imposta por outra mais branda, isto é, a de liberdade assistida (ECA, art. 118), pelo prazo de 6 (seis) meses, cabendo ao Juízo da Execução fixar as condições para o seu cumprimento.

Participou do julgamento, com votos vencedor, o Exmo. Sr. Des. Genésio Nolli, e lavrou o parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Sra. Dra. Walkyria Ruicir Danielski.

Florianópolis, 13 de fevereiro de 2001.

*Amaral e Silva,
Presidente com voto;
Solon d'Eça Neves,
Relator.*

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.025010-4, DE SOMBRIO

Relator: Des. Irineu João da Silva

Crimes contra os costumes — Atentado violento ao pudor — Miserabilidade da vítima — Abuso do pátrio-poder — Representação desnecessária — Inteligência do art. 225, § 1º, II, do CP — Ação penal pública incondicionada.

Nos crimes contra os costumes, independentemente de se tratar de vítima que pode, ou não, prover às despesas do processo, a ação será pública incondicionada se houver abuso do pátrio-poder.

Prova — Negativa de autoria — Palavras da ofendida, infante — Validade — Condenação mantida.

Nos crimes contra os costumes, geralmente cometidos às escondidas, as palavras das vítimas, ainda que infantes, são prova de extrema relevância, sobretudo se firmes e coerentes.

Violência presumida — Ausência de lesão corporal grave ou morte — Necessidade de incidência da qualificadora do art. 223 do CP para enquadrar os ilícitos no rol dos crimes hediondos — Inocorrência — Precedentes jurisprudenciais — Recurso provido.

Diante da não capitulação expressa da presunção da violência (art. 224, a, do CP) no art. 1º da Lei n. 8.072/90, não pode ser considerado hediondo o crime de estupro cometido contra menor de 14 (quatorze) anos quando não houver lesão corporal grave ou morte.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.025010-4, da comarca de Sombrio, em que é apelante Artemio Osvaldino da Silva, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por maioria de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial apenas para afastar a incidência da Lei n. 8.072/90, vencido o relator quanto à hediondez do delito.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Sombrio, o representante do Ministério Público denunciou Artemio Osvaldino da Silva, dando-o como incurso nas sanções do art. 214, inc. II (duas vítimas), e art. 71, todos do Código Penal, em razão dos seguintes fatos delituosos, assim narrados na exordial:

“Depreende-se do incluso auto de prisão em flagrante que Artemio Osvaldino da Silva vive, maritalmente, com R. de F. B., há treze anos, sendo que desta relação concubinária o casal teve seis filhos, dentre eles as vítimas G. B. da S., com 12 anos de idade, e G. B. da S., com 11 anos de idade.

“O denunciado, homem desprovido de qualquer escrúpulo, há muitos anos vem se aproveitando da inocência das duas crianças, suas próprias filhas, submetendo-as a verdadeiras sessões de tortura, onde, através de ameaças, obriga as infantes a, passivamente, permitirem que sejam acariciadas e beijadas, em sua genitália, seios, nádegas, pescoço e boca.

“As indefesas e pobres crianças, incapazes de resistir às investidas do próprio pai, de quem esperavam respeito e carinho paternal, face à fragilidade física e psíquica, acabam permitindo que o denunciado satisfaça a sua lascívia, num gesto de profunda resignação.

“O denunciado, inicialmente e por muito tempo, acredita-se que há mais de 5 (cinco) anos, em dias e horários não bem definidos nos autos, vem praticando atos libidinosos, diversos da conjunção carnal, com a vítima G., a filha mais velha do casal, que, desde tenra idade, sofria e ainda sofre

o assédio sexual do genitor, que, aproveitando-se sempre da ausência da mãe da menor, por diversas vezes, tirou-lhe as roupas, principalmente as calcinhas, e, estando por vezes nu e outras tantas vezes apenas de cuecas, passava as mãos na vagina da filha, penetrando-lhe o dedo, moradia-lhe seus pequenos seios e ainda beijava-lhe a boca, rosto e pescoço, numa atitude imoral e vergonhosa.

“Mesmo quando a infante ia dormir com seus outros irmãos, Artemio entrava no quarto das crianças e, por debaixo das cobertas, tirava as calças da menina e passava-lhe as mãos por todo o seu corpo, causando constrangimento, temor e ódio no coração da pobre e indefesa menina.

“G. foi crescendo e o denunciado percebeu que seria mais fácil e cômodo investir, agora, na outra vítima, ou seja, sua filha G., face à sua tenra idade. E, desta forma, vem procedendo há mais ou menos 2 (dois) anos.

“Ocorre que seus dias de impunidade acabaram e sua peregrinação chegou ao fim, pois, descobertas as suas atitudes imorais, o ora denunciado Artemio Osvaldino da Silva encontra-se preso preventivamente e a responder pelos crimes cometidos.

“Assim é que no dia 24 de novembro de 1999, por volta das 8h15min, quando R. de F. B. voltava do hospital da cidade de Praia Grande, ao chegar em casa deparou-se com a filha, ora vítima, G., no pátio externo da sua casa, chorando.

“Imediatamente, indagou com a menina o que havia acontecido, no que ela respondeu que seu pai, ora denunciado, havia passado suas

mãos por todo o seu corpo e ainda tentava beijar a sua vagina.

“Há mais ou menos 15 (quinze) dias atrás, isto lá pelos dias 9 (nove) ou 10 (dez) de novembro de 1999, por volta das 23 horas, o denunciado entrou no quarto das meninas e, enquanto G. dormia, Artemio aliciou a filha, passando as mãos sob a roupa de baixo.

“Em meados do mês de outubro deste mesmo ano, em horário não especificado nos autos, sabendo-se apenas que no período noturno, o denunciado entrou no quarto onde as filhas dormiam e, aproximando-se da vítima G., tirou-lhe as calças e passou a mão em sua vagina” (fls. 2/5).

Concluída a instrução criminal, o acusado restou condenado ao cumprimento da pena de 11 (onze) anos e 8 (oito) meses de reclusão em regime integralmente fechado, pela prática do delito previsto no art. 214 (2 vezes) c/c art. 71, ambos do CP.

Inconformado, o réu apelou, objetivando, preliminarmente, anulação do processo por decadência do direito de representação, porque a ação seria pública condicionada. No mérito, pugna pela absolvição, aos argumentos de insuficiência de provas, desclassificação para a contravenção prevista no art. 61 da LCP, ou mitigação da reprimenda por reconhecimento da embriaguez decorrente de caso fortuito ou força maior. Pretende, também, que o crime não seja considerado hediondo, porque ausente lesão grave ou morte, pugnando, consequentemente, pelo reconhecimento do direito à progressão de regime.

Contra-arrazoado o apelo, os autos ascenderam a esta instância,

manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Luiz Fernando Sirydakís, pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório.

1. A preliminar argüida pela defesa é completamente improcedente, eis que, tratando-se de crime de atentado violento ao pudor praticado por pai contra vítima que é sua filha, incide a regra do art. 225, § 1º, II, in verbis:

“§ 1º Procede-se, entretanto, mediante ação pública: (...) II — se o crime é cometido com abuso do pátrio-poder ou da qualidade de padras-to, tutor ou curador”.

A violação do pátrio poder com o fim de praticar atos libidinosos com sua filha faz surgir, para o Estado, a pretensão punitiva, diante do desvalor da ação, que fere não só a liberdade sexual das vítimas, mas também o dever de guarda e educação de seu pai. O fato de a família da vítima também ser miserável, previsto no inciso I do mesmo dispositivo legal, não afasta a incidência da norma em comento, como já decidido por esta Câmara:

“Ação penal pública incondicionada — Crimes contra os costumes praticados com abuso do pátrio poder — Actio poenalis intentada pelo órgão ministerial — Legitimidade do parquet a quo para a propositura — Desnecessidade de representação ou comprovação da miserabilidade — Inteligência do art. 225, § 1º, II, do CP — Eiva afastada” (Ap. Crim. n. 99.018000-0, da Capital, rel. Des. Jorge Mussi, j. 11/4/2000).

Por esse motivo, afasta-se a nulidade levantada.

2. Ultrapassada a preliminar, passa-se ao exame do mérito. Embora pugne pela absolvição, ao argumento de insuficiência de provas, melhor sorte não assiste ao apelante.

Pondera-se, inicialmente, que, em crimes dessa espécie (art. 214 do CP), o exame da materialidade confunde-se com o da própria autoria, porque ausentes, em regra, vestígios sensíveis do delito. Aliás, “é dispensável laudo pericial no crime de atentado violento ao pudor, pois que elencado naqueles que não deixam vestígios” (Ap. Crim. n. 99.005686-4, da Capital, rel. Des. Genésio Nolli, j. 8/9/1999).

De outra parte, o exame dos autos revela que o apelante, por diversas vezes, no decorrer de vários anos, constrangia suas filhas G. e, posteriormente, G. a deixar que ele as submetesse a diversos atos libidinosos, diversos da conjunção carnal, tais como beijos e carícias na vagina e seios.

Ouvido na fase policial, o acusado ficou quieto (fl. 8). Em juízo, negou os fatos, dizendo que “sua esposa há dois meses tenciona ir morar em Caxias com familiares; que, no domingo anterior à sua prisão, a companheira do denunciado, em uma discussão, na frente da mãe do denunciado, prometeu que iria colocá-lo na cadeia” (fl. 30).

Todavia, em que pese a negativa, as demais provas dos autos formam a certeza necessária para a manutenção da condenação ora combatida.

Senão, vejamos.

Na fase policial, R. de F. B., mãe das vítimas e esposa do acusado, asseverou que, ao chegar em ca-

sa, encontrou sua filha chorando e que esta, após ser inquirida, “depois de alguma insistência, ela disse que o pai tentara tirar a roupa que usava e passava as mãos pelo seu corpo e que o pai teria dito que queria passar a boca na vagina da menina; que a declarante tem conhecimento que tais fatos estão acontecendo há dois anos; que, no ano passado, em meados de outubro, G. B. da S., de doze anos, falou para a declarante que o pai havia entrado no quarto dela enquanto dormia, tirou a roupa de baixo e passou a mão em sua vagina; que, há quinze dias, aproximadamente, por volta das 23 horas, Artemio entrou no quarto das meninas e, enquanto G. dormia, aliciou a filha passando as mãos sob a roupa de baixo; a declarante perguntou para Artemio se ele estava ficando louco e ele respondeu para a declarante que ela estava com ciúmes da filha; que Artemio, quando acaricia as filhas, as beija no pescoço, nas nádegas, no peito e a declarante sempre diz a ele que não é correto o que ele faz; por várias ocasiões Artemio ameaçou a declarante dizendo que se ela o denunciasse, ele a matava e, diante do medo que sentia, manteve segredo por muito tempo”.

Em juízo, contudo, mudou sua versão dos fatos, aduzindo que, “no dia dos fatos, saiu para o médico; que, ao retornar, sua filha G., a mais nova, estava chorando e, inquirida, disse que o pai tentou passar a mão no seu corpo, não chegando a fazê-lo; que G. disse que o pai queria tirar a roupa e lhe beijar, não dizendo onde; que já estava desconfiada; que não presenciou estes fatos; que foi na delegacia para que fossem tomadas providências, mas imaginava que o acusado não se-

ria preso, mas apenas que iria ser chamado; que não estava mantendo relações com seu marido, pois tinha ferida no útero; que o acusado sempre bebeu bastante (...) que depois dos fatos conversou com suas duas filhas e estas disseram que o pai nunca 'passou daquilo' (...) realmente estava querendo ir embora para Caxias com seus filhos em vista da bebedeira (...) que sustentava a casa era o acusado (...) o carinho que o acusado faz nas vítimas é o mesmo que faz no filho; que o acusado passa a mão no órgão genital de seu filho, dizendo 'onde está o pintinho' (...) que se encontra grávida de 5 meses e que não pretende se separar de seu marido" (fls. 49/50).

Essa modificação na versão dos fatos não encontra guarida nos autos. Ambas as vítimas disseram, na fase policial e em Juízo, que o apelante realizava os atos descritos na denúncia.

Com efeito, na fase preparatória, G. asseverou:

"que uma outra vez, quando já residia na cidade de Praia Grande, no ano próximo passado, a mãe da declarante tinha saído para o trabalho (...) estava em seu quarto dormindo com seus irmãos quando seu pai adentrou neste, somente de cuecas, e, novamente, se dirigiu até a declarante, onde lhe tirou sua bermuda e calcinha e tentava colocar o dedo em sua vagina; que a declarante lutava pois não queria, dizendo que iria gritar, e seu pai mandava-a calar a boca, empurrando-a; que seus irmãos começaram a acordar, quando, então, seu pai desistiu; que seu pai, sempre que podia, ao fazer carinho na declarante, passava a mão nos seios e nas

nádegas, tanto que a declarante já evitava chegar perto dele; que, atualmente, seu pai parou de lhe importunar e começou a molestar sua irmã, G." (fl. 11).

Ouvida pelo Magistrado de primeira instância, a ofendida manteve sua versão, dizendo que, "ano passado, o acusado se deitou com a informante apenas de cueca e tirou a roupa da vítima, deixando-a apenas de camiseta; que o acusado erguia as pernas da vítima, passando-lhe a mão e tentava colocar o dedo na sua vagina (...) nunca viu seu pai mexer no pênis do seu irmão (...) que sua mãe sempre falou que iria entregar seu pai para a polícia por fazer isto contra suas filhas" (fl. 54).

G., por sua vez, disse, durante as investigações policiais, que "há tempos seu pai, ao fazer carinho na declarante, usa passar as mãos em seus seios e em sua bunda; que também durante a noite, quando estão dormindo, seu pai vai até seu quarto e passa as mãos nos seios e nádegas da declarante e de sua irmã; que seu pai também já tentou beijá-la, no rosto e no pescoço, sendo que a declarante recusa-se a referido carinho, pois do modo como ele usa fazer estas coisas a incomodam; que, hoje pela manhã, estava em casa, com seu irmão pequeno de 10 meses e seu pai; que a declarante estava com o bebê no colo, quando seu pai se dirigiu tentando tirar-lhe a roupa, mas a declarante revideou, mesmo assim, ele passou as mãos em suas nádegas e seios, não podendo fazer muita coisa pois estava com o bebê no colo, porém usou de força e o empurrou para longe de si" (fl. 12).

Durante a instrução judicial, G. manteve as assertivas anteriormente proferidas, assinalando, contudo, que “seu pai em outras vezes passou a mão nos seios e na bunda das vítimas, por cima da roupa” (fl. 53).

A análise desses depoimentos revela que, efetivamente, o apelante, por diversas vezes, realizou as condutas de “passar a mão” nas partes íntimas das vítimas, chegando, inclusive, em uma oportunidade, a tirar a bermuda e calcinha de uma das filhas e a tentar “colocar o dedo em sua vagina”. Essa conduta libidinosa foi realizada contra as duas vítimas.

Sobre as palavras da vítima, colhe-se dos julgados deste Tribunal:

“Crime contra os costumes. Atentado violento ao pudor. Pai contra filha menor. Palavras da vítima corroboradas pelos demais elementos do processo. Validade. Condenação mantida. É entendimento sedimentado na doutrina e na jurisprudência que em sede de delitos contra os costumes as palavras da vítima adquirem valor especial, servindo como principal, quando não o único, elemento de prova, eis que, na maioria das vezes, esses delitos são praticados às escondidas, longe dos olhares de testemunhas” (Ap. Crim. n. 99.015201-4, de São Francisco do Sul, rel. Des. Francisco Borges, j. 13/10/99).

O contexto probatório indica, ainda, que a mudança no depoimento da mãe das vítimas deu-se, tão-somente, pela vontade de permanecer ao lado de seu companheiro, que a sustenta. Assim, ela buscou afastar a reprimenda penal que foi imposta ao acusado, ora apelante. Todavia, esse desiderato não é causa de extinção

da punibilidade do agente, persistindo a pretensão punitiva do Estado, em face do desvalor da conduta realizada. Aliás, o Magistrado de primeira instância bem lembrou: “sabe-se de há muito que em crimes sexuais vige o ‘princípio da necessidade alimentar’, ou ‘negativa famélica’, onde a família (incluindo a vítima) tende a proteger quem lhe dá o sustento, por pior que tenha sido o fato, superando o trauma em troca do retorno do provedor” (fl. 138).

Nunca é demais lembrar que no sistema legal pátrio vige o princípio do livre convencimento motivado, pelo qual há liberdade para o magistrado apreciar as provas que lhe são trazidas à colação, cotejando-as e dando maior valor àquelas que possuírem credibilidade. O comando legal é claro: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova” (art. 157 do CPP). Logo, a retratação, por parte da mãe das vítimas, de suas assertivas acusatórias prestadas anteriormente, carece de credibilidade, não sendo suficiente, portanto, para lançar dúvida quanto à veracidade dos fatos imputados.

Julio Fabbrini Mirabete leciona:

“Adotou a lei o princípio do livre convencimento (ou livre convicção, ou da verdade real), segundo o qual o juiz forma sua convicção pela livre apreciação da prova, não ficando adstrito a critérios valorativos e apriorísticos e é livre em sua escolha, aceitação e valoração. (...) Fica claro, porém, que o juiz está adstrito às provas dos autos, não podendo fundamentar qualquer decisão em elementos a eles estranhos: o que não está nos autos não está no mundo (quod non est in actis

non est in mundo). É livre, porém, quando se guia pela crítica sã e racional; a lógica, o raciocínio, a experiência etc. o conduzirão nesse exame e apreciação. Por isso se fala no princípio da persuasão racional na apreciação da prova (Greco, Vicente. Ob. cit., págs. 191, 348/349). Como o juiz deve fundamentar a decisão (art. 381, III), fala-se no princípio do livre convencimento motivado” (Código de Processo Penal Interpretado, 7ª ed., SP, Atlas, 2000, págs. 414/415).

3. Quanto ao pedido de desclassificação para a contravenção prevista no art. 61 da LCP, a pretensão recursal é inviável.

Os atos praticados (apalpar seios, nádegas e vagina das vítimas) têm, por certo, caráter libidinoso, não se confundindo, portanto, com a mera “ofensa ao pudor”, prevista na contravenção tipificada pelo art. 61 da LCP, que, aliás, exige seja praticada em lugar público, o que denota não se tratar de conduta semelhante à dos autos, que, por certo, não seriam praticados em público pelo agente.

Colhe-se da jurisprudência a distinção entre a contravenção citada pelo apelante e o delito de atentado violento ao pudor:

“Desclassificação para a contravenção do art. 61 é descartada. O propósito do apelante de praticar atos libidinosos impede a caracterização do fato contravençional. Importunar é incomodar por qualquer forma. Palavras ou contatos físicos forçados: os esbarrões ou apalpações. Não é o caso dos autos, porque o apelante foi, desde logo, colocando a mão nas partes pudendas da pequena ofendida, com evidente intenção libidinoso”

(TJSP — AC. 77.822-3 — rel. Márcio Bártoli, apud Alberto Silva Franco et al., em sua obra Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, 6ª ed., SP, RT, 1997, pág. 2.962).

No mesmo sentido:

“Quem com as mãos procura alcançar as partes pudicas da vítima, conseguindo tocar em seus seios e nas coxas, consuma, em forma continuada, o delito de atentado violento ao pudor e não mera contravenção de importunação ofensiva ao pudor” (TJSP — AC — rel. Gonçalves Santana — RT 397/84, apud Alberto Silva Franco et al., op. loc. cit.).

4. Melhor sorte não assiste ao apelante quanto ao pedido de mitigação da reprimenda, por reconhecimento da embriaguez decorrente de caso fortuito ou força maior.

Pela sistemática do Código Penal, a única causa de redução da pena em razão do estado etílico do agente é embriaguez incompleta decorrente de caso fortuito ou força maior, nos termos do seu art. 28, § 2º. Todavia, requer-se comprovação de que o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento em face de estado de embriaguez que por ele não foi provocado.

Não é esse o caso dos autos. Ébrio habitual, conforme as palavras de sua esposa e de suas filhas, o apelante não estava, na época dos fatos, sob a influência de embriaguez fortuita, mas sim de estado voluntário, ao qual chegou por seus próprios esforços. Aliás, desafia toda lógica que o apelante fosse vítima de força maior

ou caso fortuito rotineiramente, quando essas hipóteses, por óbvio, são exceções.

Alegada pelo apelante, a condição *sui generis* deveria ser por ele comprovada, eis que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer” (art. 156 do CPP). Logo, “a embriaguez completa e fortuita tem de ser comprovada” (Ap. Crim. n. 99.017918-4, de Itajaí, rel. Des. Amaral e Silva, j. 23/11/1999).

5. O recurso interposto merece provimento parcial, apenas para que não seja considerado hediondo o crime praticado pelo réu, porque ausente a qualificadora prevista no art. 223 do CP.

Em caso semelhante, esta Câmara posicionou-se:

“Atentado violento ao pudor — Apelante que, após exibir filmes pornográficos a meninos menores de 14 anos de idade, pratica com eles atos libidinosos que caracterizam o crime descrito no art. 214 do CP (...) Regime prisional — Inexistência de lesão corporal grave ou morte — Tipificação simples — Necessidade de incidência da qualificadora do art. 223 do CP para enquadrar os ilícitos no rol dos crimes hediondos — Inocorrência da aplicação do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 — Precedentes jurisprudenciais do STF e do STJ — Pena que deve ser cumprida em regime semi-aberto em face do quantum fixado — Modificação operada” (Ap. Crim. n. 99.022413-9, da Capital, rel. Des. Jorge Mussi, j. 23/5/00).

Do corpo do voto condutor desse julgado, colhe-se:

“Recentemente o Excelso Pretório e o colendo Superior Tribunal de

Justiça, à unanimidade, passaram a admitir que os delitos de atentado violento ao pudor (art. 214 do CP) e de estupro (art. 213), quando cometidos na forma simples (*caput*), ou seja, sem lesão corporal de natureza grave ou morte (art. 223 e seu parágrafo único), não fazem parte do rol dos crimes hediondos.

“Portanto, quando o apenado for condenado por crime de atentado violento ao pudor contra vítimas menores de 14 (quatorze) anos, onde a violência é presumida — art. 214, *c/c* art. 224, a, ambos do CP —, não estando tal capitulação enquadrada no art. 1º da Lei n. 8.072/90, o qual elenca quais crimes são hediondos, tem o réu o direito de cumprir a pena imposta em regime inicialmente fechado, bem como a sua progressão.

“Consoante consignado na decisão monocrática, a Suprema Corte de Justiça, em caso idêntico ao dos autos, assim decidiu:

‘Habeas corpus. 2. Atentado violento ao pudor e crime hediondo. Regime de cumprimento da pena. 3. Hipótese enquadrada nos arts. 214 e 224, letra a, e não nos arts. 214 e 223, *caput* e parágrafo único, todos do Código Penal. 4. Para que o atentado violento ao pudor possa ser classificado como crime hediondo, nos termos da Lei n. 8.072/1990, art. 1º, inciso VI, é necessário que do fato resulte lesão corporal de natureza grave ou morte (art. 214 combinado com o art. 223, *caput*, e parágrafo único). 5. Não se podendo, desse modo, enquadrar o crime a que condenado o paciente (CP, arts. 214 e 224, letra a) como hediondo, *ut* Lei n. 8.072/1990, o regime de cumprimento da pena a que foi

condenado somente pode ser o inicialmente fechado e não o regime fechado durante o período integral de sua duração. 6. (...) cabe, aqui, deferir o habeas corpus, porque o crime de atentado violento ao pudor, pelo qual condenado o paciente (CP, arts. 214 e 224, letra a), não se enquadra entre os delitos hediondos, ut art. 1º, inciso VI, da Lei n. 8.072/1990, visto que do fato não resultou nem lesão corporal grave nas vítimas, nem morte (art. 214, em combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, do Código Penal). 7. Habeas corpus deferido para garantir ao paciente a progressão no regime de cumprimento da pena, que se há de ter, tão-só, como inicialmente fechado' (HC n. 78.305-4, de Minas Gerais, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 8/6/99, DJU de 1º/10/99).

"A jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça não discrepa, veja-se:

'Penal. Atentado violento ao pudor. Forma simples. Classificação como crime hediondo. Divergência. — O Supremo Tribunal Federal, analisando a controvérsia instaurada sobre o alcance da Lei n. 8.072/90, proclamou o entendimento de que o atentado violento ao pudor praticado sem violência real situa-se fora do rol dos crimes hediondos, admitindo-se o cumprimento da pena no regime inicial fechado (HC n. 78.305-MG, relator Ministro Néri da Silveira). — Precedente desta Sexta Turma (HC n. 10.260 — SP, relator Ministro Fernando Gonçalves). — Recurso especial conhecido' (REsp n. 210.690, de Rondônia, rel. Min. Vicente Leal, j. em 7/10/99).

"Também daquela Corte de Justiça, cita-se:

'Penal. Habeas corpus (EC n. 22/99). Crimes contra os costumes. Violência presumida. Art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90.

'A violência ficta, tanto no atentado violento ao pudor como no estupro, não está arrolada no art. 1º da Lei n. 8.072/90, razão pela qual, aí, não incide a restrição do § 1º do art. 2º da mesma lex (precedentes do STF e do STJ).

'Writ concedido' (HC n. 9.608, de São Paulo, rel. Min. Felix Fischer, j. em 2/9/99, p. no DJU de 11/10/99).

"Do mesmo relator, colhe-se sobre os crimes contra os costumes onde a violência é ficta:

'Penal. Estupro presumido. Presunção. Dolo e consentimento. Art. 224, alínea a, do Código Penal. Majoramento do art. 226, inciso III, do Código Penal.

'(...)

'IV — O estupro ficto não é crime hediondo, visto que não arrolado no art. 1º da Lei n. 8.072/90. Inaplicável ao referido delito a restrição insculpida no art. 2º, § 1º, da lex specialis (precedente aplicável do Pretório Excelso).

'Recurso conhecido e parcialmente provido' (REsp n. 192.346, do Distrito Federal, j. em 19/8/99, p. no DJU de 13/9/99).

"Também navegando nessa direção, colaciona-se julgado mais recente daquela Casa:

'Penal. Atentado violento ao pudor. Violência ficta. Regime prisional. Habeas corpus.

‘1. A violência ficta, no atentado violento ao pudor, não está expressamente arrolada na Lei n. 8.072/90, art. 1º. Fica afastada, assim, a restrição à progressão de regime, prevista naquela lei, art. 2º, § 1º.

‘2. Habeas corpus conhecido, pedido indeferido. Ordem concedida, de ofício, para converter o regime prisional para o inicialmente fechado, permitida a progressão’ (HC n. 11.144, do Distrito Federal, rel. Edson Vidigal, j. em 14/3/2000, p. no DJU de 3/4/200, pág. 161).

“Por derradeiro, transcreve-se decisão deste Tribunal:

‘Apelação criminal — Estupro e atentado violento ao pudor.

(...)

‘Atentado violento ao pudor praticado sem violência real — Forma simples — Não configuração do caráter hediondo — Possibilidade de cumprimento da pena em regime inicialmente fechado (...)’ (Ap. Crim. n. 99.002675-2, de Seara, rel. Des. Torres Marques, j. em 21/3/2000).

“Então, estes julgados entenderam que, por não estar explícita a capitulação da presunção da violência (art. 224, a, do CP) no art. 1º da Lei n. 8.072/90, não pode ser considerado hediondo o crime de atentado violento ao pudor cometido contra menor de 14 (quatorze) anos, onde, salienta-se, não houver lesão corporal grave ou morte.

“Não fossem tais precedentes, há de se convir que tanto a doutrina como a jurisprudência alertam à gravidade que é alguém cumprir a penalidade imposta em regime integralmente fechado. Leia-se o entendimento

exposto por Alberto Silva Franco, in Crimes Hediondos: notas sobre a Lei 8.072/90, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, pág. 111:

‘O § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 estabelece que a pena aplicada pela prática de crimes hediondos, de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins e de terrorismo, será cumprida, integralmente, em regime fechado. Esta afirmação incisiva, embora suavizada, em seguida, pelo disposto no art. 5º do mesmo diploma legal, que torna possível a concessão de livramento condicional ao condenado que tenha cumprido dois terços da pena, desde que não seja reincidente específico, constitui um pesado gravame para o apenado que apresentar tal qualificação subjetiva já que, nessa hipótese, terá de cumprir a pena privativa de liberdade num único regime penitenciário, ou seja, o regime fechado’.

“Do corpo do judicioso voto prolatado nos autos do Habeas Corpus n. 11.144, do Distrito Federal, rel. Min. Edson Vidigal, julgado em 14/3/2000, do Superior Tribunal de Justiça, colaciona-se que ‘nenhuma pena, no sistema constitucional vigente, e também em razão dos compromissos internacionais do Brasil no tema dos direitos humanos, tenha que ser cumprida integralmente no regime fechado’, intitulando tal repreensão de ‘aberração jurídica’ que ‘adoece o processo civilizatório’.

“Continuando, destaca que:

‘O sentido de toda a pena é a recuperação do condenado, de modo a que possa, depois, voltar normalmente à sociedade e a ela se reintegrar como pessoa capaz de cumprir

deveres e usufruir direitos, de exercer uma profissão, liderar uma família, criar e educar os filhos, ser cidadão. O cumprimento da pena deve, enfim, ter caráter dinâmico, tendo em vista os objetivos da execução penal'.

"Assim, em face do caráter sociológico da pena, bem como das condições da atual conjuntura penitenciária brasileira, e especialmente em virtude das hodiernas decisões dos colendos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, e por política criminal, há que se reconhecer que o apenado tem direito a regime prisional mais brando".

Divergência

Ousei divergir, neste ponto, do entendimento da douda maioria porque, embora não se olvide o entendimento jurisprudencial no sentido de que o atentado violento ao pudor com violência presumida (art. 214 c/c 224, a, do CP) não estaria contido no art. 1º, inc. VI, da Lei n. 8.072/90, entendo que seus argumentos não convencem. A decisão tomada como paradigma para essa nova corrente foi assim ementada:

"Habeas corpus. 2. Atentado violento ao pudor e crime hediondo. Regime de cumprimento da pena. 3. Hipótese enquadrada nos arts. 214 e 224, letra a, e não nos arts. 214 e 223, caput, e parágrafo único, todos do Código Penal. 4. Para que o atentado violento ao pudor possa ser classificado como crime hediondo, nos termos da Lei n. 8.072/1990, art. 1º, inciso VI, é necessário que do fato resulte lesão corporal de natureza grave ou morte (art. 214 combinado com o art. 223, caput e parágrafo único). 5. Não se podendo, desse modo, enquadrar o

crime a que condenado o paciente (CP, arts. 214 e 224, letra a) como hediondo, ut Lei n. 8.072/1990, o regime de cumprimento da pena a que foi condenado somente pode ser o inicialmente fechado e não o regime fechado durante o período integral de sua duração. (...) o crime de atentado violento ao pudor, pelo qual condenado o paciente (CP, arts. 214 e 224, letra a), não se enquadra entre os delitos hediondos, ut art. 1º, inciso VI, da Lei n. 8.072/1990, visto que do fato não resultou nem lesão corporal grave nas vítimas, nem morte (art. 214, em combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, do Código Penal)" (STF – HC n. 78.305-4/MG, rel. Min. Néri da Silveira, j. 8/6/99, DJ 1/10/99, pág. 30).

A fundamentação dessa decisão é lastreada no argumento de que, havendo, no dispositivo da Lei n. 8.072/90, remissão expressa ao art. 223 do CP, a contrario sensu, não seria possível sua aplicação à forma simples ou à combinação com o art. 224, porque não mencionada; concluindo que somente as formas qualificadas do estupro e do atentado violento ao pudor podem ser consideradas hediondas.

De outra parte, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

"Penal. Atentado violento ao pudor. Forma simples. Classificação como crime hediondo. Divergência. — O Supremo Tribunal Federal, analisando a controvérsia instaurada sobre o alcance da Lei n. 8.072/90, proclamou o entendimento de que o atentado violento ao pudor praticado sem violência real situa-se fora do rol dos crimes hediondos, admitindo-se o

cumprimento da pena no regime inicial fechado (HC n. 78.305- MG, relator Ministro Néri da Silveira)" (REsp n. 210690/RO, rel. Min. Vicente Leal, j. 7/10/99, DJ 16/11/99, pág. 239).

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça diverge do Supremo Tribunal Federal porque este, ao contrário daquele, não considera hediondos o estupro ou atentado violento ao pudor nas suas formas simples, ou seja, art. 213 e art. 214, ambos do CP, respectivamente. Pelo entendimento deste julgado do STJ, basta a violência real para classificar o estupro e o atentado violento ao pudor como hediondos, não sendo necessária a qualificação pelo resultado, nos termos do art. 223 do CP.

Todavia, não obstante o inegável saber jurídico daqueles que adotam esta tese, no ponto de vista deste relator, tanto o estupro quanto o atentado violento ao pudor são hediondos, ainda que configurados pela violência ficta prevista no art. 224 do CP.

Por primeiro, é importante destacar que o texto legal é claro: são hediondos tanto o atentado violento ao pudor simples quanto o qualificado pela lesão grave ou morte. Ao mencionar o art. 214 e indicar a sua combinação com o art. 223, o inc. VI do art. 1º da Lei n. 8.072/90, utilizando o pronome possessivo "sua" para substituir a expressão "art. 214" e a conjunção aditiva "e" para uni-las, claramente está classificando como hediondos os crimes tipificados como art. 214; art. 214 c/c 223, caput; e art. 214 c/c art. 223, parágrafo único, todos do CP.

Aliás, se acaso o legislador objetivasse classificar como hediondo somente a forma qualificada do aten-

tado violento ao pudor, a redação do inc. VI do art. 1º da Lei n. 8.072/90 seria igual à do III, no qual se lê: "extorsão qualificada pela morte (artigo 158, § 2º)". Neste, antes da abertura de parênteses para indicação do fundamento legal, há expressa e única menção do nomen juris qualificado, ao passo que, naquele, é mencionada a designação genérica, qual seja, atentado violento ao pudor.

No caso do estupro, a Lei n. 8.930/94, por sua vez, ao substituir a expressão "art. 213, caput, e sua (...)" por "art. 213 e sua (...)", suprimindo o vocábulo caput, somente esclareceu que não existem parágrafos relacionados ao dispositivo do Código Penal, não derogando o inc. V do art. 1º da Lei n. 8.072/90, porque manteve as duas expressões apontadas como espécies do gênero estupro (art. 213 + art. 213 c/c art. 223).

No que se refere ao estupro ficto, configurado pela prática contra vítima cuja idade não é superior a 14 (quatorze) anos (art. 224, a, do CP), tem-se que, por tratar-se de violência presumida que não afasta a aplicação do tipo penal na sua forma simples (art. 213 do CP), o delito permanece como hediondo, já que não é espécie diferente daquela referenciada no art. 1º da Lei n. 8.072/90.

Esse entendimento jurisprudencial, que era pacífico até o advento dos julgados supramencionados, é consubstanciado por diversas decisões, tais como: "Habeas corpus — Estupro ficto — Crime considerado hediondo — Impossibilidade de concessão de indulto parcial — Livramento condicional — Cumprimento de 2/3 da pena — Necessidade — Enqua-

drando-se o delito de estupro ficto (com violência presumida) dentre aqueles considerados hediondos pela Lei n. 8.072/90, torna-se inviável a concessão do indulto parcial previsto no Decreto n. 2.365/97, ante a expressa vedação contida neste diploma normativo. À luz do disposto no art. 83, V, do CP, não faz jus ao livramento condicional o condenado por crime hediondo que ainda não cumpriu 2/3 da pena. Ordem denegada" (STJ — HC n. 8200 — RS — 5ª T. — rel. Min. José Arnaldo da Fonseca — DJU 18/10/1999 — pag. 238).

Ademais, não se pode esquecer que o Direito não é o simples texto frio da lei, mas sim, e principalmente, a dimensão valorativa e social que contém. O Direito não visa a regular uma sociedade hermética e abstrata, fruto de uma elucubração intelectual divorciada da realidade; o seu objeto é a sociedade concreta, fundada nos anseios e necessidades expressados pelo legislador. No contexto do direito penal, a aplicação da lei tem, também, o fim de evitar, prevenir e reprimir condutas consideradas negativas pela sociedade, atuando, assim, em consonância com o interesse público. Diante dessa dimensão social, é inofismável que o estupro e o atentado violento ao pudor, quando cometidos

contra infantes (violência presumida), são tão sórdidos e reprováveis quanto a violência utilizada para obrigar uma mulher a manter ato libidinoso, contra a sua vontade. Em síntese: o estupro realizado contra vítima criança (menor de 14 anos) é tão reprovável quanto o praticado com violência contra mulher adulta.

Por esses motivos, muito embora fique ressalvado o voto vencido deste relator, neste tópico, é dado provimento ao recurso para afastar a hediondez do delito.

6. Diante do exposto, por maioria de votos, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento parcial apenas para afastar a incidência da Lei n. 8.072/90, vencido o relator quanto à hediondez do delito.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakis.

Florianópolis, 6 de março de 2001.

Alberto Costa,
Presidente com voto;
Irineu João da Silva,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 01.000568-4, DE RIO DO SUL

Relator: Des. Irineu João da Silva

Crime contra o patrimônio — Roubo circunstanciado — Tentativa — Assalto a joalheria — Rendição dos agentes — Reconhecimento de desistência voluntária — Desclassificação para o crime de violação de domicílio — Impossibilidade.

Não há como reconhecer a desistência voluntária se os agentes deixaram de prosseguir involuntariamente, forçados pela reação rápida e imprevista da polícia, que cercou o prédio, decorrendo daí a rendição pela impossibilidade de fuga.

Porte ilegal de arma de fogo (Lei n. 9.437/97) — Instrumentos utilizados na prática do crime de roubo — Princípio do major absorbet minorem — Absorção.

“O roubo qualificado com emprego de arma de fogo absorve o crime previsto no art. 10 da Lei n. 9.437/97” (Julio Fabbrini Mirabete).

Seqüestro e cárcere privado (CP, art. 148) — Funcionários de estabelecimento comercial privados de sua liberdade e ameaçados por mais de cinco horas, durante negociações entre os agentes e as autoridades.

É de ser reconhecido o crime do art. 148 do Código Penal (seqüestro e cárcere privado) na conduta de quem, não obstante praticando crime de roubo, mantém pessoas como reféns, sob ameaça de arma de fogo, durante várias horas.

Pena criminal — Roubo — Duas causas de especial aumento de pena (emprego de arma e concurso de pessoas) — Acréscimo de 2/5 (dois quintos) — Precedentes.

No crime de roubo, concorrendo várias causas especiais de aumento, portanto em um mesmo tipo penal, pode a autoridade judiciária usar uma como circunstância judicial (art. 59 do CP) e a outra como qualificadora (se recepcionada nos arts. 61 e 62 do CP) ou mesmo, caso não tenha utilizado, mencionar a multiplicidade das majorantes para fundamentar a opção de alíquota superior ao mínimo.

Regime prisional — Pena inferior a oito anos — Maus antecedentes e personalidade voltada para a prática de crimes contra o patrimônio — Inteligência do § 3º do art. 33 do Código Penal — Recurso ministerial provido parcialmente.

Segundo o disposto no § 3º do art. 33 do CP, a determinação do regime inicial do cumprimento da pena deve observar os critérios previstos no art. 59 do mesmo diploma legal, considerando-se, entre outras coisas, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente.

A prática reiterada de crimes contra o patrimônio, apesar da primariedade, depõe contra a personalidade do agente e evidencia a necessidade de fixar regime mais severo para o início de cumprimento da pena.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 01.000568-4, da comarca de Rio do Sul, em que é apelante a Justiça Pública, por seu Promotor, sendo apelados Natalino Messias Martins da Costa, Antônio João da Cruz, Luiz Frasão Correia e Odilton Castelo Antunes:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial, para reformar a sentença, condenando Natalino Messias Martins da Costa, Antônio João da Cruz, Luiz Frasão Correia e Odilton Castelo Antunes às penas de cumprimento de 4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 7 (sete) dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, incs. I e II, c/c art. 14, inc. II, e art. 148, caput, c/c art. 70 (12 vezes), na forma do art. 69, todos do Código Penal.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Rio do Sul, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Natalino Messias Martins da Costa, Antônio João da Cruz, Luiz Frasão Correia e Odilton Castelo Antunes, dando-os como incurso nas sanções do art. 288, parágrafo único, art. 148, caput, 157, §§ 3º e 2º, incs. I, II e V, c/c art. 14, inc. II, todos do Código Penal, e art. 10, § 2º, da Lei n. 9.437/97, porque:

“Os denunciados, com terceiros ainda não identificados, provavel-

mente todos com antecedentes por crimes contra o patrimônio, em data e local não esclarecido, uniram-se com a finalidade de praticar novos ilícitos desta natureza. Ao grupo é imputada a prática de assaltos no vizinho Estado do Paraná e outras unidades da federação brasileira, cujos procedimentos ainda se encontram sob investigação.

“Nesta senda criminoso, no dia 1º/9/99, os denunciados e um quinto elemento, não identificado, mas que se comenta tratar-se de ‘Marcos de Oliveira’, também conhecido como ‘Pirulito’, chegaram nesta cidade no veículo VW/Gol MI, placa AHU 7671, de propriedade da Locapar — Locadora de Bens Móveis Ltda., estabelecida na cidade de Ponta Grossa/PR, estando todos armados ilegalmente, com revólveres calibre 38 e pistolas calibre 9mm, além de farta munição, conforme demonstra o termo de apreensão de fl. 20.

“Por volta das 17h55min, os denunciados e o quinto elemento mencionado, sob a liderança de Luiz Frasão Correia, adentraram na Joalheria Irmãos Pamplona Ltda., na Al. Aristiliano Ramos, n. 238, nesta cidade, onde renderam, mediante ameaças com as armas citadas, o sócio-gerente, Sr. Henrique Gevaerd Pamplona, e os funcionários Siegmund Knasel, Olga Peters Kletenberg, Rita de Cássia Lenzi Claudino dos Santos, Clarice Wvessler Nehring, Márcia Buscher-moehle, Charles Raul Knasel, João Pascoal Grott, Rolf Knasel, Ivo Mar-

tins Ferreira, Iraci Knop e Jaime Schmitz, além da filha deste, a menor Camila Schmitz, anunciando tratar-se de um assalto e que queriam ouro e jóias.

“Apesar da forma discreta de agir dos assaltantes e o fato de terem escolhido, estrategicamente, aquele horário, por ser o normal para o fechamento do comércio local, dificultando que a ação fosse percebida por terceiros, tal não ocorreu, uma vez que um transeunte estranhou a situação e comunicou o policial militar ‘Cabo Reinaldo Simão Arseno’, o qual se encontrava nas proximidades, nas funções normais de policiamento ostensivo e que imediatamente acionou a Polícia Militar.

“Enquanto isso, no interior da joalheria, os assaltantes ficaram sabendo da existência de um cofre no andar superior, mais precisamente no apartamento que serve de residência para o Sr. Henrique Gevaerd Pamplona, razão por que Natalino Messias Martins da Costa e o ‘quinto assaltante’ o levaram para lá, objetivando abrir tal cofre. Após abrir o cofre, o Sr. Henrique Gevaerd Pamplona quis esboçar uma reação, mas foi logo dominado pelo ‘quinto assaltante’, que lhe desferiu uma coronhada, com a pistola 9mm que portava, provocando-lhe os ferimentos leves descritos no laudo médico de fl. 115. Ato contínuo, esses dois assaltantes perceberam a movimentação de policiais em frente à joalheria, no início da operação que impediu a consumação do roubo, fazendo com que decidissem fugir. O ‘quinto assaltante’, ao chegar em frente à joalheria, deparou-se com o policial militar Marcílio Arthur Vieira, que por ali passava e não tinha conheci-

mento da ocorrência e, imediatamente, passou a efetuar disparos contra ele, vindo a lhe atingir a coxa direita, fraturando-lhe o fêmur, expondo-lhe a perigo de vida e causando-lhe incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias, conforme demonstra o laudo médico de fl. 135. Na seqüência, esse ‘quinto assaltante’ saiu correndo pela Al. Aristiliano Ramos, em direção da rodoviária, trocando tiros com outros policiais militares até chegar no cruzamento com a Rua Presidente Kennedy onde, mediante grave ameaça, com a pistola que usava, subtraiu de Antônio Marcos Cavilha o seu veículo VW/Santana Quantum GL 2000 I, placa LXS 8326, fugindo desta cidade sem ser identificado. Na mesma data, por volta das 23h15min, dito veículo foi encontrado abandonado na cidade de Santa Cecília/SC, com danos provocados pelos disparos feitos pelos policiais militares no momento da fuga, sendo devolvido ao proprietário no dia 3/9/99 (termo de fl. 46). Simultaneamente a estes fatos, Natalino Messias Martins da Costa resolveu entregar-se, saindo desarmado e em companhia de Charles Raul Knaesel para a Al. Aristiliano Ramos, onde foi preso em flagrante pelos policiais militares e civis que ali se encontravam.

“Com os estampidos dos disparos e a movimentação policial, os outros três denunciados, em atitudes que demonstravam claramente que Antônio João da Cruz e Odilton Castello Antunes estavam sob a liderança de Luiz Frasão Correia, empunhando as armas que portavam ilegalmente, mantiveram, sempre com ameaças contra a integridade física, os funcionários da joalheria supramencionados

em cárcere privado e como reféns, levando-os para o andar superior daquele estabelecimento comercial, onde os mantiveram por várias horas, durante as quais, no entremeio de graves ameaças, negociavam com os policiais, membros da Magistratura catarinense, Ministério Público estadual e da OAB/SC a fuga e/ou rendição. Durante as negociações, foram liberados, parcial e gradativamente, alguns dos reféns, sendo que, por volta das 23 horas, convencidos de que não tinham mais condições de resistir ao cerco de mais de uma centena de policiais civis e militares, liberaram os últimos reféns e foram presos em flagrante, impedidos, por circunstâncias alheias a suas vontades, de consumir o roubo pretendido, sem que nada fosse subtraído da joalheria" (fls. 2/6).

Concluída a instrução criminal, a denúncia foi julgada parcialmente procedente, para condenar os acusados à pena de cumprimento de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, em regime semi-aberto, por infração ao art. 10, caput, da Lei n. 9.437/97, e art. 150, § 1º, do Código Penal.

Inconformado, o representante do Ministério Público apelou, requerendo a reforma da sentença para condenar os acusados nas sanções do art. 10, caput, da Lei n. 9.437/97, e arts. 148, caput, 150, § 1º, 157, § 2º, incs. I e II, e § 3º, c/c art. 14, inc. II, todos do Código Penal.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta instância, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Luiz Fernando Sirydakís, pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

1. Por volta das 17h55min do dia 1º de setembro de 1999, Natalino Messias Martins da Costa, Antônio João da Cruz, Luiz Frasão Correia, Odilton Castelo Antunes e uma quinta pessoa, não identificada, entraram na Joalheria Irmãos Pamplona Ltda., localizada na Alameda Aristiliano Ramos, n. 238, na cidade e comarca de Rio do Sul, anunciando um assalto.

Na oportunidade, mediante ameaças com armas de fogo (revólveres calibre 38 e pistolas calibre 9mm, além de farta munição — termo de apreensão de fl. 20), renderam o Sr. Henrique Gevaerd Pamplona, sócio-gerente, e os funcionários Siegmund Knasel, Olga Peters Kletenberg, Rita de Cássia Lenzi Claudino dos Santos, Clarice Wvessler Nehring, Márcia Buschermoehle, Charles Raul Knasel, João Pascoal Grott, Rolf Knasel, Ivo Martins Ferreira, Iraci Knop e Jaime Schmitz, além da filha deste, a menor Camila Schmitz.

Sabedores da existência de um cofre no andar superior do prédio, residência do Sr. Henrique, Natalino Messias Martins da Costa e o "quinto assaltante" para lá se dirigiram, obrigando-o a abri-lo, ocasião em que aquele, tentando reagir, foi atingido por uma coronhada na cabeça (fl. 115).

Desconfiando da ação da polícia, o "quinto assaltante" resolveu fugir e, ao chegar em frente à joalheria, deparando-se com o policial militar Marcílio Arthur Vieira, que por ali passava e não tinha conhecimento da ocorrência, passou a efetuar disparos, vindo a atingi-lo na coxa direita, fraturando-lhe o fêmur, expondo-lhe a peri-

go de vida e incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias (fl. 135). Na seqüência, saiu correndo em direção da rodoviária, trocando tiros com outros policiais militares até chegar no cruzamento com a Rua Presidente Kennedy, onde, mediante grave ameaça, com a pistola que usava, subtraiu, de Antônio Marcos Cavilha, o veículo VW/Santana Quantum GL 2000 I, placa LXS 8326, fugindo desta cidade sem ser identificado. Concomitantemente, Natalino Messias Martins da Costa resolveu entregar-se, saindo desarmado, sendo preso em flagrante.

Os demais acusados permaneceram no prédio, mantendo os funcionários da joalheria em cárcere privado e como reféns, levando-os para o andar superior. Após cinco horas de negociações com autoridades da Polícia, da Magistratura, do Ministério Público estadual e da OAB/SC, tendo sido liberados, parcial e gradativamente, alguns dos reféns, por volta das 23 horas, convencidos de que não tinham mais condições de resistir ao cerco de mais de uma centena de policiais civis e militares, liberaram os últimos reféns e foram presos em flagrante, impedidos por circunstâncias alheias à sua vontade de consumir o roubo pretendido, sem que nada fosse subtraído da joalheria.

Tais fatos restaram sobejamente comprovados nos autos, tanto pelos termos de apreensão de fls. 26/28, descrevendo as armas utilizadas, quanto pelo exame de corpo de delito de fl. 141, o qual atestou ofensa à integridade física do policial militar Márcilio Arthur Vieira, provocada pelos tiros desferidos pelo assaltante não identificado.

Presos em flagrante, após uma operação que envolveu mais de 100 (cem) operadores da justiça, dentre juízes, promotores, delegados, policiais civis e militares, os acusados, na fase investigatória, utilizaram de seu direito de permanecer em silêncio (CF, art. 5º, LXIII), e confessaram em juízo, narrando os fatos com riqueza de detalhes. Natalino Messias Martins da Costa, às fls. 145/147, Antônio João da Cruz, às fls. 148/150, Luiz Frasão Correia, às fls. 151/154, e Odilton Castelo Antunes, às fls. 155/157.

Suas assertivas auto-acusatórias já bastariam, por si só, para embasar um decreto condenatório, porquanto compatíveis com os demais elementos colhidos no processo. A força desse elemento de convicção é evidente, mormente porque “a confissão judicial livre, espontânea e não posta em dúvida por qualquer elemento dos autos pode levar à condenação do acusado. Já se tem decidido, por isso, que a confissão judicial é prova para a condenação, máxime quando compatível com a materialidade do delito e realizada na presença do defensor ou corroborada por depoimentos, mesmo do inquérito policial” (Julio Fabbrini Mirabete, Processo Penal, 4ª ed., SP, Atlas, 1995, pág. 285).

Ora, o crime de roubo consuma-se “tão-só pela subtração dos bens da vítima, mediante violência ou grave ameaça, ainda que, em ato contínuo, de imediato, o próprio ofendido detenha o agente e recupere a res” (TACrimSP — RT 737/624).

A controvérsia, nesse passo, deve-se à classificação dada aos fatos pelo ilustre Magistrado sentenciante, reconhecendo a ocorrência de de-

sistência voluntária na conduta dos apelados, acabando por condená-los pela prática tão-somente dos crimes de porte ilegal de arma de fogo (Lei n. 9.437/97, art. 10, caput) e violação de domicílio qualificada (CP, art. 150, § 1º).

Data venia do entendimento, a tese é inaceitável, porquanto só não houve consumação do crime de roubo por circunstâncias alheias à vontade dos agentes, diante da exitosa operação policial.

Não obstante ainda se possa dizer que a desistência voluntária guarde alguma semelhança com a tentativa, essa termina ao se indagar sobre a existência ou não da vontade do agente dirigida para o resultado pretendido. Na desistência voluntária o agente abandona a execução do crime, ou seja, cessa o seu comportamento delituoso; já na tentativa, o crime somente não se consuma por circunstâncias alheias à sua vontade.

Nesses termos, a questão, in casu, é a de saber se os agentes deixaram de praticar o crime por circunstâncias alheias à sua vontade ou não, pois neste último caso configurar-se-á o instituto da desistência voluntária.

Dispõe o artigo 15 do Código Penal:

“O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução (...) só responde pelos atos já praticados”.

De acordo com o entendimento de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangelli, “a desistência deve ser considerada voluntária unicamente quando não se funda na apresentação de uma ação especial do sistema penal, que pode conduzir à

punição, ou quando o autor não atua coagido por outro, sem que seja mister, de maneira alguma, que o autor se funde em normas éticas ou morais” (Da Tentativa — Doutrina e Jurisprudência, 4ª ed., 1995, pág. 96).

Nesse sentido, salienta-se a seguinte decisão:

“Não se exige que a renúncia do propósito seja espontânea: basta que seja voluntária. Qualquer que seja a motivação do agente, é suficiente que não tenha sido obstado por causas exteriores, independentes de sua vontade. É indiferente a razão interna do arrependimento ou da mudança de propósito: a recompensa da impunidade é condicionada exclusivamente à efetividade da voluntária não consumação do crime” (JUTACrim 81/26).

Nelson Hungria ensina:

“Nem sequer é exigido que a renúncia do propósito criminoso seja espontânea: basta que seja voluntária, isto é, que o agente não tenha sido coagido, moral ou materialmente, à interrupção do iter criminis ou ao impedimento do effectus sceleris. Não se faz mister que o agente proceda virtutis amore ou formidine poenae, por motivos nobres ou de índole ética (piedade, remorso, despertada repugnância pelo crime) ou por motivos subalternos egoísticos (covardia, medo, receio de ser eventualmente descoberto, decepção com o escasso proveito que pode auferir): é suficiente que não tenha sido obstado por causas exteriores, independentes de sua vontade. É indiferente a razão interna do arrependimento ou da mudança de propósito: a recompensa da impunidade é condicionada exclusivamente à efetividade da voluntária não-consu-

mação do crime. Tanto assim que, se resulta em vão o esforço do mais constrito resipiscente para evitar o prosseguimento da execução (hipótese do mandante que se arrepende e não consegue, tempestivamente, dar contra-ordem à atividade do mandatário) ou para impedir o evento lesivo, nenhum favor é concedido (salvo quanto à medida da pena in concreto). Ainda quando o crime deixe de consumir-se por circunstâncias outras que não a atividade empregada em tal sentido pelo resipiscente, não pode pretender a impunidade” (Comentários ao Código Penal, pág. 95).

E o mestre concluiu:

“Para que se verifique a involuntariedade, não é imprescindível um atual e efetivo obstáculo material: é bastante que se apresentem circunstâncias que façam o agente, razoavelmente (ou segundo id quod plerumque accidit), supor a impossibilidade de continuar. Se, por exemplo, o ladrão ouve o rumor de uma porta que se abre e põe-se em retirada, temendo que alguém se aproxime e venha a surpreendê-lo, não há desistência voluntária” (Comentários ao Código Penal, ed. de 1958, vol. I, tomo II, pág. 96).

Da mesma forma o ensinamento de Aníbal Bruno:

“Na desistência voluntária, o agente mudou de propósito, já não quer o crime; na forçada, mantém o propósito, mas recua diante da dificuldade de prosseguir” (Direito Penal, Parte Geral, Tomo II, pág. 246).

A lição de Heleno Fragoso:

“A desistência deve ser voluntária. É voluntária a desistência quando o agente se diz ‘não quero, embora

possa’. Não é voluntária quando se diz ‘não posso, embora queira’ (Frank). Só os motivos autônomos existem, não os heterônomos (Schönke-Schröder).

“Se o agente desiste porque foi ou vai ser descoberto, a desistência não é voluntária. A desistência momentânea é irrelevante. Assim, se o agente deixa de prosseguir aguardando ocasião mais oportuna ou o emprego de meio mais eficaz. Cumpre que a desistência seja definitiva. Na desistência voluntária, o agente mudou de propósito (Aníbal Bruno)” (Lições de Direito Penal, A Nova Parte Geral, 8ª ed., 1985, pág. 256).

Como visto, era necessário que os apelantes tivessem desistido do intento criminoso, embora não espontaneamente, porém, voluntariamente: no caso, viram-se forçados pela reação rápida e imprevista da polícia, que cercou o prédio, decorrendo daí a renúncia pela impossibilidade de fuga.

A ocorrência caracterizou, sem dúvida, tentativa de roubo qualificado pelo concurso de agentes e uso de arma (art. 157, § 2º, I e II, do CP).

Neste Tribunal, em casos semelhantes, já se decidiu:

“Apelação criminal. Réus condenados por infração ao artigo 157, § 2º, incisos I e II, c/c o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal. Assalto à mão armada que não se consumou, pelo soar do alarme da relojoaria onde se tentou praticar o roubo. Tese da defesa de que houve desistência voluntária da ação delituosa. Impossibilidade de acatamento ante irrefutável prova no sentido de que a consumação do crime não se operou por fatos alheios (soar do alarme) à vontade

dos agentes. Pena dosada com total acerto. Recursos desprovidos” (JC 53/462, rel. Des. Ernani Ribeiro).

Ainda:

“Apelação criminal. Réu condenado por tentativa de roubo. Assalto à mão armada não consumado pela imediata presença da polícia. Pena irrogada com acerto. Pretendida absolvição ou desclassificação para o delito de furto na sua forma tentada e a minoração da medida repressiva imposta. Impossibilidade. Recurso desprovido. ‘Caracteriza-se a tentativa quando, após usar de qualquer dos meios referidos (grave ameaça ou violência à pessoa), ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência, o agente, por circunstâncias alheias à sua vontade, não consegue subtrair a coisa da esfera de definitiva vigilância de seu proprietário ou possuidor’ (STF — RE — rel. Néri da Silveira, RTJ 100/794)” (Ap. Criminal n. 31.536, Balneário Camboriú, rel. Des. Jorge Mussi, DJE 9/9/1994, pág. 11).

Ressalte-se, ainda, mesmo que produto de aferição por ótica reconhecivelmente flexível, no caso específico dos autos, a ocorrência de um único crime de roubo em relação aos apelados, haja vista que, na conduta do “quinto assaltante”, não identificado, que atirou num policial que estava passando pelo local (antes da chegada da polícia e casuisticamente), levando um carro, encontrado, horas depois, abandonado em Santa Cecília, não se identifica liame subjetivo com a conduta dos demais. Se tivesse sido identificado, deveria ter respondido sozinho, em tese, pela prática do crime de lesões corporais graves (CP,

art. 129, § 1º), contra o policial militar Marcílio Arthur Vieira, e roubo qualificado pelo emprego de arma (CP, art. 157, § 2º, inc. I), contra a vítima Antônio Marcos Cavilla.

2. Improcede a irresignação do Ministério Público quando pretende a condenação dos réus pela prática do crime de porte ilegal de arma de fogo, em concurso material com o crime de roubo qualificado pelo emprego de arma e concurso de agentes.

As armas apreendidas com os apelados foram somente as utilizadas no crime de roubo e serviram para circunstanciá-lo, devendo ser aplicado o princípio da consunção — major absorbet minorem, ou seja, o crime mais grave absorve o menos grave.

Julio Fabbrini Mirabete fala sobre a matéria:

“O emprego de arma, que denota não só maior periculosidade do agente, como uma ameaça maior à incolumidade da vítima, qualifica o roubo. Arma é todo instrumento normalmente destinado ao ataque ou defesa (arma própria) como qualquer outro a ser empregado nessas circunstâncias (arma imprópria). (...) Havendo concurso de pessoas, basta que um dos agentes utilize a arma, circunstância objetiva, para que a qualificadora se estenda a todos os demais. É sempre necessário, porém, que a arma seja empregada, com seu porte ostensivo e intimidador, não bastando que o agente a porte consigo. O roubo qualificado com emprego de arma de fogo absorve o crime previsto no art. 10 da Lei n. 9.437 de 20/2/97, e das demais a contravenção prevista no art. 19 da LCP” (Código Penal Interpretado, SP, Atlas, 1999, pág. 981).

Logo, não há de se reconhecer o concurso material, até mesmo porque os réus já estão sendo responsabilizados pelo emprego de arma e uma eventual condenação pelo mesmo motivo implicaria em bis in idem.

Nesse sentido:

“Roubo qualificado — Emprego de arma — Absolvição do acusado pelo crime de porte descrito no art. 10 da Lei n. 9.437/97 — Obrigatoriedade, sob pena de configurar bis in idem.

“Estando o roubo já qualificado pelo uso de arma de fogo, correta é a absolvição pelo crime de porte descrito no art. 10 da Lei n. 9.437/97, pois entendimento contrário configuraria bis in idem” (RT 771/595).

E, desta Segunda Câmara Criminal:

“Porte ilegal de arma de fogo — Instrumento usado para a perpetração dos roubos — Fato que circunstancia os crimes contra o patrimônio — Absorção acertada — Descabimento da condenação no ilícito insculpido na Lei n. 9.437/97, sob pena de incorrer-se em bis in idem — Apelo ministerial não provido” (Ap. Crim. n. 00.002507-0, de Itajaí, rel. Des. Jorge Mussi, j. 23/5/2000).

Portanto, os apelados não podem ser condenados nas penas do crime do art. 10 da Lei n. 9.437/97.

3. Resta verificar a ocorrência do crime de seqüestro e cárcere privado, no que se refere aos 11 (onze) funcionários da Joalheria Irmãos Pamplona Ltda. (Siegmund Knasel, Olga Peters Kletenberg, Rita de Cássia Lenzi Claudino dos Santos, Clarice Wvessler Nehring, Márcia Buscher-moehle, Charles Raul Knasel, João

Pascoal Grott, Rolf Knasel, Ivo Martins Ferreira, Iraci Knop e Jaime Schmitz), e à menor Camila Schmitz, privados de sua liberdade e ameaçados pelos apelados por mais de 5 (cinco) horas.

Leia-se no depoimento de Olga Peters Kletenberg que “a todo momento os assaltantes portavam as armas nas mãos, ameaçando os reféns continuamente” (fl. 37).

Da mesma forma, segundo João Pascoal Grott, “quase em todos os momentos ficaram sob mira de armas e ameaças de morte” (fl. 40).

Magalhães Noronha, manifestando-se acerca do delito de seqüestro e cárcere privado (art. 148 do CP), entende que o “elemento material do delito é o seqüestro ou cárcere privado. São os modos por que se efetiva a supressão ou a restrição da liberdade do indivíduo. (...) Os meios empregados podem ser os mais diversos: violência física, moral ou fraude. Mesmo por omissão pode caracterizar-se o crime em tela (...) Não deixa de haver o delito quando não se dá a deductio de loco ad locum, pois a ofensa ao direito de locomoção pode verificar-se também per obsidionem (retendo-se a pessoa onde ela se encontra)”, referindo-se o elemento subjetivo ao “dolo, ou seja, à vontade livre e consciente de privar alguém de sua liberdade de locomoção. Desnecessário qualquer objetivo ou escopo particular; não requer o crime dolo específico” e se consuma o delito “com a restrição da liberdade da pessoa, iniciada que seja. É ele permanente, protraindo-se sua consumação por vontade do agente. Pode conseqüentemente ela cessar, restituindo-se a vítima à liber-

dade, o que, como é óbvio, não fará desaparecer o delito” (Direito Penal, 27ª ed., SP, Saraiva, 1995, vol. 2, pág. 162).

Assim, pelos fundamentos invocados neste acórdão devem ser condenados, por infração ao art. 157, § 2º, incs. I e II, c/c art. 14, inc. II, e art. 148, caput, c/c art. 70 (12 vezes), na forma do art. 69, todos do Código Penal.

4. Passa-se à aplicação da reprimenda, salientando-se que “o Tribunal, ao rever a dosagem da pena, não fica vinculado aos critérios adotados pelo juiz” (Ap. Crim. n. 99.017800-5, da Capital, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 7/12/99).

Atendendo ao que dispõe o art. 59 do Código Penal, vê-se que todos os apelados possuem antecedentes maculados, especialmente em crimes contra o patrimônio — Natalino Messias Martins da Costa (fls. 353/355), Antônio João da Cruz (fls. 329 e 356/357), Luiz Frasão Correia (fls. 176, 301/302, 310 e 331) e Odilton Castelo Antunes (fls. 332 e 334). Sobre suas condutas sociais nos diversos papéis que desempenham, nada se coletou. Demonstraram possuir personalidade distorcida. A culpabilidade foi intensa, já que tinham plena consciência da reprovabilidade de sua conduta. Os motivos são reprováveis, porquanto fundados na busca do lucro fácil e desrespeito à dignidade das vítimas, colhidas em seu local de trabalho. As circunstâncias e conseqüências foram graves em relação à espécie, pois o meio de execução provocou fundado receio e temor, excedendo, assim, a mera privação de liberdade.

Crime de tentativa de roubo qualificado pelo uso de arma e concurso de agentes:

— Natalino Messias Martins da Costa: fixa-se a pena-base no mínimo legal, em face da ausência de reclamo ministerial neste sentido, apesar da liberdade concedida ao Tribunal na revisão da pena, ou seja, 4 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa. Ausentes circunstâncias agravantes (CP, art. 61), reconhece-se a atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, d), deixando de sopesá-la diante da impossibilidade de ultrapassar o limite mínimo legal (STJ, Súmula 231).

Na terceira fase, atuam em desfavor do acusado as causas de especial aumento de pena previstas no § 2º, I e II, do art. 157, do CP (emprego de arma e concurso de pessoas), o que autoriza a aumentar a reprimenda nesta fase em 2/5 (dois quintos) (quando houver uma única qualificadora, o aumento sobre a pena-base será de um terço; quando forem três, de metade; e quando forem duas, de dois quintos, ou seja, entre o mínimo e o máximo estipulado — TACrimSP, RJDTCrim 17/128 e 137, 24/314).

Sabe-se que as circunstâncias especiais do § 2º do art. 157 do Código Penal, aplicadas ao roubo na sua forma simples, devem merecer a incidência na elasticidade exposta no próprio dispositivo, isto é, majoração de um terço até a metade, devendo ficar a critério do magistrado, caso verificadas questões que traduzam maior temibilidade dos agentes (como o seu número, uso de armas de potencialidade ofensiva maior, dentre outras cir-

constâncias), e isso, como no caso concreto, justifica acréscimo maior.

Sobre o assunto, colhe-se a lição de Julio Fabbrini Mirabete:

“Havendo duas ou mais qualificadoras, após a fixação da pena-base do crime de roubo simples, o juiz deve considerá-las para o aumento de pena, entre um terço e metade, uma vez que não podem ser tratados igualmente roubos com mais de uma qualificadora” (Código Penal Interpretado, SP, Atlas, 1999, pág. 991).

A jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça, em duas oportunidades, já decidiu (embora nos precedentes faça referência a roubo “qualificado”, vale a regra ali inserta):

“Pena. Dosimetria. Presença de três qualificadoras. Aumento da pena de metade. Manutenção.

‘Em sede de roubo, quando houver uma única qualificadora, o aumento sobre a pena-base será de 1/3, quando forem três, será de metade e, quando ocorrerem duas, o aumento deverá ficar entre o mínimo e o máximo estipulado, ou seja, 2/5’ — TJSP — RT 734/673” (Ap. Crim. n. 99.018665-2, de Ponte Serrada, rel. Des. Maurílio Moreira Leite, j. 7/12/1999).

Ainda:

“(...) Pena-base fixada com critério — Presença, no entanto, de três qualificadoras do roubo — Circunstância que justifica o aumento da pena no quantum máximo cominado, 1/2 (metade)” (...) Recurso ministerial parcialmente provido” (Ap. Crim. n. 98.009146-2, de Itajaí, Rel. Des. Alberto Costa, j. 23/11/1999).

De outros pretórios:

“Pena — Roubo qualificado — Aumento da reprimenda em metade — Hipótese.

“Em se tratando de crime de roubo, o aumento da reprimenda em metade, decorrente de qualificadoras, tem cabimento para os casos em que haja elevado número de parceiros e emprego de armas de grande potencial ofensivo, como nos assaltos a bancos, em que se verifica extremo perigo a pessoas” (RJDTACrim 25/300).

É certo que a moderna técnica de dosimetria da pena determina que, havendo concurso de causas especiais de aumento, aplica-se uma delas como tal e a outra como agravante, se compatível com alguma das previstas nos arts. 61 e 62 do Código Penal.

Acontece que referida hipótese não é aplicável no caso em tela, tendo em vista que nenhuma das duas causas especiais de aumento ventiladas consta no rol dos arts. 61 ou 62 do Estatuto Penal.

Ora, concorrendo várias causas especiais de aumento no crime de roubo, pode a autoridade judiciária usar uma como qualificadora, se recepcionada no rol das agravantes, e outra como circunstância judicial (art. 59 do CP), ou mesmo mencionar a multiplicidade das majorantes para fundamentar a opção da alíquota máxima (metade).

Seguindo essa linha de raciocínio, colhe-se entendimento desta Casa:

“Havendo concurso de causas de especial aumento, aplica-se somente uma delas como tal para fixação da pena na terceira fase e a outra poderá servir como agravante, se compatível e recepcionada em algu-

ma das hipóteses previstas nos artigos 61 e 62 do CP; caso negativo, poderá ser incluída nas 'circunstâncias' previstas no art. 59 do CP; em qualquer destes casos não poderá ser também utilizada na terceira fase em conjunto com aquela outra, a não ser que não tivesse sido utilizada anteriormente" (Rev. Crim. n. 99.003831-9, de Blumenau, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Portanto, nesta fase, considerando o aumento de 2/5 (dois quintos) sobre o quantum anteriormente fixado (4 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa), tem-se a pena de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, e pagamento de 14 (quatorze) dias-multa.

Considerando que o crime deu-se na forma tentada e a ação da polícia impediu até mesmo a saída dos meliantes da joalheria, não obstante a rendição das vítimas por mais de 5 (cinco) horas, diminui-se a pena em 1/2 (metade), perfazendo para o crime de roubo qualificado tentado a pena de 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, e pagamento de 7 (sete) dias-multa.

— Antônio João da Cruz: fixa-se a pena-base no mínimo legal, em face da ausência de reclamo ministerial nesse sentido, apesar da liberdade concedida ao Tribunal na revisão da pena, ou seja, 4 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa. Ausentes circunstâncias agravantes (CP, art. 61), reconhece-se a atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, d), deixando de sopesá-la diante da impossibilidade de ultrapassar o limite mínimo legal (STJ, Súmula 231).

Na terceira fase, atuam em desfavor do acusado as causas de especial aumento de pena previstas no § 2º, I e II, do art. 157, do CP (emprego de arma e concurso de pessoas), o que autoriza a aumentar a pena em 2/5 (dois quintos).

Portanto, nesta fase, considerando o aumento de 2/5 (dois quintos) sobre o quantum anteriormente fixado (4 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa), tem-se a pena de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, e pagamento de 14 (quatorze) dias-multa.

Como o crime deu-se na forma tentada e a ação da polícia impediu até mesmo a saída dos meliantes da joalheria, não obstante a rendição das vítimas por mais de 5 (cinco) horas, diminui-se a pena em 1/2 (metade), perfazendo para o crime de roubo qualificado tentado a pena de 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, e pagamento de 7 (sete) dias-multa.

— Luiz Frasão Correia: fixa-se a pena-base no mínimo legal, em face da ausência de reclamo ministerial nesse sentido, apesar da liberdade concedida ao Tribunal na revisão da pena, ou seja, 4 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa. Ausentes circunstâncias agravantes (CP, art. 61), reconhece-se a atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, d), deixando de sopesá-la diante da impossibilidade de ultrapassar o limite mínimo legal (STJ, Súmula 231).

Na terceira fase, atuam em desfavor do acusado as causas de especial aumento de pena previstas no § 2º, I e II, do art. 157, do CP (empre-

go de arma e concurso de pessoas), o que autoriza a aumentar a pena em 2/5 (dois quintos).

Portanto, nesta fase, considerando o aumento de 2/5 (dois quintos) sobre o quantum anteriormente fixado (4 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa), tem-se a pena de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, e pagamento de 14 (quatorze) dias-multa.

Como o crime deu-se na forma tentada e a ação da polícia impediu até mesmo a saída dos meliantes da joalheria, não obstante a rendição das vítimas por mais de 5 (cinco) horas, diminui-se a pena em 1/2 (metade), perfazendo para o crime de roubo qualificado tentado a pena de 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, e pagamento de 7 (sete) dias-multa.

— Odilton Castelo Antunes: fixa-se a pena-base no mínimo legal, em face da ausência de reclamo ministerial nesse sentido, apesar da liberdade concedida ao Tribunal na revisão da pena, ou seja, 4 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa. Ausentes circunstâncias agravantes (CP, art. 61), reconhece-se a atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, d), deixando de sopesá-la diante da impossibilidade de ultrapassar o limite mínimo legal (STJ, Súmula 231).

Na terceira fase, atuam em desfavor do acusado as causas de especial aumento de pena previstas no § 2º, I e II, do art. 157, do CP (emprego de arma e concurso de pessoas), o que autoriza a aumentar a pena em 2/5 (dois quintos).

Portanto, nesta fase, considerando o aumento de 2/5 (dois quintos) sobre o quantum anteriormente fixado (4 anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa), tem-se a pena de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, e pagamento de 14 (quatorze) dias-multa.

Como o crime deu-se na forma tentada e a ação da polícia impediu até mesmo a saída dos meliantes da joalheria, não obstante a rendição das vítimas por mais de 5 (cinco) horas, diminui-se a pena em 1/2 (metade), perfazendo para o crime de roubo qualificado tentado, a pena de 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, e pagamento de 7 (sete) dias-multa.

Crime de cárcere privado em concurso formal:

— Natalino Messias Martins da Costa: considerando as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, já analisadas, fixa-se a pena-base no mínimo legal, em face da ausência de reclamo ministerial nesse sentido, apesar da liberdade concedida ao Tribunal na revisão da pena, ou seja, 1 (um) ano de reclusão. Ausentes circunstâncias agravantes (CP, art. 61), reconhece-se a atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, d), deixando de sopesá-la diante da impossibilidade de ultrapassar o limite mínimo legal (STJ, Súmula 231). Não há causas de especial aumento ou diminuição, mas 12 (doze) foram os crimes de cárcere privado, considerando o número de pessoas que estiveram privadas de sua liberdade pelos apelados, razão pela qual incide o aumento de 2/3 (dois terços) sobre a pena anteriormente fixada (1 ano), perfazendo, ao

final, 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão.

— Antônio João da Cruz: considerando as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, já analisadas, fixa-se a pena-base no mínimo legal, em face da ausência de reclamo ministerial nesse sentido, apesar da liberdade concedida ao Tribunal na revisão da pena, ou seja, 1 (um) ano de reclusão. Ausentes circunstâncias agravantes (CP, art. 61), reconhece-se a atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, d), deixando de sopesá-la diante da impossibilidade de ultrapassar o limite mínimo legal (STJ, Súmula 231). Não há causas de especial aumento ou diminuição, mas 12 (doze) foram os crimes de cárcere privado, considerando o número de pessoas que estiveram privadas de sua liberdade pelos apelados, razão pela qual incide o aumento de 2/3 (dois terços) sobre a pena anteriormente fixada (1 ano), perfazendo, ao final, 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão.

— Luiz Frasão Correia: considerando as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, já analisadas, fixa-se a pena-base no mínimo legal, em face da ausência de reclamo ministerial nesse sentido, apesar da liberdade concedida ao Tribunal na revisão da pena, ou seja, 1 (um) ano de reclusão. Ausentes circunstâncias agravantes (CP, art. 61), reconhece-se a atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, d), deixando de sopesá-la diante da impossibilidade de ultrapassar o limite mínimo legal (STJ, Súmula 231). Não há causas de especial aumento ou diminuição, mas 12 (doze) foram os crimes de cárcere privado, considerando o número de

pessoas que estiveram privadas de sua liberdade pelos apelados, razão pela qual incide o aumento de 2/3 (dois terços) sobre a pena anteriormente fixada (1 ano), perfazendo, ao final, 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão.

— Odilton Castelo Antunes: considerando as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, já analisadas, fixa-se a pena-base no mínimo legal, em face da ausência de reclamo ministerial nesse sentido, apesar da liberdade concedida ao Tribunal na revisão da pena, ou seja, 1 (um) ano de reclusão. Ausentes circunstâncias agravantes (CP, art. 61), reconhece-se a atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, d), deixando de sopesá-la diante da impossibilidade de ultrapassar o limite mínimo legal (STJ, Súmula 231). Não há causas de especial aumento ou diminuição, mas 12 (doze) foram os crimes de cárcere privado, considerando o número de pessoas que estiveram privadas de sua liberdade pelos apelados, razão pela qual incide o aumento de 2/3 (dois terços) sobre a pena anteriormente fixada (1 ano), perfazendo, ao final, 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão.

Concurso material:

Como os crimes foram praticados na forma do art. 69 do Código Penal, as penas devem ser somadas, totalizando, individualmente, 4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, e pagamento de 7 (sete) dias-multa, no valor mínimo legal.

5. Por outro lado, verifica-se que a sentença condenatória, apesar de fixar pena privativa de liberdade in-

ferior a 4 (quatro) anos e não serem os réus reincidentes, mas portadores de maus antecedentes, reconhecidos na primeira fase da dosimetria, fixou regime semi-aberto para o início do cumprimento.

Ora, sabe-se que o regime inicial depende de dois fatores diferentes e fundamentais: a) da quantidade da pena aplicada (art. 33, § 2º, alíneas a, b, e c, do CP) e b) das condições pessoais do condenado (art. 33, § 3º, e 59, do CP). Tais critérios são conjuntamente analisados e indicadores do estabelecimento do regime inicial.

Ou seja, “o estabelecimento do regime prisional não constitui simples decorrência da quantidade da pena imposta, reclamando, igualmente, o sopesamento dos fatores mencionados no art. 59 do Código Penal, dentre os quais figura a personalidade do agente” (JTJ 188/315).

Não se olvida que, na hipótese dos autos, em face do emprego da expressão “poderá”, na citada alínea c do art. 33 (regime aberto), a situação constitui faculdade do magistrado, o qual deve basear-se não só no quantum da pena, como também nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP.

Já se decidiu:

“O art. 33 do CP, ao cuidar, em seu § 3º, da determinação do regime inicial do cumprimento da pena, faz remissão à observância dos critérios previstos no art. 59 do CP, o qual, ao tratar da aplicação da pena e ao referir-se à escolha do regime inicial do cumprimento desta, determina a consideração, entre outras coisas, dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente, orientação que vem corroborada pelo dis-

posto no art. 110 da LEP, que manda seja observado o disposto no art. 33 e seus parágrafos do CP” (JUTACrim 93/311).

Muito embora seja pacífico o entendimento jurisprudencial de que é possível, em face do disposto no art. 59, inc. III, do CP, a fixação de regime inicial mais severo do que o estipulado pelo art. 33 do mesmo estatuto, tal decisão há de ser fundamentada, com indicação dos motivos de fato e de direito nos quais o juiz se apoiou.

No caso em tela, a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP não demonstra a possibilidade de fixar regime inicial semi-aberto, dada a prática reiterada de crimes, inclusive quanto ao patrimônio, circunstância que depõe contra a personalidade dos agentes.

Assim, considerando-se o quantum da pena imposta, bem como a necessidade de aplicar-se um regime prisional adequado em face dos antecedentes dos apelados, torna-se inevitável a fixação do regime fechado para início de cumprimento da pena.

6. Diante do exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento parcial, para reformar a sentença, condenando Natalino Messias Martins da Costa, Antônio João da Cruz, Luiz Frasso Correia e Odilton Castelo Antunes às penas de cumprimento de 4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 7 (sete) dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, incs. I e II, c/c art. 14, inc. II, e art. 148, caput, c/c art. 70 (12 vezes), na forma do art. 69, todos do Código Penal.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakis.

Florianópolis, 20 de março de 2001.

Alberto Costa,
Presidente com voto;
Irineu João da Silva,
Relator.

CONFLITO DE JURISDIÇÃO

CONFLITO DE JURISDIÇÃO N. 01.007476-1, DE IÇARA

Relator: Des. Amaral e Silva

Execução penal — Réu que cumpre pena em comarca diversa da qual foi condenado — Conflito negativo de jurisdição — Julgamento dos incidentes da execução — Competência do juízo da comarca onde a pena está sendo cumprida — Precedentes jurisprudenciais.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição n. 01.007476-1, da comarca de Içara, em que é suscitante a Dra. Juíza de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Criciúma, sendo suscitado o Dr. Juiz de Direito da comarca de Içara:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, declarar competente para processar e

julgar o feito o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Criciúma.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pela Dra. Juíza de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Criciúma, objetivando ver declarado competente o Juízo de Direito da comarca de Içara para processar e jul-

gar os atos de execução da pena em favor de Fábio Luiz Cândido.

Alega a suscitante, em síntese, que por não existir vara de execuções penais na comarca de Criciúma e por estar o sentenciado cumprindo a pena provisoriamente, o juízo competente para processar e decidir os incidentes da execução penal seria o da condenação.

Também, em resumo, disse o suscitado que o ingresso do condenado na prisão de Criciúma modificou a competência para análise dos incidentes da execução.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento do conflito, declarando competente o juízo suscitante.

II — Voto

1 — Não obstante tenha sido condenado pela comarca de Içara, o sentenciado encontra-se cumprindo a reprimenda sob a jurisdição da comarca de Criciúma, fato que torna esta última competente para solucionar os incidentes de execução da pena.

Julio Fabbrini Mirabete ensina:

“O juiz, ao determinar a remoção para outra unidade da Federação, está declinando de sua competência para execução penal, o que eventualmente também pode ocorrer no caso de decidir pelo cumprimento da pena em outra comarca da mesma unidade federativa. Estabelecida a remoção passará a ser competente para a execução o Juiz encarregado da execução na comarca ou Estado para o qual foi o juiz transferido” (Execução Penal, 9ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, pág. 204).

Nesse sentido o entendimento desta Corte:

“Conflito negativo de competência — Incidente de execução — Competência do juízo suscitante.

“A competência para conhecer de incidente na execução da pena é do juízo onde o apenado a cumpre” (Conflito de Jurisdição n. 00.016536-0, de Criciúma, rel. Des. Genésio Nolli).

“Competência — Execução penal — Incidente de execução — Competência do juízo suscitado onde o apenado cumpre a pena — Inaplicabilidade do art. 65 da LEP.

“Em havendo transferência do condenado do juízo da condenação para outra jurisdição, há imediato reflexo na competência. A administração da execução da pena e a solução dos respectivos incidentes, inclusive mudança de regime, compete ao juízo de onde se encontre transferido” (STJ — CC n. 8397/BA — j. 1º/12/94 — rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro — DJU 3/4/95)” (Conflito de Jurisdição n. 00.010479-5, de Tubarão, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

“Conflito negativo de jurisdição — Pedido de progressão de regime — Incidente de execução penal — Réu transferido para comarca diversa da em que foi condenado — Competência do juízo do local onde o sentenciado cumpre pena para apreciar o pretendido, no caso, do juízo suscitado — Precedentes — Conflito julgado precedente” (Conflito de Jurisdição n. 00.001186-0, de Criciúma, rel. Des. Jorge Mussi).

“Conflito positivo de jurisdição — Incidente de execução de pena — Competência do juízo do local onde o sentenciado cumpre a pena irrogada

— Recurso desprovido, declarando-se competente o juízo de direito suscitado” (Conflito de Jurisdição n. 99.011531-3, de Ibirama, rel. Des. Alberto Costa).

Ademais, o simples fato de a comarca de Criciúma não dispor de vara privativa de execuções penais, por si só, não afasta a competência para o processar os processos de execução penal, até porque, o art. 252 do Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça (CNCGJ) dispõe expressamente:

“Art. 252. Os requerimentos de unificação de penas, mudança de regime de cumprimento de pena e livramento condicional e providências afins, devem ser decididos com a maior brevidade possível visando celeridade do feito”.

Por outro lado, o Juízo da comarca de Içara, não obstante seja o da condenação, está alheio ao que acontece no local do cumprimento da decisão, sendo mais coerente a análise dos incidentes da execução pelo

juízo do local onde o sentenciado cumpre a pena, ou seja, a comarca de Criciúma.

2 — Pelo exposto, declaro competente para processar e julgar os incidentes da execução o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Criciúma.

III — Decisão

Acompanharam o voto do Relator. Declararam competente para processar e julgar os incidentes da execução o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Criciúma.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nollí e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 5 de junho de 2001.

Amaral e Silva,
Presidente e Relator.

MANDADO DE SEGURANÇA

MANDADO DE SEGURANÇA N. 01.000135-2, DE CANOINHAS

Relator: Des. Irineu João da Silva

Mandado segurança — Quebra de sigilo bancário — Inquérito policial — Fatos investigados que, em tese, configuram crimes contra a ordem tributária — Dívida fundada — Ausência de direito

líquido e certo — Ordem denegada.

Havendo fundadas suspeitas de prática de sonegação fiscal e presentes indícios de autoria e materialidade, é possível a ordem judicial de quebra do sigilo bancário.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 01.000135-2, da comarca de Canoinhas, em é impetrante Cisframa — Comércio e Indústria de Madeiras São Francisco Ltda., sendo impetrado o Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara da comarca de Canoinhas:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, denegar a segurança.

Custas na forma da lei.

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Cisframa — Comércio e Indústria de Madeiras São Francisco Ltda., contra decisão do Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara da comarca de Canoinhas que, no curso de inquérito policial instaurado para apuração de crimes de sonegação fiscal e contra a ordem tributária, deferiu medida de quebra de sigilo bancário da impetrante (pessoa jurídica) e de um de seus sócios (indiciado).

Alega, em síntese que, por se tratar de desdobrimento da privacidade do indivíduo, protegida constitucionalmente, o sigilo bancário é direito de personalidade que só pode ser mitigado nas hipóteses restritas enumeradas na Lei n. 4.595/64. Diz que tais requisitos não estão configurados na espécie e que o ato combatido fere o princípio da proporcionalidade, porque as cambiais descontadas pelos sócios poderiam ser notas promissórias

e não duplicatas emitidas pela impetrante. Aduz, também, que não há provas sobre eventual “controle paralelo de vendas”, objeto das investigações fiscal e policial. Por fim, pleiteia a concessão da liminar, apontando, como periculum in mora, a invasão à sua privacidade e o prejuízo aos seus negócios naquela Comarca.

A liminar foi indeferida (fls. 241/244).

Prestadas as informações pelo Magistrado de primeira instância, os autos foram remetidos à douta Procuradoria-Geral de Justiça que, em parecer da lavra do Dr. Luiz Fernando Sirydakís, manifestou-se pela denegação da segurança.

É o relatório.

1. Inicialmente, no que tange à legitimidade, vale destacar a da ora impetrante, condição da ação que foi bem analisada na decisão que indeferiu a liminar pleiteada, in verbis:

“Preliminarmente, cumpre destacar que, embora a impetrante — pessoa jurídica — busque suspender o ato judicial autorizador da quebra do sigilo de suas contas bancárias e de outrem (sócio José Ricardo Fuck), defendendo, assim, em nome próprio, direito seu e de terceiro, a norma legal concernente não obsta que este também seja objeto do presente mandamus, conquanto não exista, a rigor, legitimidade ativa ad causam.

“Isto porque o art. 3 da Lei n. 1.533/51 é claro:

‘Art. 3º. O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro, poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, em prazo razoável, apesar de para isso notificado judicialmente’ (fl. 241).

2. Ultrapassada a preliminar, verifica-se que, no mérito, razão não cabe aos impetrantes.

Por primeiro, importa destacar que o direito à privacidade e intimidade são líquidos e certos, eis que amparados por texto constitucional claro e expresso (art. 5º, inc. X). No entanto, vale lembrar que nenhum direito é absoluto, nem mesmo a vida, que é bem jurídico indispensável para o exercício dos demais direitos, pois a Carta Constitucional, neste caso, prevê exceção, consubstanciada em razão de guerra provocada por agressão estrangeira (art. 5º, XLVII, a c/c art. 84, XIX).

Por não serem absolutas, na hipótese vertente, o ordenamento pátrio admite que tanto a privacidade quanto a intimidade do indivíduo sejam mitigadas pela quebra do sigilo bancário, desde que, obviamente, preenchidos determinados requisitos. Aliás, a própria impetrante apontou os pressupostos necessários para a decretação da medida: inquérito policial instaurado, indícios de autoria e relação de pertinência (fl. 14).

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou:

“Inquérito — Agravo regimental — Sigilo bancário — Quebra — Afronta ao artigo 5º, X e XII, da CF — Inexistência — Investigação criminal — Contraditório — Não prevalece — I. A

quebra do sigilo bancário não afronta o artigo 5º, X e XII, da Constituição Federal (Precedente: PET. 577). II. O princípio do contraditório não prevalece na fase inquisitória (HHCC ns. 55.447 e 69.372; RE n. 136.239, inter alia)” (STF — AGRINQ n. 897—DF — T.P. — rel. Min. Francisco Rezek — DJU 24/3/1995).

E, também:

“Mandado de segurança denegado — Recurso ordinário — Sigilo bancário — Quebra — Lei n. 4.595/64, art. 38, e CF, art. 5º, X — O Superior Tribunal Militar denegou mandado de segurança impetrado contra decisão que deferiu a quebra do sigilo bancário dos ora recorrentes, porquanto reconheceu, a partir de informações providenciadas pela Comissão de Inquérito, que existem dados que, nas circunstâncias descritas, precisam ser apurados, sendo manifesto o interesse da Comissão de Inquérito em sua obtenção como providência essencial à satisfação das finalidades inderrogáveis da investigação penal. Esta Corte tem admitido a quebra do sigilo bancário quando há interesse público relevante, como o da investigação criminal fundada em suspeita razoável de infração penal. Recurso improvido”. (STF — RMS n. 23.002—RJ — 1ª T. — rel. Min. Ilmar Galvão — DJU 27/11/1998 — pág. 33).

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça não destoa:

“Recurso ordinário em mandado de segurança — Sigilo bancário — Quebra — A proteção ao sigilo bancário não consubstancia direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior. De-

ção judicial, amparada em indícios de autoria do delito, determinando a quebra do sigilo bancário requisitada pela autoridade policial, não afronta o art. 5º, X, XII, LV, da Constituição Federal. Precedentes. Recurso desprovido” (STJ — ROMS n. 9.176—MG — 5ª T. — rel. Min. Felix Fischer — DJU 29/6/1998 — pág. 242).

Colhe-se dos julgados desta Corte:

“Sigilo bancário — Quebra — Suspeita de sonegação fiscal. Havendo fundadas suspeitas de prática de sonegação fiscal, compete ao Poder Judiciário ordenar a quebra do sigilo bancário” (MS n. 8.812, de Taió, rel. Des. Eder Graf, j. 30/5/95).

Aliás, recentemente, ratificando o entendimento jurisprudencial que já existia, o Presidente da República sancionou lei complementar oriunda do Congresso Nacional que prevê, expressamente, a possibilidade de quebra de sigilo, no inquérito policial ou na fase judicial, para apuração de ocorrência de ilícito, especialmente no tocante aos crimes contra a ordem tributária ou previdência social (art. 1º, § 4º, VII, da Lei Complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001).

Como se vê, há possibilidade jurídica de quebra do sigilo bancário, ordenado por autoridade judicial, quando presente interesse público consubstanciado, por exemplo, em indícios de autoria de crimes contra a ordem tributária.

Não há, portanto, óbice legal quanto à espécie de medida ora combatida, cingindo-se o *meritum causae* do presente mandado de segurança apenas à verificação, nos limites da cognição característica desta via, da

existência, in casu, dos requisitos necessários à decretação da quebra do sigilo.

Destaque-se, de pronto, que, por sua celeridade e excepcionalidade, o mandado de segurança se presta, apenas, para “proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público” (art. 5º, LXIX, da CRFB/88).

Sobre o conceito de direito líquido e certo, ao atualizar a magistral obra de Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald esclarece:

“A atual expressão direito líquido e certo substitui a precedente, da legislação criadora do mandado de segurança, direito certo e incontestável. Ambas são impróprias e de significação equívoca (...) O direito, quando existente, é sempre líquido e certo; os fatos é que podem ser imprecisos e incertos, exigindo comprovação e esclarecimentos para propiciar a aplicação do Direito invocado pelo postulante” (Mandado de Segurança, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, 20 ed., SP, Malheiros, 1998, pág. 34).

Na espécie, diante da prova documental trazida pela impetrante, cópia do inquérito policial em curso, cuja natureza — procedimento administrativo para apuração de delito — não indica a veracidade dos fatos investigados (será apreciada posteriormente, na ação penal), tem-se que há certeza, apenas, da existência do referido procedimento. Não postos ao crivo do contraditório, as provas até então co-

lhidas não formam juízos de certeza, mas apenas probabilidade; indícios e suspeitas que podem, ou não, ser confirmados no curso do processo criminal superveniente.

Contudo, ainda que observadas essas peculiaridades, os documentos juntados com a inicial indicam que a Gerência Regional da Secretaria da Fazenda constatou a existência de irregularidades nos procedimentos realizados pela impetrante, afirmando que esta, pessoa jurídica, realizava vendas sem a cobertura do documento fiscal necessário e que o pagamento era realizado mediante desconto de notas promissórias diretamente na conta dos sócios, nos termos de contrato de prestação de serviços firmado com os estabelecimentos bancários (fls. 31/47). Desse modo, os sócios da empresa reduziam, ilegalmente, o valor do tributo devido, infringindo o disposto no art. 1º da Lei n. 8.137/90.

Na via administrativa, a impetrante alegou que algumas das cambiais decorreram de emissão irregular de triplicatas em razão de renegociação de dívidas com seus clientes. Aduziu que este procedimento visava à substituição de duplicatas correspondentes a débitos vencidos, não existindo circulação de mercadoria, mas apenas novação (fls. 67/81). Quanto aos valores depositados diretamente na conta de um dos sócios, a defesa argüiu que foram realizadas, tão-somente, operações de desconto relativas a créditos exclusivos do beneficiado, não relacionados à atividade da empresa, consistentes em notas promissórias e letras de câmbio. Asseverou, inclusive, que a autoridade fiscal não logrou comprovar que as cambiais eram duplicatas, originadas

de contrato de compra e venda mercantil ou de prestação de serviços (fls. 91/104).

As provas evidenciam que existia, de fato, contrato de prestação de serviços de cobrança firmado pelo estabelecimento bancário tanto com a pessoa jurídica, ora impetrante (fls. 206/209), quanto com o sócio Ricardo Fuck (fls. 200/205), também indiciado.

Instaurado o inquérito policial, ao apreciar o pedido da quebra de sigilo, formulado pela autoridade policial, o representante do Ministério Público em primeira instância ratificou o pleito, requerendo, também, que fosse ordenado ao gerente do estabelecimento bancário que indicasse a natureza dos títulos descontados.

De todo o exposto, verifica-se que, nos autos do inquérito policial, há forte controvérsia sobre a natureza e origem dos títulos creditados na conta do sócio da impetrante, que poderão ser esclarecidos pela quebra de sigilo determinada no Juízo a quo. Aliás, a própria medida decretada poderá ir em auxílio da impetrante, posto que, se verídicos os fatos alegados na via administrativa, eles serão confirmados pelas informações que deverão ser prestadas. Além disso, não há, nestes autos, a prova pré-constituída que permita afastar, de plano, o fato delituoso imputado. Logo, não há direito líquido e certo hábil a justificar a concessão da segurança, porque existem indícios de autoria e materialidade suficientes a ensejar a investigação que está sendo realizada, ainda que importe em intromissão na esfera privada e íntima dos investigados.

Por fim, conforme já salientado no despacho que negou a liminar:

“O § 1º art. 38 da Lei n. 4.595/64 é claro ao determinar que ‘as informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma’. Não se demonstrou de plano, evidências que indiquem, sequer superficialmente, que as atividades comerciais da empresa possam sofrer abalos pelo fato de suas contas bancárias serem investigadas sob caráter sigiloso” (fl. 243).

Pondere-se, por fim, que, embora expressamente revogado o art. 38 da Lei n. 4.595/64 pelo art. 13 da

LC n. 105/01, o caráter sigiloso das informações bancárias prestadas é mantido, “mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide” (art. 3, in fine, LC n. 105/01).

3. Diante do exposto, denega-se a segurança.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydkis.

Florianópolis, 6 de março de 2001.

Alberto Costa

Presidente com voto;

Irineu João da Silva,

Relator.

RECURSO DE AGRAVO

RECURSO DE AGRAVO N. 00.003218-2, DE CURITIBANOS

Relator: Des. Alberto Costa

Recurso de agravo — Crime contra os costumes — Estupro — Delito equiparado aos crimes hediondos — Concessão de comutação de pena com fulcro no Decreto Presidencial n. 3.226/99 — Impossibilidade, por tratar-se a comutação de pena uma modalidade de indulto — Vedação contida na Lei n. 8.072/90 (art. 2º, I) e na Constituição Federal (art. 5º, XLIII) — Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n.

00.003218-2, da comarca de Curitiba, em que é recorrente a

Justiça, por seu Promotor, e recorrido Darci Rodrigues da Cruz:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso para cassar a comutação deferida.

Custas na forma da lei.

Trata-se de recurso de agravo interposto pelo representante do Ministério Público, com fulcro no artigo 197 da Lei n. 7.210/84, contra decisão da Dra. Juíza de Direito da Vara de Execuções Penais da comarca de Curitiba, que concedeu ao apenado Darci Rodrigues da Cruz, atualmente cumprindo pena privativa de liberdade pela prática do delito previsto no artigo 213, caput, c/c os artigos 224, letra a, e 226, inciso II, todos do Código Penal, a comutação da pena, com fundamento no artigo 2º, do Decreto Presidencial n. 3.226/99.

O recorrente afirma que o apenado não faz jus ao benefício concedido, ante o óbice previsto no disposto no artigo 7º, inciso I, do Decreto Presidencial acima aludido, pois restou condenado pela prática de crime equiparado aos hediondos, considerada, neste caso, a comutação de pena como uma forma de indulto, defesa, portanto, a sua concessão aos crimes in specie.

Oferecidas as contra-razões e mantida a decisão guerreada, os autos ascenderam a esta superior instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Valdir Vieira, pelo provimento do recurso.

É o relatório.

A comutação da pena, segundo Julio Fabbrini Mirabete, é uma modalidade de indulto, ao afirmar que "O indulto individual pode ser total (ou pleno), alcançando todas as sanções impostas ao condenado, ou parcial (ou restrito) com a redução ou substituição da sanção, caso em que toma o nome de comutação" (in Execução Penal: Comentários à Lei n. 7.210/84, 5ª ed. rev. e atual., São Paulo, Atlas, 1992, pág. 449).

Por outro vértice, o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, determina "a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça (grifei) ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos...".

No entanto, o termo graça equívale ao indulto — tanto individual quanto coletivo —, pois "O indulto é um ato de clemência do Poder Público em favor de um réu condenado ou de natureza coletiva quando abrange vários condenados que preenchem os requisitos exigidos. As disposições da LEP ajustam-se à orientação segundo a qual o instituto da graça foi absorvido pelo indulto, que pode ser individual ou coletivo" (ob. cit., pág. 448).

Ademais, o Decreto Presidencial n. 3.226/99 determina em seu artigo 7º, inciso I:

"Art. 7º — O indulto previsto neste Decreto não alcança os:

"I — condenados por crimes hediondos e pelos crimes de tortura, terrorismo e tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins;".

Destarte, a comutação da pena deferida ao recorrido não pode prevalecer, pois encontra vedação no artigo

7º, inciso I, do Decreto Presidencial acima aludido, nas disposições da Lei dos Crimes Hediondos (art. 2º, I, da Lei n. 8.072/90), e artigo 5º, inciso XLIII, da Carta Magna.

Sobre a matéria, esta egrégia Corte de Justiça decidiu:

“Recurso de agravo. Reedu-
cando condenado pela prática de cri-
me de tráfico ilícito de entorpecentes.
Comutação concedida com base no
Decreto Presidencial n. 3.226/99.
Instituto consistente em espécie de in-
dulto, cuja concessão é vedada por lei
dos crimes hediondos ou a eles equi-
parados (art. 2º, I, da Lei n. 8.072/90),
e também constitucionalmente (art.
5º, XLIII). Benefício cassado” (Recur-

so de Agravo n. 00.002069-9, da Capi-
tal, relator Des. Maurílio Moreira Lei-
te).

Pelo exposto, dá-se provimento
ao recurso para cassar a comutação
deferida.

Participaram do julgamento,
com votos vencedores, os Exmos.
Srs. Des. Álvaro Wandelli e Jorge
Mussi, e lavrou parecer, pela douta
Procuradoria-Geral de Justiça, o
Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 9 de maio de 2000.

Alberto Costa,
Presidente e Relator.

**JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

HABEAS CORPUS

HABEAS CORPUS N. 80.089 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Nelson Jobim

Paciente: Cláudia Valéria Bastos Fernandes

Impetrante: Fernando da Costa Tourinho Neto

Coator: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI do Narcotráfico)

Habeas corpus preventivo. Comissão Parlamentar de Inquérito. Convocação de juiz. Princípio da independência dos Poderes.

Convocação de juiz para depor em CPI da Câmara dos Deputados sobre decisão judicial caracteriza indevida ingerência de um Poder em outro.

Habeas deferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, deferir o pedido de habeas corpus.

Brasília, 21 de junho de 2000.

*Carlos Velloso,
Presidente;
Nelson Jobim,
Relator.*

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM (Relator): A paciente, Juíza de Direito, foi convocada pelo Senhor Deputado, Presidente da Comissão

Parlamentar de Inquérito, que investia o avanço e a impunidade do narcotráfico, para depor perante a referida Comissão (Ofício n. 1.475/2000 — PRES; fl. 7).

O motivo da convocação foi a revogação da prisão preventiva de Alexandre Campos de Farias e Carlos Coelho Macedo (Processo n. 2.51050000-1-0).

O Juiz Fernando da Costa Tourinho Neto, Presidente da Associação dos Juizes Federais do Brasil — Ajufe, impetrou este habeas corpus preventivo (fls. 2/5).

Alegou que a convocação da Juíza fere o princípio da independência dos Poderes.

Requeru salvo-conduto e deferimento do *habeas* (fl. 5).

Deferi liminar (fl. 19).

A PGR opina pelo deferimento do habeas (fl. 40).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM (Relator): A convocação da CPI visou a investigar a decisão judicial da paciente.

Leio nas informações do Senhor Deputado, Presidente da CPI:

“O que motivou a convocação da Juíza foi a curiosidade em saber por que ela não apresentou, aos dois indiciados por esta CPI, a intimação para que prestassem depoimento. Ambos estavam presos, preventivamente, por determinação da Juíza; a intimação foi a ela encaminhada e recebida antes da revogação do decreto de prisão preventiva; a Juíza os ouviu,

revogou a prisão — e devolveu o instrumento de intimação à CPI, sem apresentá-lo a Carlos e Alexandre...” (fls. 34/35).

Tal pretensão caracteriza indevida ingerência de um Poder em outro.

Disse na decisão liminar:

“As decisões judiciais só podem ser revistas pelos recursos processuais próprios.

“Leio, na doutrina:

‘(...)

‘Prevalece hoje a idéia, adotada em nosso sistema processual, de que qualquer vício da decisão judicial é sanável por intermédio de recurso, e consequentemente sujeita ao princípio do duplo grau, desde que observados os requisitos próprios de cada meio de impugnação’.

“A independência do exercício da jurisdição está protegida pela lei (Lei Complementar n. 35/79):

‘Art. 41. Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem, o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir’.

“O Tribunal já definiu o objetivo dessa regra:

“HC n. 71.049, Ilmar Galvão:

‘...Tal norma tutela (...) a independência funcional, enquanto garantia para o exercício da jurisdição...’.

“O Senado Federal enfrenta o tema em seu Regimento.

“Não admite Comissão Parlamentar de Inquérito para investigar matéria pertinente às atribuições do Poder Judiciário:

‘Art.146. Não se admitirá Comissão Parlamentar de Inquérito sobre matéria pertinente:

‘(...)

‘II — Às atribuições do Poder Judiciário;

‘(...)’.

“Essa regra meramente explicita o que já se encontra no sistema constitucional.

“É, por isso, aplicável à Câmara dos Deputados.

“A natureza jurisdicional do ato é evidente.

“O objetivo da convocação é ouvir a Paciente sobre sua decisão.

“Essa pretensão ofende o princípio constitucional da separação e independência dos Poderes.

“Há precedente.

“HC 79.441, Octavio Gallotti:

‘...O Tribunal, considerando que, no caso, busca-se investigar decisões judiciais do magistrado e não atos administrativos por ele praticados, deferiu o pedido para que não seja o paciente submetido à obrigação de prestar depoimento...’ (Informativo n. 172)” (fls. 18/19).

O que depois se passou não alterou os fundamentos da liminar.

Conheço do habeas e o defiro.

Torno definitiva a decisão liminar.

EXTRATO DA ATA

HC n. 80.089—RJ — Rel.: Min. Nelson Jobim. Pacte.: Cláudia Valéria Bastos Fernandes. Impte.: Fernando da Costa Tourinho Neto. Coator: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI do Narcotráfico).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, deferiu o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Senhor Ministro — Relator. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Moreira Alves e Celso de Mello.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília, 21 de junho de 2000.

Luiz Tomimatsu,
Coordenador.

**JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 324.903/SC (2000/0080095-3)

Relator: Ministro Vicente Leal

Agravante: Estado de Santa Catarina

Advogados: Sigrid Anja Reichert e outros

Agravado: Otavio Armando de Brito Neto

Advogado: Otávio Armando de Brito Neto (em causa própria)

DECISÃO

Vistos etc.

Busca o agravo de instrumento em exame desconstituir decisão obstativa cá transito a recurso especial interposto contra acórdão da eg. Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que, em sede de apelação e remessa oficial, manteve a sentença que julgou procedente ação ordinária de indenização proposta por servidor público aposentado em desfavor do Estado de Santa Catarina, objetivando a conversão em pecúnia dos valores correspondentes a licença-prêmio referente ao período de 1987 a 1992 não gozadas por necessidade de serviço.

No recurso especial, interposto com esteio nas alíneas a e c do permissivo constitucional, alega o Estado de Santa Catarina, além da ocorrência de divergência jurisprudencial, violação ao art. 6º, caput, da Lei de Introdução ao Código Civil, aos artigos 165, 458, II e III, 286, 459 e 460, 330, I, e 333, I, todos do Código de Processo Civil, bem como ao art. 159 do Código Civil Brasileiro.

Tenho que o presente agravo, tempestivo e devidamente instruído, não merece acolhimento.

Ressalte-se, por primeiro, que esta colenda Corte, em reiterados julgados, proclamou o entendimento de que a análise de violação ao art. 6º da LICC importa em estudo de matéria de

índole constitucional, pois diz respeito ao princípio do direito adquirido. Por isso, o tema não se encasa no âmbito de projeção do recurso especial.

Não fosse o óbice acima apontado, é certo que os dispositivos de lei tidos por violados, à exceção do art. 330, I, não foram debatidos pelo Tribunal de origem, não estando presente o requisito do prequestionamento. In casu, incidem as Súmulas 282 e 356 do STF, como óbices ao processamento do recurso especial.

No tocante à violação ao art. 330, I, do CPC, o recurso não merece trânsito, vez que o acórdão rebatido bem analisou a questão, ao colacionar julgado idêntico ao caso posto em debate, entendendo dispensável a produção de prova oral, já que os motivos que levaram o autor a não gozar da licença a que tinha direito já esta-

vam fartamente documentados na inicial. Assim, tenho que incensurável o decísum a quo que deu correta interpretação ao citado dispositivo legal.

Por fim, quanto ao suposto dissídio jurisprudencial, verifica-se que não fora demonstrada nos acórdãos colacionados interpretação divergente das leis federais suscitadas no apelo nobre em referência. Assim sendo, não preencheu ele os requisitos indispensáveis para a admissão, constantes no artigo 255 e seus parágrafos do RISTJ, e na Súmula 291 do STF.

Isso posto, nego provimento ao agravo.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 29 de setembro de 2000.

*Ministro Vicente Leal,
Relator.*

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 339.284/SC (2000/0109621-4)

Relator: O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido

Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Dr. Sérgio Silva Boabaid e outros

Agravado: Severiano Antônio Mattos

Advogados: Dr. Antônio Sylvio Burigo Carneiro e outro

DECISÃO

Agravo de instrumento contra inadmissão de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal.

Provejo o agravo e admito o recurso especial, para decidi-lo, presentes que se fazem os elementos necessários ao seu julgamento (Código de

Processo Civil, artigo 544, parágrafo 3º).

Impugna-se o acórdão da 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assim ementado:

“Infortunística — Pneumoconiose — Auxílio-acidente — Conversão em aposentadoria por invalidez acidentária — Inadmissibilidade — Perícia médico-judicial confirmando a redução da capacidade laborativa,

podendo o segurado exercer outra atividade do mesmo nível de complexidade (art. 86, inc. II, da Lei n. 8.213/91) — Percentual, no entanto, elevado a partir da Lei n. 9.032/95 para 50% sobre o salário de benefício — Custas — Aplicação da Súmula 20 do TRF — Intempestividade do recurso do autor e desprovimento do interposto pelo réu, bem como da remessa.

'...O auxílio-acidente será concedido ao segurado no percentual de 40% quando, após a consolidação das lesões decorrentes do acidente do trabalho, resultar seqüela que implique redução da capacidade laborativa que impeça, por si só, o desempenho da atividade que exercia à época do acidente, porém não o de outra, do mesmo nível de complexidade após reabilitação profissional' (art. 86, inc. II, c/c § 1º da Lei n. 8.213/91).

'...O entendimento jurisprudencial em relação a não retroatividade de lei, é apenas no sentido de que ela não pode alcançar parcelas anteriores a sua vigência, mas é perfeitamente aplicável às parcelas pagas a partir de 28/4/95, data em que entraram em vigor as alterações procedidas no art. 86 da Lei n. 8.213/91' (Ap. Cív. n. 97.006924-3, de Orleans).

'O art. 8º, § 1º, da Lei n. 8.620/93 não isenta o INSS das custas processuais, quando demandado na Justiça Estadual' (Súmula 20 do TRF — 4ª Região).

'Os honorários advocatícios nas ações previdenciárias não incidem sobre prestações vincendas' (Súmula 111 do STJ)" (fl. 43).

A insurgência especial está fundada na violação ao artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Alega o recorrente a impossibilidade de majoração do auxílio-acidente percebido pelo recorrido, após o advento da Lei n. 9.032/95, em face do princípio da irretroatividade das leis e do ato jurídico perfeito.

Tudo visto e examinado, decido.

Esta Corte Superior de Justiça, por meio da sua egrégia Terceira Seção, pacificou entendimento no sentido de que, ao auxílio-acidente, em face do seu caráter social e protetivo, deve ser aplicada a lei nova mais benéfica ao segurado, de forma imediata, aos casos pendentes de concessão de benefício.

A propósito, vale destacar o seguinte precedente:

"Previdenciário. Acidente de trabalho. Benefício. Lei de regência.

"— Pacificado o entendimento da Terceira Seção no sentido de que, em matéria de acidente de trabalho, o benefício deve ser calculado com base na lei nova mais benéfica, alcançando os casos pendentes, tendo em vista seu caráter público.

"— Precedentes.

"— Embargos de divergência rejeitados" (REsp n. 98.669/SP, relator Ministro Félix Fischer, in DJ 25/2/98).

In casu, contudo, o segurado já vinha percebendo o auxílio-acidente no percentual de 40%, na forma do artigo 86 da Lei n. 8.213/91, em sua redação original, devendo prevalecer, portanto, o comando normativo regente à época dos fatos geradores do infortúnio.

É que em razão dos princípios da irretroatividade da lei e do tempus regit actum, a incidência da lei nova

mais benéfica alcança apenas os casos pendentes de concessão de benefício previdenciário, sendo inaplicável, portanto, na espécie, a regra que unificou o percentual do auxílio-acidente em 50% do salário de contribuição preconizado na Lei n. 9.032/95.

Não é outro o entendimento desta Corte, como se recolhe dos seguintes precedentes jurisprudenciais:

“Previdenciário. Revisão de benefício. Auxílio-acidente. Lei de regência. Alteração do percentual. Incidência de lei nova mais benéfica. Lei n. 9.032/95. Irretroatividade.

“I — In casu, torna-se impossível a aplicação do preceito previsto na Lei n. 9.032/95, pois a aplicação de lei nova, pela simples razão de ser mais favorável em relação ao fato pretérito, acabaria por violar os princípios da irretroatividade da lei e do *tempus regit actum*. A incidência da lei nova mais benéfica alcança apenas os casos pendentes de concessão.

“II — A regra que unificou o percentual do auxílio-acidente em 50% do salário de contribuição, qual seja, a Lei n. 9.032/95, somente se aplica aos benefícios concedidos após a sua edição, consoante o princípio da irretroatividade das leis.

“Recurso desprovido” (REsp n. 240.476/SC, relator Ministro Félix Fischer, in DJ 29/5/2000).

“Processual civil e previdenciário. Acidente de trabalho. Revisional. Lei mais benéfica. Aplicação.

“1. Ocorrido o acidente na vigência da Lei n. 6.367/76 aplicável esta lei. Constatada seqüela que apenas

exige maior esforço para a mesma atividade, o benefício previsto é o auxílio suplementar.

“2. A lei nova mais benéfica aplica-se tão-somente aos benefícios cujos processos pendem de julgamento e a contar de sua vigência.

“3. Recurso conhecido, mas desprovido” (REsp n. 246.171/MG, relator Ministro Gilson Dipp, in DJ 16/10/2000).

“Previdenciário. Acidente do trabalho. Benefício. Lei de regência. Lei n. 9.232/95. Retroatividade. Recurso especial.

“1. Em se tratando de reajuste de benefício acidentário, prevalece a norma vigente à época dos fatos geradores daquele direito. Incidência da lei nova mais benéfica que se limita aos casos ainda pendentes de concessão.

“2. A aplicação de lei nova, tão-somente por ser mais benéfica, em relação a fatos passados, sem ela o determinar, contraria o princípio da irretroatividade da lei.

“3. Recurso especial provido” (REsp n. 252.638/AC, relator Ministro Edson Vidigal, in DJ 25/9/2000).

Pelo exposto, com fundamento no artigo 544, § 3º, do Código de Processo Civil, conheço do recurso para julgar improcedente o pedido, invertendo-se os ônus da sucumbência.

Publique-se.

Intime-se.

Brasília, 29 de novembro de 2000.

Ministro Hamilton Carvalhido,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 351.770/SC (2000/131988-4)**Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito****Agravantes: Itacir Freiner — Micro Empresa e outros****Advogado: Estevão Ruchinski****Agravado: Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc****Advogados: Adolfo Butzke e outros****DESPACHO**

Vistos.

Itacir Freiner — Micro Empresa e outros interpõem agravo de instrumento contra despacho que inadmitiu o recurso especial assentado em ofensa aos artigos 585, inciso II, e 586 do Código de Processo Civil, além de dissídio jurisprudencial.

Insurgem-se, no apelo extremo, contra aresto assim ementado:

“Embargos à execução. Contrato de abertura de crédito fixo.

“O contrato de abertura de crédito fixo, estando firmado pelo devedor e por testemunhas, presta-se ao processo de execução, uma vez que, ao contrário da abertura de crédito rotativo, não se trata de mera disponibilização de um limite, mas sim de um verdadeiro mútuo.

“Juros reais. Limite constitucional. Art. 192, § 3º, da Constituição Federal. Inaplicabilidade. Dispositivo que depende de norma complementar. Manutenção da taxa de juros pactuada.

“Afirmção de que caberia ao credor comprovar que possuía, à época da celebração do empréstimo, autorização do Conselho Monetário Nacional para contratar juros acima do limite e previsto na legislação ordinária. Matéria não alegada nos embargos do devedor. Inovação na fase re-

cursal. Não conhecimento. Aplicação do art. 515, § 1º, do CPC.

“Juros. Capitalização. Anatismo. Impossibilidade. Ausência de previsão legal. Reclamo acolhido neste ponto.

“Somente nas hipóteses em que expressamente autorizada por lei específica, a capitalização de juros é admissível. Nos demais casos é vedada, mesmo quando pactuada.

“Fundada a execução em contrato de abertura de crédito, a capitalização mensal não é admitida, pois implicaria em remuneração por um capital que não fora emprestado pelo credor.

“Multa moratória. Redução. Contratos bancários. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Possibilidade. Inteligência do art. 3º, caput, § 2º, e art. 52, § 1º, ambos do Codecon.

“As atividades desenvolvidas pelas instituições financeiras incluem-se no conceito legal de serviços, previsto no Código de Defesa do Consumidor, sendo-lhes aplicável a legislação pertinente.

“Correção monetária. Taxa básica financeira. Possibilidade quando contratado.

“Em tendo as partes elegido contratualmente a TBF (taxa básica financeira) como indexador da correção

monetária, não há razão para não prevalecer a vontade dos contratantes.

“Recurso parcialmente provido” (fls. 28/29).

Decido.

Entenderam os julgadores, mediante a análise do contrato firmado entre as partes, que, no caso em tela, se executa contrato de crédito fixo. Asseveram os recorrentes que “tratando-se de contrato de abertura de crédito, independente da espécie (...) não há preceito legal lhe dando amparo” (fl. 50), razão pela qual não é executável. Entretanto, em precedentes desta Corte, decidiu-se que tem força executiva o contrato de crédito fixo, senão vejamos:

“Processo civil. Título executivo. Contrato de abertura de crédito fixo. O contrato de abertura de crédito fixo nada mais é do que o mútuo de quantia certa e líquida; tem, pois, força de título executivo. Recurso espe-

cial não conhecido” (REsp n. 247.902/SC, 3ª Turma, relator o Ministro Ari Pargendler, DJ de 16/10/2000).

“Contrato de abertura de crédito fixo. Título executivo extrajudicial. Existência de liquidez e certeza. Nota promissória vinculada ao contrato. Ausência de prequestionamento” (REsp n. 242.650/SC, 3ª Turma, relator o Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 1º/8/2000).

Assim, descabe a irrisignação, incidindo quanto ao dissídio a Súmula 83/STJ.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

Intime-se.

Brasília, 15 de dezembro de 2000.

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 353.333/SC (2000/134999-6)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Agravante: Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc

Advogados: Marcos Furtado Ramos e outros

Agravada: Luanfer Transportes Ltda.

Advogado: Wellington Cararo Machado

DESPACHO

Vistos.

Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc interpõe agravo de instrumento contra o despacho que não admitiu recurso especial assentado em ofensa à Lei n. 4.595/64, além de dissídio jurisprudencial.

Insurge-se, no apelo extremo, contra o acórdão assim ementado:

“Embargos do devedor. Contrato de financiamento. Juros. Auto-aplicabilidade de limitação contida no art. 192, § 3º, da Carta Magna. Honorários advocatícios. Sucumbência recíproca. Apelo parcialmente provido. Recurso adesivo não conhecido.

“Por insculpir uma norma essencialmente restritiva, o art. 192, § 3º, da Lei Maior erigiu um direito auto-exercitável no âmbito do sistema financeiro pátrio, já que delimitou, com plenitude, a taxa máxima de juros reais a ser praticada no território nacional. A não ser por puro protecionismo aos economicamente mais fortes, verdadeiramente detentores do monopólio financeiro, é que poder-se-á admitir possa o legislador ordinário contrapor-se, em norma regulamentadora, à realidade implantada constitucionalmente, instituindo, então, uma taxa superior a 12% anuais” (Ap. Cív. n. 97.010947-4, de Maravilha, rel. Des. Trindade dos Santos).

“Cada parte deve suportar a verba advocatícia na proporção de sua derrota, bem como recebê-la na

medida de sua vitória (STJ, REsp n. 13.526/SP, rel. Min. Pádua Ribeiro)” (fl. 9).

Decido.

O Tribunal a quo decidiu limitar os juros no caso em tela entendendo ser auto-aplicável o artigo 192, § 3º, da Constituição Federal, nada aduzindo acerca da aplicação de normas infraconstitucionais. Assim, fica a matéria restrita ao âmbito do recurso extraordinário.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

Intime-se.

Brasília, 5 de fevereiro de 2001.

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 353.875/SC (2000/0136137-6)

Relator: O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido

Agravante: Estado de Santa Catarina

Advogados: Dra. Valquiria Maria Zimmer Straub e outros

Agravada: Gicélia Maria Moreira Antônio

Advogados: Dr. Luís Cláudio Fritzen e outro

DECISÃO

Agravo de instrumento contra a inadmissão de recurso especial interposto pelo Estado de Santa Catarina, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal, impugnando o acórdão da Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça local, assim ementado:

“Magistério — Gratificação de estímulo à regência de classe — Pro-

fessores aposentados — Supressão sumária da vantagem — Inadmissibilidade — Necessidade de observância do due process of law.

“A supressão de vantagem pecuniária percebida por servidor público aposentado, com base em lei superveniente à inativação, sem que lhe tenha sido oportunizada a ampla defesa em regular processo administrativo, mostra-se afrontosa à garantia insculpada no art. 5º, LV, da Constituição

Federal, de observância obrigatória em se tratando da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais" (fl. 122).

Funda-se a insurgência especial em suposta ofensa aos artigos 460 e 535, inciso II, do Código de Processo Civil, Lei n. 1.533/51, bem como dissídio jurisprudencial.

Tudo visto e examinado, decido.

De início, mostra-se forçoso reconhecer a ausência de prequestionamento de qualquer dispositivo da Lei n. 1.533/51. Com efeito, artigo algum de mencionada lei foi objeto de apreciação pelo acórdão recorrido, descabendo ao Superior Tribunal de Justiça, assim, sua apreciação.

Já no que tange à alegada violação do artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil, certo é que não se vislumbra qualquer omissão a ser sanada. De fato, não há confundir negativa de prestação jurisdicional com fundamentação contrária ao interesse da parte.

Quanto ao artigo 460, do mesmo diploma processual civil, correto o decurso.

Afinal, não está o magistrado adstrito ao fundamento indicado pela parte, competindo-lhe motivar sua decisão, quando necessário, em alicerce jurídico diverso do suscitado.

Por último, no que pertine à apontada divergência jurisprudencial, olvidou-se o recorrente de fazer a necessária confrontação analítica dos julgados, limitando-se a colacionar ementas, o que impossibilitou a identificação da similitude fática dos casos. Acrescente-se, ainda, que, se não foram juntadas cópias autenticadas de quaisquer acórdãos tidos como paradigma, tampouco foi citado o repositório oficial em que alguns deles se encontram publicados. Inobservado, pois, o artigo 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo.

Publique-se.

Intime-se.

Brasília, 19 de dezembro de 2000.

Ministro Hamilton Carvalhido,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N 376.111/SC (2001/0032072-4)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Agravante: Tuper Indústria Metalúrgica S.A.

Advogados: Romeo Piazero Júnior e outros

Agravada: Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. — Celesc

Advogados: Otávio Luiz Fernandes e outros

DECISÃO

Vistos etc.

Cuidam os autos de agravo de instrumento aviado contra decisão do Vice-Presidente do Tribunal de Justiça

ça de Santa Catarina, que inadmitiu recurso especial, em acórdão assim ementado:

"Ação ordinária c/c repetição de indébito. Cautelar em apenso. Ilegalidade das portarias que majoraram a tarifa de energia elétrica, durante o período de congelamento geral de preços imposto pelo governo. Pretensão negada quanto aos aumentos futuros. Desvinculação com o plano cruzado. Ilegalidade afastada. Procedência parcial do pedido. Desprovimento do recurso.

'É entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça e na Corte de Justiça Catarinense, que os efeitos das Portarias ns. 38 e 45 de 1986 do DNAEE cessaram com a edição da Portaria n. 153, publicada no mesmo ano, não se podendo dizer que o aumento ilegal anterior continua embutido nas faturas de energia elétrica até os dias atuais' (Agravo art. 557 — § 1º do Código de Processo Civil) na Apelação Cível n. 98.015894-0, de Taió, rel. Des. Silveira Lenzi)".

Sustenta Tuper Indústria Metalúrgica S.A. que o acórdão recorrido, embora reconhecendo a ilegalidade das Portarias ns. 38/86 e 45/86, circunscreveu a repetição do indébito apenas ao período de sua vigência, divergindo, assim, de julgados do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e do STJ, que decidiram contaminar a declaração de ilegalidade do reajuste das tarifas dos aumentos futuros que incidam sobre aquele.

A irresignação não merece prosperar.

A jurisprudência desta Corte consolidou entendimento no mesmo sentido do acórdão recorrido, decidin-

do pela ilegalidade da cobrança da tarifa de energia elétrica, uma vez que as Portarias ns. 38/86 e 45/86 violam o congelamento de preços estabelecidos pelos Decretos-Leis ns. 2.283 e 2.284, ambos de 1986. Confirmam-se, entre outros, os seguintes precedentes, in verbis:

"Administrativo. Tarifa de energia elétrica. Plano cruzado. Congelamento de preços. Majoração. Impossibilidade. Restituição de indébito. Prescrição (Decreto n. 20.910/32). Decreto-Lei n. 4.597/42.

"A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de ser ilegal o reajuste de tarifas de energia elétrica, por efeitos das Portarias ns. 38 e 45/86.

"A tarifa de energia elétrica não tem a natureza tributária. A prescrição de sua cobrança ocorre em vinte anos.

"A prescrição de prazo curto, criada pelo Decreto n. 20.910/32, não beneficia empresa pública, sociedade de economia mista ou qualquer outra entidade estatal que explore atividade econômica (Súmula 39).

"A remuneração pelo fornecimento de energia elétrica é preço público, não constituindo imposto, taxa ou contribuição.

"Recurso provido".

"Administrativo. Tarifa de energia elétrica. Plano cruzado. Congelamento. Decretos-Leis ns. 2.283 e 2.284/86. Portarias ns. 38 e 45/86. Súmula 83/STJ.

"No eito de jurisprudência uniformizada em embargos de divergência, é ilegítima a majoração da tarifa de energia elétrica estabelecida por Portarias (DNAEE ns. 38 e 45/86).

“Precedentes da jurisprudência — Súmula 83/STJ.

“Recurso improvido” (REsp n. 63.670—PR, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 25/3/96).

“Processual e administrativo — Tarifa de energia elétrica — Aumento irregular — Repetição — Legitimidade — Denúncia da lide à União Federal — Prazo prescricional.

“O consumidor de energia elétrica tem interesse em repetir quantias pagas em razão de aumento indevido.

“Na repetição de indébito pago por efeito das Portarias ns. 38/86 e 45/86/DNAEE, não se faz necessária a denúncia da lide à União Federal.

“O aumento da tarifa de energia elétrica, o operado pelas Portarias ns. 38/86 e 45/86 foi ilegal, por ofensa aos DL ns. 2.283/86 e 2.284/86.

“É devida a restituição de valores pagos a maior pelos consumidores, durante o período do congelamento. A Portaria n. 153/86 do

DNAEE não laborou em ilegalidade (REsp n. 114.588—SC).

“Prescreve em vinte anos a ação para indenização, por responsabilidade civil, de sociedade de economia mista” (REsp n. 153.478—SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 15/3/99, pág. 100).

No mesmo sentido: REsp n. 318789—SP, rel. Min. José Delgado, DJ de 13/9/99, pág. 135; AG n. 249.686—RS, rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 14/9/99, pág. 135 e, REsp n. 125.393—RS, rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 20/10/97.

Ante o exposto, nego seguimento ao presente agravo, com arrimo na Súmula 83, desta Corte, c/c os artigos 557, caput, do CPC, 38 da Lei n. 8.038/90, e 34, XVIII, do RISTJ.

Publique-se.

Brasília, 20 de abril de 2001.

Ministro Francisco Falcão,
Relator.

**VICE-PRESIDÊNCIA
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RECURSOS ESPECIAIS

RECURSO ESPECIAL CÍVEL N. 97.008353-0, DE BRUSQUE

Recorrente: Estado de Santa Catarina

Procuradora: Dra. Flavia Dreher de Araújo

Recorridos: Carlos Bertotti Filho e outra

Advogado: Dr. Marcus Antonio Luiz da Silva

O Estado de Santa Catarina, com fundamento no art. 105, III, c, da Constituição Federal, manifesta recurso especial do acórdão da colenda Quarta Câmara Civil que o condenou por homicídio praticado por policial civil, com arma da instituição policial, ainda que fora da função pública, pois “pelo simples fato de a arma utilizada para a ação criminosa ser de propriedade estatal, que lhe confiou o porte, mesmo fora da jornada de trabalho, assumiu o ente público o risco integral pelos eventuais danos que viessem a ser provocados por seu agente” (fl. 195).

Assim decidiu o aresto recorrido, por reconhecer a responsabilidade objetiva do Estado, impondo-lhe o pagamento de pensão aos pais da vítima, correspondente a 2/3 do que ela percebia, até a data em que completaria 65 anos de idade.

Diz divergente o aresto recorridos de decisões do 1º TACSP, do TJSP e do STJ, no sentido de que a pensão deve ser paga somente até o dia em que a vítima, se viva fosse, completaria 25 anos.

Sustenta, ainda, que, mesmo no caso de ser outra a data limite para o pagamento da pensão, os pais da vítima não podem perceber a vida inteira uma pensão com valor integral em relação ao que ela ganhava, pois não se pode considerar que iria contribuir com todo seu salário por toda a sua vida para o sustento de seus pais. Indica, nesse ponto, dissídio interpretativo com decisões do STJ.

Os recorridos ofereceram contra-razões, dizendo que não houve prequestionamento da matéria, e, no mérito, que a pensão não foi integral mas sim no valor de 2/3 da remuneração que auferiria a vítima.

O representante do Ministério Público, o douto Procurador de Justiça Dr. Paulo Roberto Speck, opina pela admissão do especial, comprovada a divergência jurisprudencial, uma vez que outros Tribunais, inclusive o STJ, entendem que há necessidade de redução do valor pago após a idade de 25 anos, quando provavelmente a vítima constituiria nova família.

É o relatório.

O recurso não reúne condições de prosseguir.

O recorrente, com exceção dos julgados do 1º TACSP e do TJSP, não cumpriu o disposto no art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255, do RISTJ, pois deixou de juntar cópia ou certidão dos acórdãos paradigmas, não tendo, igualmente, indicado repositório autorizado no qual publicadas as decisões apresentadas como divergentes.

Esta é a orientação do Superior Tribunal de Justiça, expressa no AGA n. 219.176/MG, rel. o Sr. Min. Félix Fischer, publ. no DJ de 2/8/99:

“A prova da divergência deve ser feita com a citação do repositório autorizado de jurisprudência ou com a cópia autenticada do acórdão paradigmático”.

O entendimento do 1º TACSP e do TJSP, entretanto, encontra óbice na Súmula 83 do STJ, pois este tem decidido que a pensão deve ser paga até o dia em que a vítima completar 65 anos, data estipulada com base no tempo provável de sua vida, como se vê do julgado no REsp n. 115.761/MG, rel. o Sr. Min. Demócrito Reinaldo, publicado no DJU de 31/3/98:

“Civil e administrativo. Ação ordinária de indenização contra o estado de Minas Gerais. Reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Estado, por ter sido agente seu, policial militar, autor de homicídio cometido contra jovem vestibulando de direito. Caráter pensionário. Circunstâncias peculiares do caso. Pensionamento a partir do evento até a data em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos. Precedentes jurisprudenciais.

“I — (...)

“II — Nos casos em que é reconhecida a responsabilidade objetiva do Estado, resultante de dano provocado por seu preposto, com a consequente morte do filho, de cuja ajuda possam necessitar os pais, a jurisprudência deste STJ tem firmado entendimento, no sentido de que a indenização de caráter pensionária não encontra limite temporal, avaliando-se o tempo provável de vida da vítima em sessenta e cinco (65 anos) ou tomando-se por base a data do evento até a data do falecimento dos autores da ação de indenização (os pais).

“III — Nessa mesma linha de orientação jurisprudencial, in casu, dada a peculiaridade das circunstâncias, o pensionamento deve ter seus limites estabelecidos, a partir da data do evento até a data em que a vítima atingiria a idade de sessenta e cinco (65) anos”.

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso.

Intimem-se.

Florianópolis, 28 de fevereiro de 2001.

João José Schaefer,
Vice-Presidente.

RECURSO ESPECIAL CRIME N. 00.008403-4, DE CHAPECÓ**Recorrente: Assistente do Ministério Público****Advogados: Dr. Vidal Vanhoni Filho e outro****Recorridos: Ministério Público, Ivanor Alba e outro****Procurador: Dr. Paulo Roberto Speck**

O assistente do Ministério Público, com fundamento no art. 105, inc. III, alíneas a e c, da Constituição Federal, interpôs recurso especial da decisão unânime da colenda Primeira Câmara Criminal desta Corte, que não conheceu do recurso do assistente e negou provimento ao recurso de apelação do Ministério Público, mantendo a decisão que absolveu Ivanor Alba e João Batista Baroncello da infração descrita no art. 121, § 3º, c/c art. 29, ambos do Código Penal.

Aduz que a decisão hostilizada, a qual entendeu que o assistente da acusação só tem legitimidade para recorrer quando inerte o representante do Ministério Público, ofende os arts. 271 e 598 do CPP, bem como diverge de julgados proferidos por outros tribunais pátrios, conforme acórdãos que cita (RT 562/358 e RT 590-365/366).

A doutra Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Paulo Roberto Speck, manifestou-se pela admissão do recurso, “haja vista a ocorrência da alegada ofensa aos dispositivos invocados, bem como a existência de divergência jurisprudencial sobre o tema”.

É o relatório.

Merece ascender o presente recurso, porquanto se vislumbra na

doutrina entendimento oposto ao esposado no acórdão objurgado, em relação aos arts. 271 e 598 do CPP: “Essa apelação do art. 598, CPP, é de caráter supletivo e assim só poderá ser interposta caso não tenha o Ministério Público, no prazo legal, impugnado a sentença, visando à idêntica reforma do provimento. Faltaria interesse-utilidade ao recurso do ofendido. Diferente se, tendo o Promotor manifestado inconformidade só em relação à parte do julgado, venha a vítima a investir contra outro capítulo da decisão” (Grinover, Ada Pellegrini, et alli. Recursos no Processo Penal. 2ª ed., RT, São Paulo, 1999, pág. 131 — grifei).

O mesmo há que se dizer em relação ao alegado dissenso jurisprudencial, pois comprovada a divergência acerca da posição e do interesse do assistente da acusação em matéria recursal, nos termos dos julgados paranaenses colacionados.

Ante o exposto, admito o recurso.

Intimem-se.

Florianópolis, 12 de março de 2001.

Alcides Aguiar,
2º Vice-Presidente.

RECURSO ESPECIAL CRIME N. 00.018108-0, DE XAXIM**Recorrente: Gildo de Castro****Advogados: Dr. Luiz Gustavo Burtet e outro****Recorrido: Ministério Público****Procurador: Dr. Paulo Roberto Speck**

Gildo de Castro, com fundamento no art. 105, inc. III, alíneas a e c, da Constituição Federal, interpõe recurso especial da decisão unânime da colenda Segunda Câmara Criminal, que negou provimento a sua apelação, confirmando a condenação por infração ao art. 213, caput, do CP.

Alega que a decisão recorrida contrariou e deu à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal, em face da ilegitimidade do Ministério Público para a propositura da presente ação penal, de iniciativa privada, além da decadência do direito de representação.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Paulo Roberto Speck, opina pela inadmissão do recurso, "haja vista a inexistência da alegada contrariedade à legislação federal, bem como a falta de comprovação da divergência jurisprudencial suscitada".

É o relatório.

Primeiramente, o recurso não possui condições de procedibilidade, porquanto: "É deficiente a fundamentação recursal (Súmula 284, STF) se, fundada a irresignação em violação de lei federal, limita-se o recorrente a fazer negativa genérica de lei, sem indicar, clara e precisamente, qual ou

quais dispositivos infraconstitucionais teriam sido malferidos pelo acórdão atacado" (REsp n. 286.390/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 12/2/01).

Outrossim, mesmo que habilmente manifestada a insurgência, obstado estaria seu prosseguimento, incidindo no caso a Súmula 608 do STF: "No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação é pública incondicionada".

Finalmente, quanto à alegada ausência de representação, melhor sorte não teria o recorrente, porquanto: "A representação, como condição de procedibilidade, prescinde de rigor formal, bastando a simples demonstração inequívoca da vontade do ofendido, ou de seu representante, no sentido de que sejam tomadas providências em relação ao fato e à responsabilização do autor" (STJ, HC n. 13.411/MG, rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 4/12/00).

Ante o exposto, não admito o recurso.

Intimem-se.

Florianópolis, 21 de fevereiro de 2001.

*Alcides Aguiar,
2º Vice-Presidente.*

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CÍVEL N. 97.008353-0, DE BRUSQUE

Recorrente: Estado de Santa Catarina

Procuradora: Dra. Flavia Dreher de Araújo

Recorridos: Carlos Bertotti Filho e outra

Advogado: Dr. Marcus Antonio Luiz da Silva

O Estado de Santa Catarina, com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal, manifesta recurso extraordinário do acórdão da colenda Quarta Câmara Civil, que, dando provimento ao apelo dos ora recorridos, reconheceu o Estado como responsável civil pela morte do filho dos autores, impondo ao réu, ora recorrente, o pagamento de indenização no correspondente a 2/3 do que a vítima percebia, até a data em que completaria 65 anos.

Alega o recorrente ofensa ao art. 37, § 6º, da CF, sustentando não configurada a responsabilidade objetiva do Estado, pois não há nos autos prova de que a arma utilizada pelo policial pertencesse ao Estado; o policial estava fora de serviço, e mesmo que se afirme ter ele, estando alcoolizado, dito ser policial, não se pode dizer que o dano foi causado por um agente público.

Os recorridos ofereceram contra-razões, dizendo que o recorrente pretende o reexame de provas, inviável em recurso extraordinário, a teor da Súmula 279 do STF. No mérito, o acórdão recorrido não se fundou unicamente no fato de a arma pertencer ao Estado, mas também por ter o autor do crime atuado na qualidade de agente público.

O representante do Ministério Público, o douto Procurador de Justiça Dr. Paulo Roberto Speck, opina pela inadmissão do extraordinário, incorrente ofensa ao dispositivo constitucional invocado.

É o relatório.

A pretendida violação ao art. 37, § 6º, da CF não se mostra configurada.

O aresto recorrido, adotando o parecer do douto Procurador de Justiça Dr. Kurt Ernesto Hammerschmidt,

assentou, com base na prova, que apesar de encontrar-se o policial fora de sua jornada de trabalho “ao agir e matar, proclamou frases como ‘a autoridade sou eu, a lei sou eu’ e, imbuído nesse espírito, munuiu-se de arma de fogo da corporação, disparando contra a vítima” (fl. 201).

Concluiu, o acórdão, assim, “que não há como se deixar de reconhecer que está caracterizada a responsabilidade objetiva do Estado, pelo simples fato de que a arma utilizada para a ação criminosa era de propriedade estatal, que lhe confiou o porte, mesmo fora da jornada de trabalho, assumindo, assim, o risco integral pelos eventuais danos que viessem a ser provocados por seu agente. O fato de o policial não estar exercendo suas atividades, no momento do evento danoso, não elide essa presunção, mesmo porque, no caso dos autos, investiu-se dessa qualidade” (fl. 203).

Além disso, para chegar à conclusão contrária à do acórdão impugnado, faz-se necessário o reexame de matéria fática, inadmissível na via do recurso extraordinário (Súmula 279, STF).

Assinale-se, por fim, que o Supremo Tribunal Federal, em situação análoga a dos autos, no RE n. 135.310/SP, rel. o Sr. Min. Maurício Corrêa, assim decidiu:

“Recurso extraordinário. Policial civil. Responsabilidade objetiva da administração pública por ato ilícito praticado pelo agente público no exercício das suas funções. Indenização devida.

“1. A Constituição Federal responsabiliza as pessoas jurídicas de direito público pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, não sendo exigível que o servidor tenha agido no exercício das suas funções.

“2. Dano causado por policial. Responsabilidade objetiva do Estado em face da presunção de segurança que o agente proporciona ao cidadão, a qual não é elidida pela alegação de que este agiu com abuso no exercício das suas funções. Ao contrário, a responsabilidade da Administração Pública é agravada em razão do risco assumido pela má seleção do servidor.

“Recurso extraordinário não conhecido”.

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso.

Intimem-se.

Florianópolis, 2 de março de 2001.

*João José Schaefer,
Vice-Presidente.*

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIME N. 00.004712-0, DE TIJUCAS**Recorrente: Edson Machado****Advogados: Dr. Hélio Rubens Brasil e outro****Recorrido: Ministério Público****Procurador: Dr. Paulo Roberto Speck**

Edson Machado, com fundamento no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição Federal, interpõe recurso extraordinário da decisão unânime da colenda Segunda Câmara Criminal, que proveu parcialmente sua apelação, apenas para adequar a pena.

Diz que a decisão recorrida contrariou os arts. 5º, LVI, 144, IV, § 4º, da CF; e o art. 106, I, da CE, porque: as gravações telefônicas destes autos teriam sido obtidas por meio ilícito, tornando as provas advindas delas ilícitas por derivação, inadmissíveis, portanto, para fins de condenação; e o inquérito policial haveria sido conduzido por autoridade incompetente.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Paulo Roberto Speck, opina pela inadmissão do recurso, "haja vista a falta de prequestionamento dos dispositivos invocados, bem como a inocorrência da alegada contrariedade à Constituição".

É o relatório.

Sem razão o recorrente. Não há falar em contrariedade ao art. 5º, LVI, da CF, se a interceptação e a gravação das conversas telefônicas foram precedidas de autorização judicial (fl. 255), nos moldes da Lei n. 9.296/96.

E, como bem analisado no acórdão recorrido, não se confunde a

gravação da conversa com sua transcrição, esta última devidamente excluída do acervo probatório nesta instância, porque em desacordo com as normas processuais, mas cuja ausência não comprometeu a sentença condenatória.

Também não procede a alegação de violação ao art. 144, IV, § 4º, da CF, pois, como sabido: "Vícios do inquérito policial não têm a consequência de contaminar a ação penal, que se desenrolou com as garantias do contraditório e da ampla defesa" (STF, HC n. 71.852/RJ, rel. Min. Néri da Silveira, DJU 26/5/00).

Finalmente, no tocante ao art. 106, I, da Constituição Estadual, tem-se que não comporta análise em sede de recurso extraordinário, fincado na alínea a inc. III do art. 102 da CF, contrariedade a dispositivo que não seja da Constituição Federal, incidindo, pois, a Súmula 322 do STF.

Ante o exposto, não admito o recurso.

Intimem-se.

Florianópolis, 21 de fevereiro de 2001.

Alcides Aguiar,
2º Vice-Presidente.

ÍNDICE NUMÉRICO

AÇÃO RESCISÓRIA

98.002296-7	— Capital.....	365
-------------	----------------	-----

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

324.903	— Santa Catarina (STJ).....	545
339.284	— Santa Catarina (STJ).....	546
351.770	— Santa Catarina (STJ).....	549
353.333	— Santa Catarina (STJ).....	550
353.875	— Santa Catarina (STJ).....	551
376.111	— Santa Catarina (STJ).....	552
96.006321-8	— Criciúma.....	306
97.015914-5	— Capital.....	301
98.013077-8	— Tubarão.....	310
00.004434-2	— Capital.....	314
00.007476-4	— Blumenau.....	336
00.009736-5	— Capital.....	325
00.019539-1	— Tubarão.....	332
00.022051-5	— Criciúma.....	339

AGRAVOS NOS AGRAVOS DE INSTRUMENTO

00.024961-0	— Capital.....	344
00.025427-4	— Canoinhas.....	359
01.002103-5	— São José.....	351

AGRAVOS REGIMENTAIS NOS AGRAVOS DE INSTRUMENTO

00.024671-9	— Palhoça.....	353
01.001855-7	— Capital.....	349

APELAÇÕES CÍVEIS

96.005149-0	— Canoinhas.....	98
96.007428-7	— São Miguel do Oeste.....	108
96.010486-0	— Joinville.....	159
96.011239-1	— Balneário Camboriú.....	116
97.004454-2	— Tubarão.....	270

97.005187-5	— Itajaí	209
97.015072-5	— Chapecó	248
98.003907-0	— Capital.....	228
98.011918-9	— Capital.....	165
98.012208-2	— Capital.....	189
98.014905-3	— Joinville	224
98.016202-5	— Dionísio Cerqueira	173
99.011109-1	— Itajaí	219
99.017397-6	— Capital.....	239
99.018725-0	— Capital.....	242
99.019170-2	— Itajaí	122
99.020127-9	— Capital.....	128
99.020364-6	— Quilombo.....	217
00.000223-2	— Blumenau.....	279
00.006202-2	— Quilombo.....	256
00.009113-8	— Urussanga.....	260
00.009537-0	— Joinville	130
00.011484-7	— Capital.....	286
00.013681-6	— Abelardo Luz.....	93
00.013924-6	— Itajaí	220
00.013925-4	— Itajaí	221
00.018816-6	— Balneário Camboriú	136
00.019301-1	— Brusque	144
00.019366-6	— Brusque	149
00.021567-8	— Mafra.....	253
01.000970-1	— Sombrio.....	212

APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

00.005417-8	— Capital.....	76
00.016363-5	— Chapecó	73

APELAÇÕES CRIMINAIS

97.006168-4	— Itajaí	410
99.016083-1	— Porto União	484
99.020665-3	— Bom Retiro	488
00.009201-0	— São Bento do Sul	493
00.012774-4	— Pinhalzinho	494
00.021948-7	— Canoinhas.....	478
00.025010-4	— Sombrio.....	498
01.000568-4	— Rio do Sul	511
01.005947-9	— Capital.....	403

CONFLITO DE JURISDIÇÃO

01.007476-1	— Içara.....	527
-------------	--------------	-----

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

00.018421-7 — Capital..... 373

EMBARGOS INFRINGENTES

97.015318-0 — São Miguel do Oeste 370

HABEAS CORPUS

80.089 — Rio de Janeiro (STF)..... 539
 99.021181-9 — Ibirama 392
 99.022495-3 — Campos Novos 396
 00.002434-1 — Timbó 383
 01.001528-0 — Itajaí 388
 01.007439-7 — Joinville 385

MANDADO DE SEGURANÇA

01.000135-2 — Canoinhas..... 529

RECURSO CRIMINAL

00.004328-1 — Seara 400

RECURSO DE AGRAVO

00.003218-2 — Curitibaanos..... 534

RECURSO ESPECIAL CÍVEL

97.008353-0 — Brusque 557

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CÍVEL

97.008353-0 — Brusque 561

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIME

00.004712-0 — Tijucas..... 563

RECURSOS ESPECIAIS CRIMES

00.008403-4 — Chapecó 559
 00.018108-0 — Xaxim 560

ÍNDICE POR ASSUNTO

A

AÇÃO ANULATÓRIA

- Cambial e sustação de protesto – Transação comercial. Inadimplemento parcial de obrigação contratual. Não comprovação. Título idôneo. Pleito improcedente. 98

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

- Área de preservação permanente – Obra edificada. Demolição. Liminar concedida. Presença do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. Decisão mantida..... 301
- Técnico óptico e contactólogo – Comercialização de lentes de contato com grau sem prescrição médica. Perigo à saúde pública. Cessação da atividade. Determinação. 228

AÇÃO DE COBRANÇA

- Cheque prescrito – Petição inicial. Descrição da *causa debendi*. Necessidade. Exegese do art. 62 da Lei n. 7.357/85. 332
- Transporte internacional – Navio que aguarda para desembarcar a mercadoria. Gastos com sobreestadia e desestiva. Ônus da re-
metente. Decisão mantida. 209

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

- *Vide* Indenização.

AÇÃO DECLARATÓRIA

- Paternidade – Citação pessoal da mãe. Diligência infrutífera. Citação editalícia. Dispensabilidade. Sentença de reconhecimento de paternidade confirmada. 253

AÇÃO MONITÓRIA

- Propositura – Documentos hábeis. 116

AÇÃO ORDINÁRIA

- Anulação de eleição – Mandato cumprido. Nova eleição realizada e posse da diretoria. Perda de objeto. Recurso prejudicado. 219

- Pedido de cunho cautelar — Questões já analisadas em ação declaratória. Perda de objeto. Recurso prejudicado. 270

AÇÃO RESCISÓRIA

- Violação a literal disposição de lei – Inocorrência. Decisão com apoio em forte corrente jurisprudencial. Pleito improcedente. 365

ACIDENTE DO TRABALHO

- Menor – Atividade perigosa. Imprudência e negligência do empregador. Comprovação. Danos morais. Verba devida. Cumulação com estético. Impossibilidade. Apelo parcialmente provido. 279

AGRAVO DE INSTRUMENTO

- *Vide* Recurso.

AGRAVO REGIMENTAL

- *Vide* Recurso.

ALIMENTOS

- Revisional – Pensão. Incidência sobre alugueres de imóveis do alimentante. Inviabilidade. Bens da meação ou adquiridos depois da separação consensual..... 224

ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

- Ação de prestação de contas – Inadmissibilidade. Demanda de natureza dúplice. Pleito improcedente. 344

APELAÇÃO CÍVEL

- *Vide* Recurso.

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

- Impugnação – Indeferimento. Ausência de prova de que a requerente possui condições de arcar com os ônus sucumbenciais. 286

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR

- *Vide* Crime contra os costumes.

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

- Art. 19 248

ATO REGIMENTAL

- N. 41/2000 — Art. 12 e seus parágrafos 359

C

CITAÇÃO (matéria penal)

- Pessoal – Ato realizado de forma irregular. Citação editalícia pro-
cedida. Nulidade. Cerceamento de defesa caracterizado. Ordem
de *habeas corpus* concedida. 388

CÓDIGO CIVIL

- Art. 4º 228
- Art. 76 130
- Art. 131 332
- Art. 159 130 e 279
- Art. 160, I 310 e 373
- Art. 896 306
- Art. 1.009 306
- Art. 1.056 149
- Art. 1.059 149
- Art. 1.060 149
- Art. 1.061 149
- Art. 1.092 136 e 149
- Art. 1.294 286
- Art. 1.295 286
- Art. 1.438 159
- Art. 1.463 159
- Art. 1.539 189 e 260

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)

- Art. 27 339
- Art. 43 e seus parágrafos 373
- Art. 52, § 1º 108
- Art. 55, § 1º 73
- Art. 82, I 228
- Art. 88 339
- Art. 94 228
- Art. 105 73

CÓDIGO DE NORMAS DA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA

- Art. 252 527

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

— Art. 12, VI.....	339
— Art. 17	286
— Art. 20, § 5º.....	260
— Art. 23	306
— Art. 125, IV.....	339
— Art. 267, I.....	332
— Art. 267, IV.....	212 e 365
— Art. 267, VI.....	239
— Art. 273, I e II.....	314
— Art. 295, I.....	332
— Art. 330	136
— Art. 333	221
— Art. 467	286
— Art. 514, II.....	270
— Art. 525	351
— Art. 525, I	359
— Art. 527	351
— Arts. 530 e seguintes.....	370
— Art. 557	349
— Art. 557, § 1º.....	344, 351, 353, 359 e 373
— Art. 603	144
— Art. 604	144
— Art. 614, II.....	212 e 217
— Art. 618, I.....	212
— Art. 806.....	98
— Art. 808, I.....	98

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

— Art. 97	410
— Art. 222	410
— Art. 232, parágrafo único.....	410
— Art. 254	410
— Art. 366	388
— Art. 381	410
— Art. 383	488
— Art. 386, IV.....	410
— Art. 386, VI.....	488
— Art. 499.....	383
— Arts. 647 e seguintes.....	388

CÓDIGO PENAL

— Art. 121, <i>caput</i>	478 e 484
— Art. 121, § 2º, IV.....	400

— Art. 148	511
— Art. 155	494
— Art. 157, §§ 2º e 3º, I e II	511
— Art. 168	493
— Art. 171, <i>caput</i>	493
— Art. 211, parte final	484
— Art. 214	388
— Art. 214, II	498
— Art. 223	498
— Art. 224, <i>a</i>	498
— Art. 224, <i>a e c</i>	388
— Art. 225, § 1º, II	498
— Art. 226, II	388
— Art. 288, parágrafo único	385 e 511

CÓDIGO PENAL (Lei n. 7.209/1984)

— Art. 14, II	400 e 511
— Art. 23, II	478
— Art. 29, <i>caput</i>	478
— Art. 29	403
— Art. 33, § 3º	511
— Art. 59	511
— Art. 61	511
— Art. 62	511
— Art. 69	511
— Art. 70	511
— Art. 71	388 e 498
— Art. 110, §§ 1º e 2º	494

CÓDIGO PENAL (Lei n. 9.714/1998)

— Art. 44	410
-----------------	-----

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (Lei n. 5.172/1966)

— Art. 150, <i>caput</i> e § 4º	242
---------------------------------------	-----

COISA JULGADA

— Formal e material – Distinção.	286
---------------------------------------	-----

COMPETÊNCIA

— Indenização – Dano moral. Relação empregatícia. Processamento e julgamento pela Justiça do Trabalho.	336
---	-----

COMPETÊNCIA (matéria penal)

— Incidente de execução penal – Julgamento. Competência do juízo da comarca onde o sentenciado cumpre a pena.	527
--	-----

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

- 1989 — Art. 131, I 242

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

- 1988 — Art. 5º, X..... 130 e 529
- Art. 5º, XXXV 310
- Art. 5º, XXXVIII, c..... 478
- Art. 5º, XLIII 534
- Art. 5º, LXVIII..... 388
- Art. 5º, LXXII..... 373
- Art. 5º, LXXIII..... 239
- Art. 7º, XXVIII 279
- Art. 7º, XXXIII 279
- Art. 30, I e II 73
- Art. 30, V 76
- Art. 39 248
- Art. 41, § 3º..... 173
- Art. 48, XIII..... 73
- Art. 84, XXV..... 173
- Art. 93, IX..... 248 e 410
- Art. 109, I 336
- Art. 114 336
- Art. 129, III 228
- Art. 150, § 7º..... 242
- Art. 155, § 2º, I 242
- Art. 175 76
- Art. 192, IV..... 73
- Art. 192, § 3º..... 108 e 217

CONTRATO

- Alienação fiduciária – Rescisão. Multa. Redução. Pena cumulada com juros de mora. Inadmissibilidade. Capitalização de juros. Possibilidade. Juros reais. Limitação. Comissão de permanência. Exclusão. Recurso adesivo provido. 108
- Financiamento – Revisão. Tabela *Price*. Ilegalidade. Integralização do débito. Demonstração por perícia contábil. Parcelas restantes. Suspensão. Pleito procedente. 314
- Rescisão – Cumulação com indenização. Imóvel. Construção. Atraso na entrega da obra. Culpa da construtora. Pleito procedente. 136

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

- Sonegação fiscal – ICMS. Acusação fundada em fotocópia de notificação sem autenticidade. Imprestabilidade. Absolvição decretada. 410

— Sonegação fiscal – Redução ou supressão do ICMS. Comprovação. Condenação dos sócios-gerentes. Seqüestro de bens mantido. Assessor financeiro e gerente. Inexistência de vinculação à sociedade. Absolvição decretada.	410
CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA	
— Tráfico de entorpecente – Associação permanente. Configuração. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação. Dúvida quanto à ação de um dos réus. Absolvição.	488
— Tráfico de entorpecente – Depoimento de policiais. Validade. Associação eventual. Caracterização. Desclassificação para uso próprio. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida.	403
CRIME CONTRA OS COSTUMES	
— Atentado violento ao pudor – Violência presumida. Palavras das vítimas firmes e coerentes. Validade. Crime hediondo. Inocorrência. Recurso parcialmente provido.	498
— Estupro – Delito equiparado aos hediondos. Comutação da pena. Impossibilidade. Vedação contida na Lei n. 8.072/90 e na CF/88....	534

D

DANO MORAL

— Cumulação com estético – Admissibilidade.	189
— Devedor inadimplente – Inclusão do nome no SPC. Exercício regular. Pleito desprovido.	122
— Indenização – Duplicata quitada. Protesto indevido. Pleito formulado por pessoa jurídica. Admissibilidade. Verba devida. <i>Quantum</i> . Adequação.	130

DENUNCIÇÃO DA LIDE

— Descabimento nas ações de direito do consumidor – Exegese do art. 88 do CDC.	339
---	-----

DESPACHO DA VICE-PRESIDÊNCIA

— Recurso especial – Assistente de acusação. Ofensa aos arts. 271 e 598 do CPP e divergência jurisprudencial. Configuração. Admissibilidade do apelo.	559
— Recurso especial – Contrariedade a lei federal. Improcedência. Fundamentação deficiente. Seguimento ao apelo negado.	560

- Recurso especial – Responsabilidade objetiva do Estado. Homicídio cometido por preposto. Pensão. Limite temporal. Divergência jurisprudencial. Não comprovação. Seguimento ao apelo negado. . 557
- Recurso extraordinário – Contrariedade aos arts. 5º, LVI, 144, IV, § 4º, da CF, e art. 106, I, da CE. Inocorrência. Seguimento ao apelo negado. 563
- Recurso extraordinário – Responsabilidade objetiva do Estado. Ofensa ao art. 37, § 6º, da CF. Inconfiguração. Reexame de prova. Inadmissibilidade. Seguimento ao apelo extremo negado. 561

E

EMBARGOS À EXECUÇÃO

- *Vide* Execução.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

- *Vide* Recurso.

EMENDA CONSTITUCIONAL

- N. 3/1993 242

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069/1990)

- Art. 67, II 279
- Art. 112, VI..... 494
- Art. 118 494
- Art. 121, §§ 2º e 3º 494
- Art. 122, I, II e III..... 494

ESTELIONATO

- Desclassificação para apropriação indébita – Viabilidade. Substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos. Admissibilidade. Recurso parcialmente provido. 493

ESTUPRO

- *Vide* Crime contra os costumes.

EXECUÇÃO

- Embargos – Cédula de crédito industrial. Demonstrativo do débito incompleto. Iliquidez do título configurada. Nulidade da executio-
nal. 212

- Embargos – Contrato de abertura de crédito que não determina data do vencimento da obrigação. Inexigibilidade. Extinção..... 217

EXECUÇÃO DE SENTENÇA

- Vide Sentença.

F

FUNCIONÁRIO PÚBLICO

- Exoneração – Direito à estabilidade. Inexistência. Contraditório e ampla defesa observados no processo administrativo. Reintegração improcedente. 248
- Exoneração – Extinção do cargo por lei municipal. Desvio de finalidade e infringência ao princípio da moralidade administrativa. Reintegração. 173

H

HABEAS CORPUS

- Excesso de prazo – Inocorrência. Liberdade provisória. Impossibilidade. Crime hediondo. Flagrante preparado. Análise. Inviabilidade. Ordem denegada. 396
- Impetração como substitutivo de apelação – Inadmissibilidade. Via inadequada. Não conhecimento. 392
- Impetração em execução penal – Quando é admissível..... 392
- Prisão em flagrante – Excesso de prazo na formação da culpa. Inocorrência. Constrangimento ilegal não caracterizado. Ordem denegada. 383
- Prisão preventiva – Revogação. Paciente que não apresenta risco à ordem pública ou à instrução do processo. *Writ* concedido..... 385

HOMICÍDIO QUALIFICADO

- Tentativa — Excludente da legítima defesa própria e do patrimônio. Reconhecimento. Absolvição sumária mantida. 400

HONORÁRIOS DE ADVOGADO

- Execução – Débito tributário. Quitação integral. Verba honorária. Isenção. Exegese do art. 26 da Lei n. 10.789/98. 128
- Fixação proporcional – Admissibilidade. Exegese do art. 23 do CPC. 306

I**IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS**

- ICMS – Antecipação do recolhimento. Pagamento de valor superior ao devido. Restituição. Possibilidade. 242

INDENIZAÇÃO

- Acidente de trânsito – Manobra imprudente. Culpa caracterizada. Danos pessoal e moral. Ressarcimento. 260
- Dano moral e estético – Cliente paraplégica em decorrência de assalto a banco. Falta de segurança. Constatação. Negligência comprovada. Ressarcimento devido. 189
- Perdas e danos – Imóvel. Compromisso de compra e venda. Rescisão por culpa da promitente compradora. Ressarcimento devido com a compensação das parcelas já pagas. 149

INTERDITO PROIBITÓRIO

- *Vide* Possessória.

J**JÚRI**

- Homicídio – Legítima defesa própria. Reconhecimento. Veredicto confirmado. Recurso ministerial desprovido. 478
- Homicídio – Ocultação de cadáver. Alegação de legítima defesa própria e inexistência do segundo delito. Teses defensivas repelidas. Condenação mantida. 484

L

LEGISLAÇÃO ESTADUAL

LEIS

— N. 10.789/1998 — Art. 26	128
----------------------------------	-----

LEGISLAÇÃO FEDERAL

DECRETOS

— N. 3.226/1999 — Art. 7º, I	534
— N. 22.626/1933 — <i>Vide Lei de Usura.</i>	
— N. 24.492/1934 — Art. 9º	228
— Art. 13	228

DECRETOS-LEIS

— N. 413/1969 — Art. 5º	108
— N. 911/1969 — Art. 3º, § 2º	108
— N. 3.240/1941 —	410

LEIS

— N. 1.060/1950 — <i>Vide Lei da Assistência Judiciária.</i>	
— N. 1.533/1951 — <i>Vide Lei do Mandado de Segurança.</i>	
— N. 4.591/1964 — <i>Vide Lei de Condomínio.</i>	
— N. 4.595/1964 — Art. 38, § 1º	529
— N. 4.717/1965 — <i>Vide Lei de Ação Popular.</i>	
— N. 5.172/1966 — <i>Vide Código Tributário Nacional.</i>	
— N. 5.250/1967 — <i>Vide Lei de Imprensa.</i>	
— N. 6.368/1976 — <i>Vide Lei Antitóxicos.</i>	
— N. 7.102/1983 — Art. 2º, I, II e III	189
— N. 7.209/1984 — <i>Vide Código Penal.</i>	
— N. 7.347/1985 — Art. 1º, III	228
— Art. 5º, <i>caput</i>	228
— N. 7.357/1985 — <i>Vide Lei sobre o Cheque.</i>	
— N. 8.069/1990 — <i>Vide Estatuto da Criança e do Adolescente.</i>	
— N. 8.072/1990 — <i>Vide Lei dos Crimes Hediondos.</i>	
— N. 8.078/1990 — <i>Vide Código de Defesa do Consumidor.</i>	

— N. 8.137/1990	— Art. 1º, II.....	410
	— Art. 11	410
— N. 8.245/1991	— Vide Lei do Inquilinato.	
— N. 8.560/1992	—	253
— N. 8.987/1995	— Art. 9º	76
— N. 9.437/1997	— Art. 10	511
— N. 9.494/1997	— Art. 1º	173
— N. 9.507/1997	— Art. 1º	373
	— Art. 4º	373
— N. 9.714/1998	— Vide Código Penal.	

LEGISLAÇÃO MUNICIPAL

LEIS

— N. 1.828/1981 (Florianópolis)	— Art. 4º	301
— N. 2.193/1985 (Florianópolis)	— Art. 21, <i>caput</i>	301
	— Art. 93, <i>caput</i>	301

LEGITIMIDADE AD CAUSAM

— Ativa – Defensor dativo. Honorários. Cobrança contra o Estado. Legitimidade reconhecida.	93
— Passiva – Lei de Imprensa. Dano moral. Nota publicada. Ofensa à honra. Matéria paga. Responsabilidade civil do autor. Reconhecimento.	370

LEI ANTITÓXICOS (Lei n. 6.368/1976)

— Art. 12.....	396, 403 e 488
— Art. 14	488
— Art. 18, III.....	403 e 488
— Art. 18, IV.....	396
— Art. 35	396

LEI DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (Lei n. 1.060/1950)

— Art. 7º	286
— Art. 12	286

LEI DE AÇÃO POPULAR (Lei n. 4.717/1965)

— Art. 9º	239
— Art. 13	239

LEI DE CONDOMÍNIO (Lei n. 4.591/1964)

— Art. 9º	136
— Art. 43, VI.....	136

LEI DE IMPRENSA (Lei n. 5.250/1967)	
— Art. 50	370
LEI DE USURA (Decreto n. 22.626/1933)	
— Art. 4º	314
LEI DO INQUILINATO (Lei n. 8.245/1991)	
— Art. 52, II, § 1º	165
LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA (Lei n. 1.533/1951)	
— Art. 3º	529
LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (Lei n. 8.072/1990)	
— Art. 1º	498
— Art. 2º, I	534
— Art. 2º, II	396
— Art. 10	396
LEI SOBRE O CHEQUE (Lei n. 7.357/1985)	
— Art. 61	332
— Art. 62	332
LEIS COMPLEMENTARES	
— N. 105/2001 (Federal) — Art. 3º, <i>in fine</i>	529
— Art. 13	529
— N. 155/1997 (Estadual) — Art. 3º	93
— Art. 20	93
LOCAÇÃO	
— Comercial – Renovatória. Exceção de retomada para uso por familiares. Indicação do ramo de negócio a ser explorado. Indispensabilidade. Fundo de comércio. Indemonstração. Descabimento da retomada. Renovatória procedente.	165

M

MANDADO DE SEGURANÇA

— Lei municipal – Serviços bancários. Afixação de tabela de preços. Obrigatoriedade. Legalidade da imposição.	73
--	----

- Município – Tarifa de água e esgoto sanitário. Serviço prestado mediante concessão. Legalidade da cobrança. Recurso e remessa providos. 76
- Sigilo bancário – Quebra. Admissibilidade. Suspeita de sonegação fiscal. Ausência de direito líquido e certo. Segurança denegada. 529

MANDATO JUDICIAL

- Procuração geral e especial – Distinção entre estas e as outorgadas com poderes gerais e especiais. 286

MEMÓRIAS

- A atual estrutura das Câmaras Cíveis do Tribunal — Desembargador João José Ramos Schaefer..... 65
- Comissão organizadora dos festejos dos 110 anos de instalação do TJSC: Des. Solon D'Eça Neves, Presidente; Dr. Nelson Schaefer Martins e Dr. José Antônio Torres Marques..... 3
- De magistrados — Desembargador Leonardo Alves Nunes..... 29
- Desembargador Érico Borges..... 41
- Desembargador Heliodoro Franzoi. 45
- Desembargador Hélio Veiga Magalhães. 37
- Desembargador João de Borba..... 19
- Notas para a história do Tribunal de Justiça — Desembargador Norberto Ulysséa Ungaretti..... 5
- Os órgãos de julgamento do Tribunal de Justiça — Desembargador Tycho Brahe Fernandes Neto. 47
- Reminiscências — Desembargador Protásio Leal Filho..... 23

MENOR

- Ato infracional – Internação. Substituição por liberdade assistida. Admissibilidade. Recurso provido..... 494
- Guarda – Alteração. Infante que vive com o pai. Instabilidade emocional e despreparo da genitora. Demonstração. Permanência da criança sob a guarda paterna. 256

P

POSSESSÓRIA

- Interdito proibitório – Turbação na posse por ato judicial. Inocorrência. Esbulho não caracterizado. Exercício legal de direito. Carência do pleito decretada. 310

PRESCRIÇÃO

- Direito do consumidor – Incidência do prazo do art. 27 do CDC. 339

PROCESSO

- Extinção – Decretação. Falta de interesse de agir. Exegese do art. 267, VI, do CPC. 239

PROCURAÇÃO

- *Vide* Mandato judicial.

PROVA

- Perícia contábil – Parcialidade e inidoneidade dos expertos. Indemonstração. Preliminar rejeitada. 410

R**RECURSO**

- Agravo de instrumento – Instrução com falta de peça necessária. Seguimento negado. Apelo desprovido. 351
- Agravo de instrumento – Peças necessárias ausentes na instrução. Seguimento ao apelo negado. Juntada posterior. Impossibilidade. Decisão mantida. 359
- Agravo regimental – Interposição contra despacho que concede efeito suspensivo a agravo de instrumento. Inadmissibilidade. Não conhecimento. 349
- Agravo regimental – Interposição contra despacho que nega efeito suspensivo a agravo de instrumento. Descabimento. Não conhecimento. 353
- Apelação – Rediscussão de matéria transitada em julgado em processo autônomo. Impossibilidade. Coisa julgada. 270
- Apelação cível – Interposição na ação cautelar e principal. Impossibilidade. Não conhecimento daquela dirigida contra a cautelar. Aplicação do princípio da unicidade recursal. 220
- Embargos de declaração – Questões não analisadas. Acórdão omissivo. Caracterização. Prequestionamentos, porém, improcedentes. Rejeição. 373

RECURSO ESPECIAL

- Agravo de instrumento – Contrato de abertura de crédito fixo. Alegação de não possuir força executiva. Improcedência. Liquidez e certeza do título. Seguimento ao apelo negado. 549
- Agravo de instrumento – Energia elétrica. Majoração no período de congelamento de preços. Ilegalidade. Decisão recorrida que não diverge dos julgados do TRF e do STJ. Seguimento ao apelo negado. 552
- Agravo de instrumento – Violação ao art. 6º, *caput*, da Lei de Introdução do Código Civil e artigos do CPC. Inocorrência. Divergência jurisprudencial. Indemonstração. Seguimento ao apelo negado. .. 545
- Benefício previdenciário – Auxílio-acidente. Majoração do percentual preconizada pela Lei n. 9.032/95. Impossibilidade. Irretroatividade das leis. Apelo provido. 546
- Juros – Auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, da CF. Discussão restrita ao âmbito do recurso extraordinário. Seguimento ao apelo negado. 550
- Magistério – Gratificação de regência. Ofensa aos arts. 460 e 535, II, do CPC, e Lei n. 1.533/51. Inocorrência. Divergência jurisprudencial. Indemonstração. Seguimento ao apelo negado. 551

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

- *Habeas corpus* – Preventivo. CPI. Convocação de juiz para depor sobre decisão judicial. Inadmissibilidade. Ofensa ao princípio constitucional da separação e independência dos poderes. Ordem deferida. 539

REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

- Art. 195 349 e 353

ROUBO QUALIFICADO

- Tentativa – Desistência voluntária. Inocorrência. Porte ilegal de arma. Absorção. Seqüestro e cárcere privado. Reconhecimento. Pena. Majoração. Apelo ministerial provido parcialmente. 511

S

SEGURO

- Veículo – Furto. Negativa de cobertura. Falta de comunicação da transferência de propriedade. Irrelevância. Obrigação de indenizar. 159

SENTENÇA

- Decisão *extra petita* – Inocorrência. Nulidade repelida. 221
- Execução – Apuração pelo cálculo do credor. Viabilidade. Valor excessivo. Inocorrência. Decisão mantida. 144

SENTENÇA CRIMINAL

- Fundamentação – Ausência. Inocorrência. Atendimento aos pressupostos do art. 381 do CPP. 410

SERVIDOR PÚBLICO

- *Vide* Funcionário público.

SOCIEDADE

- Comercial – Sócio. Exclusão. Deliberação por maioria. Legalidade. *Affectio societatis*. Desaparecimento. Reintegração ao quadro societário negada. 325

SONEGAÇÃO FISCAL

- *Vide* Crime contra a ordem tributária.

SÚMULAS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- N. 221 370

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

- N. 22 173
- N. 121 314
- N. 343 365

T

TRÁFICO DE ENTORPECENTE

- *Vide* Crime contra a saúde pública.

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

Idaete 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
Sandra Mello Bottaro Vieira
Valmecir José de Souza
Wânia Mara Valentim da Silva

Índice Numérico e Legislativo

Jorge Silveira

Índice por Assunto

Juvenaldo Zangelini

Montagem, impressão e acabamento
realizados pela Divisão de Artes Gráficas,
da Diretoria de Material e Patrimônio
do Tribunal de Justiça.