

# **JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE**



# JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

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

*ANO XXVI — 4º trimestre 2001 — N. 96*  
*Florianópolis — SC*  
*2002*

## JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

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

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

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

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

Diretor de Documentação e Informações:

Almir Tadeu Peres

Expediente: Palácio da Justiça Ministro Luiz Gallotti — 7º andar  
Praça da Bandeira, n. 208  
Caixa Postal 427  
88020-901 — Florianópolis — SC  
Telefone (48) 221-1153  
Fax (48) 221-1200

Tiragem: 3.000 exemplares

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE. Tribunal de Justiça.

Florianópolis, SC, 1973 — Trimestral

repositório autorizado sob n. 8/85—STF e 18/91—STJ  
periodicidade irregular de 1891 a 1972

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

CDU — 340.142 (816.4) (05)

CDD — 34005

## SUMÁRIO

<b>COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA .....</b>	<b>V</b>
<b>DOCTRINA</b>	
As normas constitucionais de acordo com a sua eficácia e aplicabilidade — Pedro Manoel Abreu, Desembargador .....	3
O Governo do Judiciário em Santa Catarina. A Interventoria Luiz Gallotti — João José Ramos Schaefer, Desembargador aposentado .....	25
<b>JURISPRUDÊNCIA CÍVEL</b>	
Habeas Corpus .....	35
Mandado de Segurança .....	40
Apelações Cíveis em Mandados de Segurança .....	45
Apelações Cíveis .....	67
Agravos de Instrumento.....	402
Agravos nos Agravos de Instrumento .....	445
Ação Rescisória .....	476
Embargos Infringentes.....	483
<b>JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL</b>	
Habeas Corpus .....	499
Apelações Criminais .....	508
Recurso de Agravo .....	589
Representação .....	593
Revisões Criminais .....	595
Queixa-Crime.....	606

## **JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Habeas Corpus.....	617
--------------------	-----

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

Mandado de Segurança .....	645
Medida Cautelar .....	650
Suspensão de Segurança .....	653

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

Pedido de Suspensão de Execução de Sentença .....	657
Recurso Especial Crime .....	660

## **PRIMEIRA INSTÂNCIA**

Sentenças.....	667
----------------	-----

## **NOTICIÁRIO**

Palestra proferida em 1º de outubro de 2001 como parte das comemorações do 110º aniversário de instalação do Tribunal de Justiça de Santa Catarina .....	681
--	-----

<b>ÍNDICE NUMÉRICO</b> .....	693
------------------------------	-----

<b>ÍNDICE POR ASSUNTO</b> .....	699
---------------------------------	-----

**COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
(setembro de 2002)

**TRIBUNAL PLENO**

**Presidente**

Des. Antonio Fernando do AMARAL E SILVA

**Primeiro Vice-Presidente**

Des. ALBERTO Luiz da COSTA

**Corregedor-Geral da Justiça**

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Des. JOÃO MARTINS

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

Des. ANSELMO CERELLO

Des. GENÉSIO NOLLI

Des. JORGE MUSSI — **Segundo Vice-Presidente**

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 — **Vice-Corregedor-Geral da Justiça**

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI — **Terceiro Vice-Presidente**

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. Luiz Carlos CERCATO PADILHA

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA

Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

Des. JOSÉ VOLPATO de Souza  
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ  
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA  
Des. FERNANDO CARIONI  
Des. José Antônio TORRES MARQUES  
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN

## **ÓRGÃO ESPECIAL**

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

Des. Antonio Fernando do AMARAL E SILVA — Presidente  
Des. JOÃO MARTINS  
Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO  
Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR  
Des. ALBERTO Luiz da COSTA  
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  
Des. José TRINDADE DOS SANTOS  
Des. SÉRGIO Torres PALADINO  
Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE

## **CONSELHO DA MAGISTRATURA**

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

Des. Antonio Fernando do AMARAL E SILVA — Presidente  
Des. ALBERTO Luiz da COSTA — 1º Vice-Presidente  
Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR — Corregedor-Geral da Justiça  
Des. JORGE MUSSI — 2º Vice-Presidente  
Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA — Vice-Corregedor-Geral da Justiça  
Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI — 3º Vice-Presidente  
Des. NEWTON TRISOTTO  
Des. ELÁDIO TORRET ROCHA  
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

## **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. PEDRO MANOEL ABREU



Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES  
Des. José TRINDADE DOS SANTOS  
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA  
Des. NEWTON TRISOTTO  
Des. José MAZONI FERREIRA  
Des. VOLNEI Ivo CARLIN\*  
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS  
Des. VANDERLEI ROMER\*  
Des. Luiz Carlos CERCATO PADILHA  
Des. ELÁDIO TORRET ROCHA  
Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO  
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS  
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza  
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA  
Des. FERNANDO CARIONI  
Des. José Antônio TORRES MARQUES  
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN

### **GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO**

Sessões: 2ª quarta-feira do mês — Horário: 15h — Local: 3º andar

Des. JOÃO MARTINS — Presidente  
Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO  
Des. NEWTON TRISOTTO  
Des. VOLNEI Ivo CARLIN  
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS  
Des. VANDERLEI ROMER\*

### **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. CLÁUDIO BARRETO DUTRA  
Des. Luiz Carlos CERCATO PADILHA  
Des. ELÁDIO TORRET ROCHA  
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS  
Des. FERNANDO CARIONI  
Des. José Antônio TORRES MARQUES

### **GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL**

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

Des. CARLOS PRUDÊNCIO — Presidente  
Des. ANSELMO CERELLO\*  
Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES  
Des. José MAZONI FERREIRA

Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO  
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza  
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA  
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN

### **PRIMEIRA CÂMARA CIVIL**

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

Des. CARLOS PRUDÊNCIO — Presidente  
Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES  
Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO  
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza

### **SEGUNDA CÂMARA CIVIL**

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

Des. José MAZONI FERREIRA — Presidente  
Des. ANSELMO CERELLO\*  
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA  
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN

### **TERCEIRA CÂMARA CIVIL**

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

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA — Presidente  
Des. ELÁDIO TORRET ROCHA  
Des. FERNANDO CARIONI  
Des. José Antônio TORRES MARQUES

### **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  
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

### **QUINTA CÂMARA CIVIL — DIREITO PÚBLICO**

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

Des. JOÃO MARTINS — Presidente  
Des. VOLNEI Ivo CARLIN  
Des. VANDERLEI ROMER\*

## **SEXTA CÂMARA CIVIL — DIREITO PÚBLICO**

Sessões: segundas-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. José GASPAR RUBIK — Presidente

Des. GENÉSIO NOLLI\*

Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA\*

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE\*

Des. SOLON D'EÇA NEVES

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

## **PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL**

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

Des. José GASPAR RUBIK — Presidente

Des. GENÉSIO NOLLI\*

Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA\*

Des. SOLON D'EÇA NEVES

## **SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL**

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

Des. SÉRGIO Torres PALADINO — Presidente

Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE\*

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

## **CÂMARA CIVIL ESPECIAL**

Sessões: quintas-feiras — Horário: 10h — Local: 4º andar

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI

Dr. NILTON João de MACEDO MACHADO

Dr. JAIME RAMOS\*

Dr. VICTOR José Sebem FERREIRA

Dr. JOSÉ CARLOS CARSTENS KOHLER

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

Dr. NILTON João de MACEDO MACHADO  
Dr. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU  
Dr. JAIME RAMOS  
Dra. MARIA DO ROCIO Luz SANTA RITTA  
Dr. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS  
Dr. NEWTON JANKE  
Dr. VITOR José Sebem FERREIRA  
Dr. JOSÉ CARLOS CARSTENS KOHLER  
Dr. DIONÍSIO JENCZAK

## **JUÍZES CORREGEDORES**

Dr. PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA  
Dr. ROBERTO LUCAS PACHECO  
Dr. TÚLIO JOSÉ MOURA PINHEIRO

## **CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA**

ARI DORVALINO SCHÜRHAUS

## **DIRETOR-GERAL ADMINISTRATIVO**

SÉRGIO GALLIZA

## **DIRETOR-GERAL JUDICIÁRIO**

ALBERTO PIZZOLATTI REMOR

## **\* JUÍZES DE DIREITO SUBSTITUTOS DE SEGUNDO GRAU CONVOCADOS DE ACORDO COM O ATO REGIMENTAL N. 24/94**

Dr. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU — Des. VANDERLEI ROMER  
Dr. JAIME RAMOS — Des. GENÉSIO NOLLI  
Dra. MARIA DO ROCIO Luz SANTA RITTA — Des. João Eduardo de  
SOUZA VARELLA  
Dr. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS — Des. ANSELMO CERELLO  
Dr. NEWTON JANKE — Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE  
Dr. JOSÉ CARLOS CARSTENS KOHLER — Des. VOLNEI Ivo CARLIN  
Dr. DIONÍSIO JENCZAK — Dr. JAIME RAMOS

**DOCTRINA**



# AS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE ACORDO COM A SUA EFICÁCIA E APLICABILIDADE\*

Pedro Manoel Abreu

Desembargador do TJSC

## 1. Introdução

O tema proposto, pela sua especificidade, é dos mais complexos, porquanto sobre ele se refletem questões que ultrapassam os limites do direito político, incursionando pela teoria do direito, pela hermenêutica, pela sociologia jurídica, pela ética e pela ciência política.

Além do caráter estritamente técnico da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais, há no horizonte do constitucionalismo contemporâneo a síndrome da crise, destacada por Luiz Roberto Barroso,<sup>1</sup> a apontar a frustração constitucional, decorrente da inflação jurídica, da insinceridade normativa e da juridicização do fato político.

Como lembra Paulo Bonavides,<sup>2</sup> com a programaticidade do estado social, o conceito de Constituição, penosamente elaborado pelos constitucionalistas do Estado liberal e pelos juristas do positivismo, entrou em crise. E hoje o drama do constitucionalismo contemporâneo reside justa-

---

\* Tema exposto no Seminário 3 da disciplina Fundamentos do Direito Constitucional do Mestrado em Direito da UFSC, sob a cátedra do Professor Doutor Sílvio Dobrowolski, em data de 9/8/1999.

---

1 BARROSO, Luiz Roberto. *A Constituição e a efetividade de suas normas*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1993, págs.41-114.

2 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, págs. 200-227.

mente no fato de desejar-se uma programaticidade jurídica e não uma programaticidade sem positividade, sem efetividade. Enfim, uma Constituição verdadeira, na expressão de Rudolf Smend,<sup>3</sup> refletindo a concepção de vida e um sistema de valores, exprimindo os componentes espirituais de uma realidade cultural.

O presente trabalho trata inicialmente da evolução do conceito político e filosófico ao conceito jurídico das Constituições, sob o enfoque de Paulo Bonavides. Num segundo plano, examina a questão da frustração constitucional, com destaque para o constitucionalismo brasileiro, sob a ótica de Luiz Roberto Barroso. Em seguida adentra propriamente no tema proposto, definindo a natureza e a eficácia jurídica das normas constitucionais, desta feita, pelo crivo de José Afonso da Silva,<sup>4</sup> tendo por fundamento sua prestigiosa obra *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. Por fim, a questão da eficácia constitucional é revisitada, numa visão semiológica, destacando a obra de Maria Helena Diniz,<sup>5</sup> que faz essa leitura do tema, em sua festejada obra *Norma Constitucional e seus efeitos*.

## 2. Do conceito político ao conceito jurídico das Constituições

As primeiras constituições, como anota Paulo Bonavides, tiveram um acentuado teor revolucionário e inspiração jusnaturalista. Traduziam um sentimento de profunda desconfiança contra o poder absoluto, com uma doutrina liberal de valorização da sociedade burguesa, de cunho individualista.<sup>6</sup> Sedimentavam-se num conceito político e filosófico de antagonismo ao poder. Já as declarações de direitos tinham a índole de um manifesto ou plataforma revolucionária e assim como os preâmbulos definiam a ideologia constitucional, de inspiração política. Só mais tarde, consolidadas as instituições liberais, tomou definida e nítida feição jurídica.<sup>7</sup>

Foi notadamente com a Constituição brasileira de 1824 e belga de 1832 que as cartas liberais passaram a ter uma definição jurídica. Já no

---

3 SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungsrecht*. In *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*. Berlim, 1955.

4 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998, pág. 270.

5 DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1992, pág. 155.

6 BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, pág. 200.

7 BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, pág. 201.



século XX, emergindo no ocidente o Estado social burguês, eclodiram as constituições socialistas, não mais disciplinando somente o poder estatal e os direitos individuais, como no século XIX, mas regulando uma esfera muito mais ampla — o poder estatal, a Sociedade e o indivíduo.<sup>8</sup> Nessa perspectiva merecem destaque as Constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919, enunciando os princípios constitucionais do Estado social em gestação, pelas vias do compromisso.<sup>9</sup>

Sublinha Bonavides que com a programaticidade entrou em crise o conceito de Constituição, penosamente elaborado pelos constitucionalistas do Estado liberal e pelos juristas do positivismo. E o drama jurídico das Constituições contemporâneas estaria residindo fundamentalmente em passar da esfera abstrata dos princípios, definidores dos direitos sociais concernentes às relações de produção, ao trabalho, à educação, à cultura, à previdência, à ordem concreta das normas, destacando que se deseja uma programaticidade jurídica e não uma programaticidade sem positividade.<sup>10</sup> Significativa, neste tocante, foi a contundente crítica teórica sobre a eficácia das normas nas Constituições rígidas e formais desferida por Lassale,<sup>11</sup> contrapondo à Constituição folha de papel, a Constituição real, viva, dinâmica, conjunto de forças sociais e econômicas indomáveis.<sup>12</sup> Por fim, chega-se à Constituição portadora de uma determinada concepção de vida ou de um determinado sistema de valores, exprimindo componentes espirituais de uma realidade cultural, na definição de Smend.<sup>13</sup>

Para Canotilho, “O sentido histórico, político e jurídico da constituição escrita continua hoje válido: a constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade. Ela estabelece em termos de direito e com os meios do direito os instrumentos de governo, a garantir direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas”.<sup>14</sup> No seu conjunto, regras e princípios constitucionais valem como lei: o direito constitucional é direito positivo, na definição de *F. Müller*. Nesta perspectiva *Garcia de*

---

8 BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, págs. 203-204.

9 BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, pág. 205.

10 BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, pág. 207.

11 LASSALE, Ferdinand. *Que es una constitución*, Buenos Aires, 1946.

12 BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, pág.208.

13 SMEND, Rudolf *apud* BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, pág. 209.

14 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed., Coimbra, Almedina, 1993, pág. 183.

*Enterria* fala na “constituição como norma” e *K. Hesse*, na “força normativa da constituição”.<sup>15</sup>

### 3. A frustração constitucional e a juridicização do fato político

Na visão crítica de Luiz Roberto Barroso, o Estado brasileiro registra uma trajetória institucional acidentada, tendo uma *média* de uma Constituição a cada vinte anos e uma quantidade impressionante de emendas e remendos, de boa e má inspiração, fazendo com que a ordem jurídica não seja sustentada nos valores da segurança e da justiça, reduzindo-se a um mero formalismo retórico.<sup>16</sup> Tal fenômeno, diga-se, não é só brasileiro, basta lembrar que a França, desde 1791, já teve 16 cartas políticas.

No plano ideal, será tanto melhor a Constituição quanto com maior facilidade se puder efetuar mudanças na vida social sem abalar a mecânica do processo político.<sup>17</sup> No Brasil, infelizmente, há uma tentação permanente de reformar a Constituição, sob a inspiração de fatores contingenciais e efêmeros,<sup>18</sup> como se observa, agora, no atual quadro da vida política brasileira, em que a Constituição tem sido mutilada por inspiração do modelo neoliberal instalado no governo.<sup>19</sup>

Lembra *Barroso*, ao confrontar o nosso modelo constitucional com o americano, que não importa que a Carta não seja sintética. Importa sim, que tenha um texto analítico e não casuístico. Uma Carta analítica é mais suscetível de mudanças futuras, em vista do impacto da dinâmica política. O casuísmo, ao contrário, é “a patologia do analítico”.<sup>20</sup>

Não se diga, entretanto, que o tempo de duração da Carta seja indicativo seguro de seu êxito, bastando lembrar as ditaduras do Haiti (de Duvalier) e da Nicarágua (Somoza). A frustração do constitucionalismo no Brasil e na América Latina, todavia, pode ser medida pela inflação de textos de curta duração aliada à crônica instabilidade dos regimes políti-

---

15 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, pág. 183.

16 BARROSO, Luiz Roberto. *Op. cit.*, pág. 45.

17 BARROSO, Luiz Roberto. *Op. cit.*, pág. 48.

18 BARROSO, Luiz Roberto. *Op. cit.*, pág. 50.

19 Neste particular, basta lembrar que somente a Constituição de 1988 já sofreu 26 emendas, estando outras em discussão no Congresso Nacional. A chamada Reforma Administrativa, que foi editada pela Emenda n. 19/98, já está em processo de nova emenda constitucional, em vista da dificuldade de editar-se o chamado teto constitucional, previsto no art. 37, XI. Fala-se, agora, em emenda da emenda constitucional que está tramitando na Câmara dos Deputados.

20 BARROSO, Luiz Roberto. *Op. cit.*, pág. 54.

cos a que dão sustentação jurídica. Registre-se que da independência até hoje os países latino-americanos editaram 267 Códigos Políticos. Somente a República Dominicana, 32; Venezuela, 27; Equador, 22; Bolívia, 20.<sup>21</sup>

Confrontando as normas constitucionais e a realidade do poder, Karl Loewenstein elaborou a classificação ontológica das Constituições, diferenciando-as segundo seu caráter normativo, nominal ou semântico. A Constituição normativa não seria apenas a juridicamente válida, mas aquela vivamente integrada na sociedade. Inversamente, a Constituição semântica seria a subalterna formalização de poder político existente, para o exclusivo benefício dos detentores do poder. Na Constituição nominal, a dinâmica do processo político não se adapta às suas normas, conservando ela um caráter educativo e prospectivo. Há uma desarmonia entre os pressupostos sociais e econômicos existentes e a aspiração constitucional, a ser sanada com o tempo. Transplantando essa classificação para o sistema constitucional brasileiro, na República, as Constituições de 1891, 1934 e 1946 teriam sido nominais, já as Cartas de 1937, 1967 e 1969 teriam sido semânticas. Espera-se, agora, consolidar uma Constituição normativa.<sup>22</sup>

Enfocando o fenômeno do que denomina de *juridicização do fato político*, Barroso traça, em verdade, um perfil histórico do constitucionalismo moderno. Sublinha que, em 1863, em conferência proferida para intelectuais e sindicalistas alemães, Lassale desenvolveu os fundamentos do sociologismo constitucional, formulando o entendimento de que a Constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais do poder que regem a sociedade.<sup>23</sup> Numa vertente oposta, situa-se a visão estritamente jurídica da Constituição. Hans Kelsen,<sup>24</sup> com seu normativismo metodológico, levou às últimas conseqüências a idéia de Constituição como um sistema de normas, purificada de quaisquer elementos sociológicos, políticos ou filosóficos.<sup>25</sup> Duguit sustenta que o Estado é o produto histórico de uma diferenciação social entre os fortes e os fracos em uma determinada

---

21 BARROSO, Luiz Roberto. *Op. cit.*, pág. 56.

22 BARROSO, Luiz Roberto. *Op. cit.*, págs. 62/63.

23 BARROSO, Luiz Roberto. *Op. cit.*, págs. 63/64.

24 KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito, “*Teoria general del Estado*” e “*Teoria general del Derecho y del Estado*”.

25 KELSEN, Hans *apud* BARROSO, Luiz Roberto, *Op. cit.*, págs. 64/65.

sociedade.<sup>26</sup> De seu turno, Gramsci observa que o Direito não exprime toda a sociedade, mas a classe dirigente, que impõe a todo o grupo social aquelas normas de conduta que estão mais ligadas à sua razão de ser e ao seu desenvolvimento.<sup>27</sup> Acentua Barroso que há um consenso doutrinário razoável que o Direito Constitucional, mesmo em sua dimensão positiva, expressa a síntese da tensão entre a norma e a realidade com a qual se defronta.<sup>28</sup> E acrescenta: “Com o desenvolvimento das idéias socialistas, o constitucionalismo ocidental dá início à tentativa de juridicização do processo econômico e social, nas experiências pioneiras da Constituição mexicana, de 1917, e da Constituição alemã de Weimar, de 1919”.<sup>29</sup>

#### 4. Natureza jurídica das normas constitucionais

Consoante José Afonso da Silva, *normas constitucionais* são todas as regras que integram uma constituição rígida.<sup>30</sup> Uma das conseqüências da rigidez é exatamente transformar em constitucional todas as disposições que integram a constituição.<sup>31</sup> Nossa Carta Política é de natureza rígida, uma vez que só pode ser modificada por processo legislativo diverso do previsto para a formação de outras leis (arts. 61 a 69). Isso significa que todas as disposições que a integram são formalmente constitucionais.<sup>32</sup>

A Constituição, por evidente, nasce para ser aplicada, mas só é aplicável na medida em que corresponda às aspirações socioculturais da sociedade a que se destina.<sup>33</sup> O termo aplicabilidade exprime uma possibilidade de aplicação. Esta consiste na atuação concreta da norma.<sup>34</sup> Sociologicamente, pode-se dizer que as normas constitucionais são eficazes e aplicáveis na medida em que são efetivamente observadas e cumpridas.

---

26 DUGUIT, Leon *apud* BARROSO, Luiz Roberto. *Op. cit.*, pág. 65.

27 GRAMSCI, Antônio *apud* BARROSO, Luiz Roberto. *Op. cit.*, pág. 65.

28 BARROSO, Luiz Roberto. *Op. cit.*, págs. 66/67.

29 BARROSO, Luiz Roberto. *Op. cit.*, pág. 68.

30 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 44.

31 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 46

32 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 47.

33 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 47.

34 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 51.

Juridicamente, depende de saber se estão *vigentes*, se são *legítimas*, se têm *eficácia*.<sup>35</sup>

*Vigência*, de outro vértice, é a qualidade da norma que a faz existir juridicamente e a torna de observância obrigatória, isto é, exigível sob certas condições, não se confundindo com *eficácia*, sendo condição de efetivação desta.<sup>36</sup> Neste tocante, a Constituição, assim como as leis em geral, possui cláusula de vigência, determinando o momento em que começará a vigor e, com isso, tornar-se apta a produzir os efeitos próprios do seu conteúdo.<sup>37</sup> O prazo que vai da publicação do ato promulgatório até a efetiva entrada em vigor é denominado *vacatio constitutionis*. Durante a *vacatio* continuam em vigor as normas anteriores. Assim, a lei que tenha sido editada neste período será inválida se contrariar as normas constitucionais existentes, mesmo quando esteja de acordo com a constituição já promulgada, mas não vigente.<sup>38</sup> Tal lei, todavia, vale enquanto perdurar a *vacatio*, ficando revogadas por inconstitucionalidade, com a vigência do novo texto.<sup>39</sup>

*Sobre legitimidade*, diz-se que as normas ordinárias e complementares são legítimas quando se conformam formal e substancialmente com os ditames da constituição.<sup>40</sup>

No pertinente à *eficácia*, diz-se que uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. Por isso, eficácia e aplicabilidade são fenômenos conexos. Se a norma não dispõe de todos os requisitos para a sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispondo de aplicabilidade. Esta se revela, assim, como possibilidade de aplicação. Para isso, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos.<sup>41</sup>

---

35 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 52.

36 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 53.

37 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 53. Anote-se que a Carta de 1967, promulgada em 24/1/67, entrou em vigor em 15/3/67 (art.189). A de 1969, promulgada em 17/10/69, entrou em vigor em 30/10/69. A CF/88 não trouxe cláusula de vigência e de promulgação, mas vários de seus dispositivos, especialmente do ADCT, estabelecem prazos a partir de sua promulgação, vale dizer que ela entrou em vigor desde sua promulgação, em 5/10/88, como observa o aludido jurista.

38 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 54.

39 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 55.

40 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 55.

41 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 60.

## 5. Eficácia das normas constitucionais

O problema da eficácia e da aplicabilidade das normas enfrenta incertezas terminológicas. Para aludir a existência do Direito, os juristas recorrem a diversas terminologias, como *positividade*, *vigência*, *eficácia*, *observância*, *factividade* e *efetividade*.<sup>42</sup>

O *sociologismo jurídico* reduz o problema da vigência ao da eficácia. Vigente seria o Direito que obtém, em realidade, aplicação eficaz. Sob essa perspectiva, muitas normas constitucionais, especialmente as chamadas *programáticas*, não adquiririam vigência enquanto uma lei não as atuasse efetivamente.<sup>43</sup>

Já o *normativismo* de *Kelsen* distingue com precisão vigência de eficácia. A vigência pertenceria ao mundo do *dever-ser*, e não à ordem do *ser*. Significa a existência específica da norma; ao passo que a *eficácia* é o fato de que a norma é efetivamente aplicada e seguida, pertencendo à ordem do *ser*. Acha, todavia, que um mínimo de eficácia é condição de vigência da norma.<sup>44</sup>

A ciência do Direito enfrenta o problema da classificação das normas, com proveito para o Direito Constitucional. Pelo seu caráter imperativo as normas jurídicas revelariam uma conduta positiva ou uma omissão, um *agir* ou *não-agir*, distinguindo-se, por isso, as normas jurídicas em *preceptivas* — as que impõem uma conduta positiva (ex.: arts. 5º, *caput*,<sup>45</sup> 44,<sup>46</sup> 164,<sup>47</sup>) — e *proibitivas* — as que impõem uma omissão, uma

---

42 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 63.

43 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 64.

44 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 65.

45 Art. 5º, *caput*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...”.

46 “Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.”

47 “Art. 164. A competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo Banco Central.”

conduta omissiva, um não-ato, não-fazer (ex.: arts. 5º, III,<sup>48</sup> XLV,<sup>49</sup> XXXVII,<sup>50</sup> XI,<sup>51</sup> 14, § 2º,<sup>52</sup> 17, § 4º,<sup>53</sup> 142, § 3º, IV<sup>54</sup>).<sup>55</sup>

Del Vecchio classificou as normas jurídicas em *primárias* (suficientes por si mesmas) e *secundárias* (não bastantes por si mesmas, dependentes de outras). Lembra J. Afonso da Silva que a existência de normas permissivas, que não determinem a obrigatoriedade de uma conduta positiva ou omissiva, induziu parte da doutrina a afirmar que nem todo o Direito é imperativo.<sup>56</sup>

A doutrina estabeleceu a clássica distinção das normas, sob o ponto de vista da eficácia, em *coercitivas* (*preceptivas e proibitivas* — impondo uma ação ou uma abstenção independentemente da vontade das partes) e *dispositivas* (as que completam outras ou ajudam a vontade das partes a atingir seus objetivos legais). As normas constitucionais pertenceriam essencialmente ao *ius cogens*, sendo controvertida a questão relativa à existência de normas constitucionais dispositivas.<sup>57</sup>

Sob o ponto de vista da aplicabilidade, a doutrina constitucional norte-americana classificou as normas constitucionais em *self-executing provisions* e *not self-executing provisions*, havidas como disposições auto-aplicáveis ou auto-executáveis, ou aplicáveis por si mesmas, ou, ainda, bastantes em si e disposições não-auto-aplicáveis ou não-auto-executáveis, ou não-aplicáveis por si mesmas, ou ainda, não-bastantes em si. Segundo a mesma doutrina, normas constitucionais *self-executing* (ou *self-enforcing*, ou *self-acting*; auto-executáveis, auto-aplicáveis, bastantes em si) são desde logo aplicáveis, porque revestidas de plena eficácia jurídica, enquanto normas constitucionais *not self-executing* (ou *not self-enforcing*, ou *not self-acting*; não

48 “Art. 5º, III — ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.”

49 “Art. 5º, XLV — nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.”

50 “Art. 5º, XXXVII — não haverá júízo ou tribunal de exceção.”

51 “Art. 5º, XI — a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.”

52 “Art. 14, § 2º — Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.”

53 “Art. 17, § 4º — É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.”

54 “Art. 142, § 2º, IV — ao militar são proibidas a sindicalização e a greve.”

55 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 67.

56 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 69.

57 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, págs. 70-71.

auto-executáveis, não auto-aplicáveis, *não bastantes em si*) são as de aplicabilidade dependentes de leis ordinárias.<sup>58</sup>

Na perspectiva de que todas as normas constitucionais são providas de eficácia, José Afonso da Silva discrimina-as em três categorias: normas constitucionais de eficácia plena; normas constitucionais de eficácia contida; normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.<sup>59</sup> Propõe uma classificação quanto à eficácia e aplicabilidade, classificando-as: 1) normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; 2) normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral; 3) normas de eficácia limitada — *a*) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos; *b*) declaratórias de princípio programático.<sup>60</sup>

É justamente sobre essa classificação e seus fundamentos que se concentra esse estudo.

---

58 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, págs. 73-74.

59 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 82.

60 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 86.



## 5.1. Normas constitucionais de eficácia plena

*A orientação doutrinária moderna reconhece eficácia plena e aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais, mesmo a grande parte daquelas de caráter sócio-ideológico, as quais até recentemente não passavam de princípios programáticos. A Constituição revelou, entretanto, acentuada tendência de deixar para o legislador ordinário a integração e complementação de suas normas.<sup>61</sup> A norma constitucional de eficácia plena contém todos os elementos e requisitos para sua incidência direta e imediata.<sup>62</sup> Exemplos: arts. 1º;<sup>63</sup> 15;<sup>64</sup> 17, § 4º;<sup>65</sup> 28;<sup>66</sup> 44, parágrafo único;<sup>67</sup> 45;<sup>68</sup> 46, § 1º;<sup>69</sup> 60, § 3º;<sup>70</sup> 76,<sup>71</sup> 145, § 2º;<sup>72</sup> 226, § 1º.<sup>73</sup>*

São, em suma, de eficácia plena, as normas constitucionais que:

61 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, págs. 88/89.

62 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 99.

63 “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I — a soberania; II — a cidadania; III — a dignidade da pessoa humana; IV — os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V — o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

64 “Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: I — cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II — incapacidade civil absoluta; III — condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV — recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII, V — improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.”

65 “Art. 17, § 4º — É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.”

66 “Art. 28. A eleição do Governador e do Vice-Governador de Estado, para mandato de quatro anos, realizar-se-á no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato de seus antecessores, e a posse ocorrerá em primeiro de janeiro do ano subsequente, observado, quanto ao mais, o disposto no art. 77.”

67 “Art. 44. Parágrafo único. Cada legislatura terá a duração de quatro anos.”

68 “Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.”

69 “Art. 46, § 1º — Cada Estado e o Distrito Federal elegerão três Senadores, com mandato de oito anos.”

70 “Art. 60, § 3º — A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.”

71 “Art. 76. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.”

72 “Art. 145, § 2º — As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.”

73 “Art. 226, § 1º — O casamento é civil e gratuita a celebração.”

*a) contenham vedações ou proibições; b) confirmem isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designem órgãos ou autoridades especiais a que incumbam especificamente sua execução; d) não indiquem processos especiais de sua execução; e) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes complete o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados.*<sup>74</sup>

## 5.2. Normas constitucionais de eficácia contida

Tais normas têm as seguintes características: *a)* são normas que em regra solicitam a intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura (arts. 5º, VIII, 5º, XIII, 37, I); *b)* enquanto o legislador ordinário não expedir a norma restritiva, sua eficácia será plena (arts. 15, IV em relação ao art. 5º, IV, VI e VIII; 14, § 9º etc.); *c)* são de aplicabilidade direta e imediata; *d)* algumas dessas normas já contêm um conceito ético-jurídico (bons costumes, ordem pública etc. *Vide*: CF 69/art. 153, § 3º, arts. 144, § 1º, I, 136, 142), como valor societário ou político a preservar, que implica a limitação da sua eficácia; *e)* sua eficácia pode ser afastada pela incidência de outras normas constitucionais, se ocorrerem certos pressupostos de fato (estado de sítio, p. ex.)<sup>75</sup>. Estão discriminadas especialmente nos direitos e garantias fundamentais, despontando também em outros contextos.

As normas de eficácia contida têm natureza de normas imperativas, positivas ou negativas, limitadoras do poder público.<sup>76</sup>

Na lição de José Afonso da Silva:

São aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos em que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.<sup>77</sup>

74 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 101.

75 SILVA, José Afonso da. *Pág. cit.*, págs. 104-105.

76 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 116.

77 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 116.

### 5.3. Normas constitucionais de eficácia limitada

São de dois tipos: *a)* as definidoras de princípio institutivo *ou organizativo*, ou normas constitucionais de princípio institutivo; *b)* as *definidoras de princípio programático*, ou normas constitucionais de princípio programático.<sup>78</sup>

#### 5.3.1. Normas constitucionais definidoras de princípio institutivo

As normas de princípio institutivo, que também poderiam chamar-se de princípio orgânico ou organizativo, caracterizam-se por indicarem uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação.<sup>79</sup> São aquelas “através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei”.<sup>80</sup>

Podem ser *impositivas*, quando determinam ao legislador, em termos peremptórios, a emissão de uma legislação integrativa (ex.: arts. 20, § 2º; 32, § 4º; 33; 37, XI; 88; 90, § 2º; 91, § 2º, 107, parágrafo único, 109, VI; 111, § 3º, 113 e 128, § 5º; 121; 146; 165, § 9º; e 163 etc.) e *facultativas ou permissivas*, quando não impõem uma obrigação, limitando-se a dar ao legislador ordinário a possibilidade de instituir ou regular a situação nelas delineada (ex.: arts. 22, parágrafo único; 125, § 3º; 195, § 4º; 25, § 3º etc).<sup>81</sup>

Se o comando impositivo não for cumprido, a omissão do legislador poderá constituir um comportamento inconstitucional por omissão, por força do art. 103, § 2º, da CF. Tais normas entram em vigor na data prevista para a Constituição. Sua eficácia integral é que fica na dependência de lei integrativa. Tais normas, desde que entrem em vigor, são aplicáveis até onde possam, sendo que muitas delas são quase de eficácia plena, interferindo o legislador tão-só para aperfeiçoar sua aplicabilidade.<sup>82</sup>

78 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 118.

79 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 123.

80 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 126.

81 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, págs. 127-128.

82 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 130.

### 5.3.2. Normas constitucionais definidoras de princípio programático

No que pertine às normas constitucionais de princípio programático, diga-se que as constituições contemporâneas constituem documentos jurídicos de compromisso entre o liberalismo capitalista e o intervencionismo.<sup>83</sup>

São programáticas:

Aquelas normas constitucionais pelas quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.<sup>84</sup>

Segundo os sujeitos mais diretamente vinculados, as normas programáticas da Constituição podem ser indicadas em três categorias: I — Normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade: *a*) participação nos lucros... (art. 7º, XI); *b*) proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX); *c*) proteção em face da automação (art. 7º, XXVII); *d*) repressão ao abuso de poder econômico... (art. 173, § 4º); *e*) incentivos para a produção e o conhecimento de bens culturais (art. 216, § 3º); *f*) estímulo às empresas que invistam em pesquisa e tecnologia (art. 218, § 4º). II — Normas programáticas referidas aos Poderes Públicos: *a*) à *União* — arts. 21, IX (48, IV); 184; 211, § 1º; *b*) aos *Poderes Públicos em geral*: arts.: 215; 215, § 1º; 216, § 1º; 217; 218, § 3º; 226; 227, § 1º. III — Normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social em geral: arts. 170; 193.<sup>85</sup>

---

83 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 116. Anota José Afonso da Silva que “esse embate entre o liberalismo, com seu conceito de democracia política, e o intervencionismo ou o socialismo repercute nos textos das constituições contemporâneas, com seus princípios de direitos econômicos e sociais, comportando um conjunto de disposições concernentes tanto aos direitos dos trabalhadores como à estrutura da economia e ao estatuto dos cidadãos. O conjunto desses princípios formam o chamado conteúdo social das constituições. Vem daí o conceito de *constituição dirigente*, de que a Constituição de 1988 é exemplo destacado, enquanto define fins e programas de ação futura no sentido de uma orientação social democrática” (*Op. cit.*, págs. 136-137).

84 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 138.

85 Cf. José Afonso da Silva, não foram incluídos o direito à saúde (art. 196), nem o direito à educação (art. 205), porque em ambos os casos a norma institui um dever correlato de um sujeito determinado — o Estado, que, por isso, tem o dever de satisfazer esse direito (*Op. cit.*, págs. 149/150).

As normas de princípio programático têm as seguintes características:

I — São normas que têm por objeto a disciplina dos interesses econômico-sociais, tais como: realização da justiça social e existência digna; valorização do trabalho; desenvolvimento econômico; assistência social, intervenção do Estado na ordem econômica, amparo à família; combate à ignorância; estímulo à cultura, à ciência e à tecnologia. II — São normas que não tiveram força suficiente para se desenvolver integralmente, sendo acolhidas, em princípio, como programa a ser realizado pelo Estado, por meio de leis ordinárias ou de outras providências. III — São normas de eficácia reduzida, não sendo operantes relativamente aos interesses que lhes constituem objeto específico e essencial, mas produzem importantes efeitos jurídicos (...).<sup>86</sup>

Diga-se que qualquer lei que atente contra alguma norma constitucional, inclusive as programáticas, deve ser declarada inconstitucional. Nesse ponto as programáticas revelam-se com eficácia plena como qualquer outra. E a lei anterior com elas incompatível deve ser considerada revogada, por inconstitucionalidade.<sup>87</sup>

Concluindo, tem-se que:

As normas programáticas tem eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos seguintes casos: I — estabelecem um dever para o legislador ordinário; II — condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; III — informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; IV — constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; V — condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; VI — criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou desvantagem.<sup>88</sup>

Lembra José Afonso da Silva que o art. 5º, § 1º, da CF estatui que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, abrangendo, pelo visto, as normas que revelam os direitos sociais, nos termos dos arts. 6º a 11. Como algumas normas definidoras dos direitos sociais e coletivos dependem de legislação ulterior, a omissão legislativa pode ser corrigida por intermédio do Judiciário, pelos pro-

86 SILVA, José Afonso. *Op. cit.*, págs. 150/151.

87 SILVA, José Afonso da. *Pág. cit.*, pág. 163.

88 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 164.

cedimentos do mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º). Também é possível o exercício da *iniciativa popular* para a elaboração de leis integradoras da eficácia das normas constitucionais (CF, art. 61, § 2º).<sup>89</sup>

## 6. A eficácia constitucional numa visão semiológica<sup>90</sup>

A *semiologia*, segundo Maria Helena Diniz, exerce grande papel na elaboração do discurso científico, por analisar o âmbito ideológico das informações, possibilitando efetuar uma leitura das significações normativas relacionadas entre si, com a realidade e com o valor e, ainda, com seu elaborador e destinatário.<sup>91</sup> O recurso à semiologia é bastante útil, porquanto o direito pressupõe uma formulação lingüística, sendo a comunicação primordial para a convivência social. Além do que a norma constitucional é um fator de controle social, por prescrever condutas.<sup>92</sup>

Miguel Reale,<sup>93</sup> na sua tridimensionalidade jurídica, concebe o sistema jurídico composto de um subsistema de *normas, fatos e valores* isomórficos entre si. Nessa perspectiva, deduz-se que os elementos do sistema estão vinculados entre si por uma relação de interdependência. Se houver incongruência entre eles, há quebra de isomorfia e lacuna. Havendo conflito dentro do subsistema normativo, há antinomia, sendo este aberto e incompleto, por estar em relação de importação e exportação de informações com os outros subsistemas (fático e valorativo).<sup>94</sup>

Na semiótica sempre são relacionados o sinal ou signo, o objeto denotado pelo signo e determinadas pessoas, apresentando-se em três dimensões: *a) Sintática*, estudando os signos ou símbolos lingüísticos relacionados entre si mesmos, prescindindo do usuário e das designações; *b) Semântica*, encarando a relação dos signos com os objetos extralingüísticos. Trata dos signos e dos objetos denotados, vinculando as afirmações do discurso com o campo objetivo a que se refere; *c) Pragmática*, estudando os símbolos lingüísticos, suas significações e as pessoas ligadas à

89 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 166.

90 Estudo baseado em Maria Helena Diniz, que publicou excelente trabalho sobre o problema eficaz da norma constitucional a partir do enfoque semiológico, intitulado Norma Constitucional e seus efeitos (2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992).

91 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág.16.

92 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág.17.

93 REALE, Miguel. Teoria tridimensional do direito. São Paulo, Saraiva, 1968.

94 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 20.

semiose, ocupando-se da relação dos signos com os usuários. A ideologia é tida como uma dimensão pragmática da linguagem.<sup>95</sup>

## 6.1. Determinação dos conceitos de validade, vigência, eficácia e fundamento como problema conceitual

No conceito de *validade* em sentido amplo, cumpre distinguir entre validade constitucional, formal e fática, de um lado, e *vigência* e *eficácia* de outro. A *validade constitucional* indica que a norma é conforme as prescrições constitucionais. A validade formal significa que foi elaborada por órgão competente em obediência aos procedimentos legais.<sup>96</sup> Na validade da norma pode-se vislumbrar uma relação *sintática*, pois somente será válida se se fundar em uma superior, reveladora da competência do órgão emissor e do processo para a sua elaboração.<sup>97</sup> Para Alf Ross<sup>98</sup>, em sua teoria realista, a validade jurídica apóia-se na realidade dos fatos, sendo, portanto, uma validade *semântica*, já que a norma valeria se for efetivamente obedecida.<sup>99</sup> Para Tércio Sampaio Ferraz Jr.,<sup>100</sup> a norma válida, sob o prisma *pragmático*, é aquela cuja autoridade, ainda que o conteúdo não seja cumprido, é respeitada, sendo tecnicamente imune a qualquer descrédito.<sup>101</sup> A validade fática de uma norma significa que ela é efetiva.

No período que vai da publicação até sua revogação, ou até o prazo estabelecido para a sua validade, diz-se que a norma é *vigente*. Vigência temporal, portanto, é uma qualidade da norma atinente ao tempo de sua atuação, podendo ser invocada para produzir concretamente seus efeitos (eficácia).<sup>102</sup> Diga-se que a vigência poderá coincidir com a validade formal, mas nada obsta que uma norma válida tenha sua vigência postergada (*vide* LICC, art. 1º, vigência 45 dias da publicação). Ademais, uma norma não mais vigente, por ter sido revogada, poderá continuar vinculante, ten-

95 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 21.

96 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 23.

97 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, págs. 23/24.

98 De ROSS, Alf, ver *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires, 1963; *El concepto de validez y otros ensayos*. Buenos Aires, 1969; *Logica de las normas*. Madrid, 1970.

99 ROSS, Alf *apud* DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 24.

100 Ver FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Segurança jurídica e normas gerais tributárias. *Revista de Direito Tributário*, n. 52, págs. 17-18.

101 FERRAZ JUNIOR *apud* DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, págs. 24/25.

102 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 25.

do vigor para os casos anteriores à sua revogação, na preservação do ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI; LICC, art. 6º, §§ 1º a 3º).<sup>103</sup>

A eficácia diz respeito às condições fáticas e técnicas de atuação da norma jurídica e ao seu sucesso. É a qualidade do texto normativo vigente de produzir efeitos jurídicos concretos, no meio social.<sup>104</sup> Indica, em sentido técnico, que ela tem possibilidade de ser aplicada, de exercer ou produzir seus próprios efeitos jurídicos.<sup>105</sup>

A legitimidade, num sentido ampliativo e ideológico, deve ser entendida como validade ética ou fundamento axiológico do direito, cuja finalidade é implantar uma ordem justa na vida social.<sup>106</sup> Assim, legítima será a norma constitucional advinda de um titular legítimo do poder constituinte,<sup>107</sup> mas deve corresponder aos ideais e aos sentimentos de justiça da comunidade que rege.<sup>108</sup>

## 6.2. Conceito de eficácia constitucional sob a dimensão pragmática em conexão com os aspectos sintáticos e semânticos

A eficácia, numa dimensão sintática, seria a aptidão técnica da norma constitucional para produzir efeitos jurídicos.<sup>109</sup> Terá eficácia jurídica a norma constitucional que, tecnicamente, tiver condições de aplicabilidade.<sup>110</sup> A aplicabilidade da norma dependeria de saber se ela é vigente, legítima e se tem eficácia.<sup>111</sup> Determinando a necessidade de sua regulamentação, enquanto esta não advier, será sintaticamente ineficaz a norma constitucional, instaurando-se uma lacuna técnica, que poderá ser suprida pelo mandado de injunção (CF, art. 5º, LXXI) e a iniciativa popular (art. 14, III e 61, § 2º).

---

103 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 26.

104 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 27.

105 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 28.

106 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 30.

107 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 30.

108 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 32.

109 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 34.

110 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 35.

111 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 35.



A eficácia constitucional, no nível sintático, pode, ainda, ser aferida no *plano temporal*, revogando as que com ela forem incompatíveis, recepcionando as que com ela não conflitam, condenando à reconstituição ou operando a desconstitucionalização, dispondo para o futuro e para o passado.<sup>112</sup> Diga-se que com a implantação da nova Carta verifica-se, pela sua supremacia, a subordinação de toda a ordem jurídica aos novos preceitos. As normas conflitantes ficam imediatamente revogadas. Por outro lado, está ínsita no sistema a regra de que a nova Carta não repudia as normas anteriores com ela compatíveis,<sup>113</sup> operando-se automaticamente a recepção.

Opera-se o fenômeno da desconstitucionalização pela recepção, pelo novo texto constitucional, como leis ordinárias, dos antigos preceitos constitucionais, que não são objeto da nova Carta.<sup>114</sup> A norma constitucional pode ter eficácia pós-operante, dispondo para o futuro, não alcançando fatos pretéritos com ela conflitantes e retrooperante, regendo o passado, alcançando situações constituídas sob a égide da Constituição anterior. Sua vigência é para o futuro, mas sua eficácia pode ser para o futuro e para o passado.<sup>115</sup> Para solucionar os conflitos são usados dois critérios — a) o das disposições transitórias, no próprio texto normativo; e b) o dos princípios da retroatividade e da irretroatividade das normas, de construção doutrinária.<sup>116</sup> A retroatividade tem caráter excepcional, já que a irretroatividade está consubstanciada na Constituição (art. 5º, XXXVI).<sup>117</sup> A eficácia da nova norma está limitada pelo direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, efeitos residuais da lei revogada.<sup>118</sup> Retroagem as normas constitucionais e políticas; as normas administrativas, as processuais, principalmente as de organização judiciária e de competência e as penais, somente quando beneficiarem o réu (art. 5º, XL).<sup>119, 120</sup>

---

112 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, págs. 42/43.

113 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 43.

114 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 47.

115 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, págs. 48/49.

116 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 49.

117 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 50.

118 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 52.

119 Ver a propósito do tema: FARIA, Bento de. Aplicação e retroatividade da lei. Rio de Janeiro, 1934, págs. 25/32; e RÁO, Vicente. O direito e a vida do direito. 1952, vol.1, págs. 452/459.

120 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, págs. 53/54.

A eficácia social respeita a relação semântica da norma (signo) não só com a realidade social a que se refere, mas também com os valores positivos (objetos denotados).<sup>121</sup> Nessa perspectiva, *semanticamente*, será eficaz a norma constitucional que tiver condições fáticas de atuar, por ser adequada à realidade social e aos valores positivos, sendo por isso obedecida.<sup>122</sup> Nesse enfoque o problema eficaz seria o da determinação real-fática se os destinatários da norma ajustam seu comportamento ao seu comando,<sup>123</sup> ou, em suma, se a norma constitucional seria efetivamente obedecida.<sup>124</sup> Por isso, é necessário que o texto constitucional tenha certo respaldo nos fatos sociais a que se refere e que tenha exequibilidade,<sup>125</sup> em suma, que tenha aplicação jurídica e sociológica.

Temos inúmeros exemplos de eficácia jurídica sintática, sem eficácia social, por ser a norma semanticamente ineficaz (*vide* relativamente aos direitos dos trabalhadores, art. 7º, IV, XI, XVIII; função social da propriedade, arts. 170, III e 186, I a IV).<sup>126</sup>

Como já dito, o sistema jurídico é composto de vários subsistemas — de normas, de fatos e de valores, correlatos entre si. Havendo discrepância entre eles, surge a lacuna normativa, ontológica ou axiológica. A lacuna normativa ocorre verificando-se a ausência de norma sobre determinado caso; a axiológica, havendo norma que, sendo aplicada, acarrete situação injusta; e a ontológica, quando a norma vigente não corresponde à realidade fático-social.<sup>127</sup> Diz-se que haverá eficácia sociológica se ela for obedecida e aplicada pela autoridade.<sup>128</sup>

Toda norma pressupõe a pessoa que a estabelece ou fixa (emissor) e a quem se dirige (destinatário). A *pragmática* está intimamente conexas não só com as relações sintáticas e semânticas das normas constitucionais, mas também com a sua relação funcional de influir no comportamento do destinatário, que pode obedecê-las ou não.<sup>129</sup> Assim, se uma norma for sintaticamente eficaz, mas semanticamente inefetiva, por ser regularmente desobedecida, fala-se em inefetividade pragmática no sentido de *desuso*, isto é, omissão diante de fatos que constituem condições para a aplicação da norma. A norma em desuso não perde a eficácia; é eficaz,

---

121 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 56.

122 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 57.

123 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 57.

124 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 58.

125 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 58.

126 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 59.

127 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 65.

128 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 65.

129 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 68.

mas regularmente desobedecida.<sup>130</sup> Por isso, não é possível estudar a eficácia constitucional em seu isolamento sintático e semântico; é preciso analisar esses efeitos ligando-os ao seu destinatário, ou seja, o órgão competente para normar.<sup>131</sup>

Não há, sob o ângulo *pragmático*, norma constitucional sem eficácia. Todo e qualquer preceito que contiver um *mínimo de eficácia* tem possibilidade de produzir concretamente efeitos jurídicos. O *mínimo de eficácia* é, pois, a possibilidade da norma poder ser, concomitantemente obedecida e não aplicada pelo órgão competente; desobedecida e aplicada pela autoridade jurídica, ou ainda, ser desobedecida e não aplicada.<sup>132</sup>

### 6.3. Estabilidade da norma constitucional como condição de sua eficácia

“É indubitável que a Constituição deva nascer das realidades contingentes do grupo social que disciplina”. Assim não fosse, seria ela, na expressão de Ihering,<sup>133</sup> *um fantasma de direito*, uma reunião de palavras vazias. Sem conteúdo substancial *esse direito fantasma*, como todas as assombrações, não se realizaria, não teria *eficácia social*.<sup>134</sup> No Brasil o nosso constitucionalismo tem sido exemplo de falta de correspondência entre a realidade fático-social e a normativa.<sup>135</sup>

A norma constitucional é dotada de mutabilidade como tudo que pertence à história, embora possa ser estável ou duradoura.<sup>136</sup> Pela reforma constitucional promove-se a defesa da Constituição *dentro da Constituição*. Por isso, para evitar movimentos revolucionários, a ordem constitucional deve conter soluções para as suas crises, procurando legalmente suavizá-las, por meio de lenta transformação.<sup>137</sup> Nessa perspectiva, o ADCT, em seu art. 3º, previu a revisão constitucional brasileira após cinco anos, contados da promulgação e previu, igualmente, a possibilidade de ser emendada (art. 60).

Havendo abuso de poder para exercer opressão irremediável, surge o *direito de resistência*, que, em sentido amplo, reconhece aos

130 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 70.

131 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 70.

132 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 74.

133 VON IHERING, Rudolf. *L'esprit du droit romain*, t. 3, pág.16.

134 VON IHERING, Rudolf *apud* DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 77.

135 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 77.

136 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 82.

137 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 84.

cidadãos, em certas condições a recusa à obediência, a oposição às normas injustas, a resistência à opressão e à revolução.<sup>138</sup> É legítima a resistência se a ordem que o poder pretende impor seja falsa, divorciada do conceito ou idéia de direito imperante na comunidade.<sup>139</sup>

Sublinha Maria Helena Diniz que “a desobediência civil é uma forma particular de desobediência, na medida em que é executada com o fim imediato de mostrar publicamente a injustiça, a ilegitimidade e a invalidade da lei com o fim imediato de induzir o poder de mudá-la”.<sup>140</sup> Exemplo histórico de desobediência civil é o americano, durante a Guerra do Vietnã, com a recusa do serviço militar obrigatório.<sup>141</sup>

## 7. Conclusão

O presente trabalho, compilando a doutrina nacional mais consistente sobre o tema, oferece ao estudioso e notadamente ao profissional do Direito a compreensão mais ampla da aplicabilidade das normas constitucionais, que não podem ser confinadas, para efeito de exegese, ao seu contexto normativo, mas interpretadas no horizonte da tridimensionalidade do Direito concebida por Miguel Reale, recorrendo, inclusive, à semiologia, na concepção de uma Constituição real, viva, dinâmica, na perspectiva da construção do sonho de uma Constituição normativa, na classificação ontológica de Loewenstein.

O processo, como tem reiteradamente afirmado a moderna doutrina processual, é instrumento ético, político e jurídico de composição da lide e de efetivação do próprio direito, incluindo em seu conteúdo o sentido axiológico da realização do justo. A decisão, por isso, deve vir impregnada quase de um efeito injuntivo, para construir a norma para o caso concreto, subministrando o remédio de efetivação do direito, de realização do justo e de pacificação social.

Notadamente o juiz, na expressão de João Luiz Duboc Pinaud,<sup>142</sup> deverá realizar na sentença uma psicoterapia social, abandonando esse discurso da neutralidade e incorporando um ingrediente político de

---

138 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 88.

139 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 89.

140 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 89.

141 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 89.

142 DUBOC PINAUD, João Luiz. *In: XVI CONGRESSO BRASILEIRO DE MAGISTRADOS — Justiça, Ética e Democracia — Judiciário independente, garantia do cidadão, XVI, Gramado, 1999.*

representação popular, que se legitima pela compreensão dos problemas mais agudos que afetam a sociedade e que incumbe ao Judiciário, como poder político, ajudar a resolver.

Toda Constituição, na lição já apontada de José Afonso da Silva,<sup>143</sup> nasce para ser aplicada, mas só é aplicável na medida em que corresponder às aspirações sócio culturais da sociedade a que destina.

E no conceito estrutural de Constituição de Garcia-Pelayo,<sup>144</sup> o direito constitucional vigente, como todo o Direito, não é pura norma, mas a síntese da tensão entre a norma e a realidade com que se defronta, concebendo a Constituição como parte integrante da ordem jurídica, da ordem estatal e da estrutura política.

Dessarte, é preciso que o intérprete e o cidadão tenham a consciência não só do direito positivado na Constituição, mas que sejam instrumento de luta de sua aplicabilidade, de sua eficácia, para que as normas e os direitos nelas inscritos não sejam mera expressão formal, mas a representação de um direito vivo, concreto, verdadeiro.

---

143 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 47.

144 GARCÍA-PELAYO, Manuel *apud* SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, págs. 41/42.

# **O GOVERNO DO JUDICIÁRIO EM SANTA CATARINA**

## **A Interventoria Luiz Gallotti**

**João José Ramos Schaefer**

**Desembargador aposentado**

**Ex-Presidente do TJSC e membro do IHGSC**

Com a deposição de Getúlio Vargas, a 30 de outubro de 1945, resultado de amplo movimento popular pelo retorno às práticas democráticas, as Forças Armadas entregaram a chefia do Governo Federal ao Ministro José Linhares, Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Na mesma data, o novo Presidente da República baixou a Lei Constitucional n. 11, alterando o art. 92 da Constituição de 1937, permitindo que “os juízes, ainda que em disponibilidade”, a par de funções públicas eleitorais, que já lhes eram autorizadas pela Lei Constitucional n. 10, de 26/5/45, pudessem “exercer cargo em comissão e de confiança direta do Presidente da República ou dos Intervenores Federais nos Estados...”.

Iniciava-se ali o que se convencionou chamar de “Governo do Judiciário” e que se destinava, precipuamente, a dirigir o processo da eleição do Presidente da República, em data a ser fixada no prazo de noventa dias, contados de 28/2/45.

Imediatamente após foram nomeados os novos Intervenores, recaindo a escolha, para a Interventoria em Santa Catarina, no Dr. Luiz Gallotti, catarinense que fora Deputado Constituinte em nosso Estado em 1934 e que, na ocasião, ocupava as funções de Procurador da República.

Sua posse deu-se a 6 de novembro de 1945, como registra Jali Meirinho em “A Realidade Catarinense no Século XX”, pág. 222, estendendo-se o exercício da Interventoria até fevereiro de 1946.

O cargo foi-lhe transmitido por Ivo D’Aquino, que destacou havê-lo recebido de Nereu Ramos, que dele se afastara por motivo de desincompatibilização.

No discurso de posse referiu Luiz Gallotti que fora escolhido pelo Presidente José Linhares “para conduzir o nosso Estado, através da luta eleitoral, que preveja alta e digna, ao caminho da legalidade”.

E enfatizando o declarado propósito da escolha do Ministro José Linhares para a Presidência da República, afirmou ainda Luiz Gallotti:

“Numa atitude admissível de despreendimento e espírito de renúncia, as nossas valorosas forças armadas entregaram o Poder Central ao Presidente da mais alta Corte Judiciária, manifestando o seu anseio, que é o de toda a Nação: o anseio por eleições tão lisas e escorreitas que não se possa discutir o seu resultado e seja este o nítido reflexo da vontade nacional”.

Adiante, reiterando que sua investidura estava ligada, fundamentalmente, ao propósito de assegurar a lisura do pleito, reafirmou que “ninguém tem o direito de fraudá-lo” e que presidiria “o pleito com a mais rigorosa isenção e a mais irrestrita imparcialidade”.

Afirmou sua confiança na Justiça Eleitoral, a convicção de que os partidos haveriam de concorrer “com a sua impecável linha de conduta”, e concluiu com a certeza de que “juntos, povo e governo catarinenses honraremos o ideal comum, mostrando ao Brasil que sabemos compreender a grandeza da hora histórica que a Pátria está vivendo” (Diário Oficial do Estado, 8/11/45).

Dias depois, o Interventor dirigia-se aos partidos políticos, “a bem da ordem e da tranqüilidade públicas”, apelando “no sentido de que, por qualquer forma, não interfiram uns nos comícios dos outros, de modo a permitir que a propaganda política transcorra num ambiente de serenidade e elevação cívicas, sem incidentes a lamentar, de acordo com a tradição política de Santa Catarina” (DO 21/11/45).

Na mesma ocasião, dirigiu-se aos Prefeitos Municipais afirmando, mais uma vez, “que a posição do governo, em face do pleito eleitoral, é de imperturbável isenção e inalterável imparcialidade. Assim, pois, deveis com todos os vossos auxiliares manter-vos em atitude de irrepreensível neutralidade diante dos partidos políticos que disputam nas eleições não sendo admissível nenhum gesto, palavra ou ação que possa comprometer

essa indesviável diretriz traçada no meu discurso de posse. Tudo quanto for dito ou feito em contrário a essas determinações, por quem quer que seja, constituirá exploração ou embuste que deverá ser desautorizado com a exibição deste telegrama o qual deverá ser afixado em lugares públicos na sede desse município e distritos. Saudações. (Ass.) Luiz Gallotti, Interventor Federal” (DOE 21/11/45).

Na véspera, o Presidente José Linhares baixara o Decreto-Lei Federal n. 8.188, afastando do exercício dos cargos, nos termos do art. 1º, desde a data da lei “até 3 de dezembro do corrente ano, todos os Prefeitos Municipais que eram, no mês de outubro último, membros de diretórios locais de partidos políticos”.

O art. 2º do aludido Decreto-Lei prescreveu: “Os Juízes de Direito vitalícios responderão pelo expediente das prefeituras nos municípios, sede de Comarcas ou termos, e indicarão pessoas idôneas para responder, sob sua superintendência, pelo expediente nos demais municípios das mesmas Comarcas e termos”.

Completava-se, assim, nos três níveis de Governo, o chamado “Governo do Judiciário”, com a finalidade precípua de assegurar a regularidade do pleito nacional de 1945.

E o processo eleitoral decorreu em perfeita ordem.

Concluídas as eleições, o Ministro da Justiça, prof. Sampaio Dória, já no dia seguinte, 3 de dezembro de 1945, dirigiu ao Ministro Luiz Gallotti a seguinte mensagem telegráfica:

“Rio, 3 — Terminando em ordem a votação em todo país, não me cabe propriamente louvar a V. Excia. pela dedicação com que se houve nas eleições de ontem. Em matéria de cumprimento do dever, o louvar antes diminui que exalta. Mas cumpre-me dar graças a Deus, por ter podido a Nação legitimar, ontem, o poder com que, de agora em diante, se governará a si mesma. Reconheço não ter V. Excia., poupado nenhum esforço. As argüições de parcialidade ao governo, que se articulem, são bem a marca do barro pobre, em que o Senhor soprou o espírito do homem. Agora vai a Justiça Eleitoral proclamar os direitos, para constituírem o governo sob que o povo quer viver com liberdade e trabalhar em paz. Congratulações do Ministério da Justiça a V. Excia. pela colaboração sua e de todos (ass.) A. de Sampaio Dória”.

Em resposta, Luiz Gallotti endereçou ao Ministro da Justiça esta mensagem:

“Professor Sampaio Dória, ministro da Justiça — Rio 2.173 — Acuso recebido seu G/10.462. Toda razão tem v. excia. no louvar não a



mim, que nada fiz, senão cumprir, como meu dever, as sábias e prudentes determinações de v. excia., mas a sensibilidade cívica e a compreensão patriótica do povo catarinense que tenho a honra de dirigir, em momento tão alto da vida nacional. Tenho a consciência tranqüila de que meu espírito e meu coração não se deixaram em nenhum instante guiar senão pelos legítimos interesses da Pátria. Retribuo por mim e pelo povo do meu Estado as congratulações de v. excia. Luiz Gallotti, Interventor Federal”.

O ilustre confrade Hoyedo de Gouveia Lins, no capítulo “A Ação Governamental”, em “A Realidade Catarinense do Século XX”, diz que “Em Santa Catarina foram de compreensível feição *meramente burocrática* os curtos períodos, a partir de 1945, ocupados pelos Interventores designados...”.

Ressalvada a importante tarefa de presidir a eleição, assim foi, de fato, a Interventoria Luiz Gallotti, seja pela curta duração, como porque sua ascensão não se dera como resultado de uma campanha política, com discussão de programa de governo e metas administrativas.

O instrumento jurídico-constitucional sob o qual operou, já o encontrou pronto e acabado.

Nereu Ramos, a 30 de outubro de 1945, data da deposição de Getúlio Vargas, usando da prerrogativa da Lei Federal n. 8.063, de 10 do mesmo mês e “invocando a proteção de Deus e procurando interpretar o interesse do povo catarinense”, outorgou a Carta Constitucional do Estado, a vigorar “até que a Assembléia Legislativa, eleita a 2 de dezembro de 1945, decreto e promulgue a Constituição Política do Estado de Santa Catarina”.

A Constituição previa, como poderes constitucionais, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e coordenados entre si (art. 2º), dispondo o art. 3º que o Poder Legislativo seria exercido pela Assembléia Legislativa, com a colaboração do Governador etc.

O art. 1º das “Disposições Transitórias”, contudo, estabeleceu que “Enquanto não for instalada a Assembléia Legislativa, as suas funções, em matéria legislativa, serão exercidas pelo Interventor Federal, ou pelo Governador eleito, com a colaboração do Conselho Administrativo, se este for mantido pela lei federal”.

Desse Conselho Administrativo não há outras referências na Constituição Nereu Ramos, parecendo mesmo que não foi instituído, até porque a Carta Federal de 1937 dispunha no art. 181 que “As Constituições estaduais serão outorgadas pelos respectivos Governos, que exercerão,

enquanto não se reunirem as Assembléias Legislativas, as funções destas nas matérias de competência dos Estados”.

No uso da competência que lhe outorgavam a Constituição Federal de 1937 e a Carta Constitucional Estadual de 30 de outubro de 1945 é que Luiz Gallotti administrou o Estado.

Até entregar o Governo a Udo Deeke, em fevereiro de 1946, Luiz Gallotti baixou 120 decretos-leis, a maioria abrindo créditos especiais (destinados a despesas para as quais não havia dotação), ou suplementares (destinados a reforço de dotação orçamentária).

Outros decretos-leis tiveram a finalidade de autorizar a Fazenda do Estado a emitir apólices para constituição de Faculdade de Farmácia e Odontologia (Decreto-Lei n. 20, de 17/11/45); adquirir uma área de 22.800m<sup>2</sup> para constituição de um Estádio em Joaçaba (ao que consta o hoje “Estádio Oscar Rodrigues da Nova”, construído pelo Eng. Ernani Santa Ritta quando dirigente local do DER) – Decreto-Lei n. 23, de 27/11/45; atender às despesas com o calçamento a paralelepípedos do trecho fronteiro à Escola de Aprendizes Marinheiros, “em construção na estrada Florianópolis—Biguaçu” (Decreto-Lei n. 27, de 29/11/45); de conceder auxílio de Cr\$100.000,00 para melhoramentos na Catedral Metropolitana (Decreto-Lei n. 37/45); de conceder auxílio de Cr\$15.000,00 para construção do galpão para o Coqueiros Praia Clube, cuja sede, conforme registro de Paulo da Costa Ramos em “O Estado” de 24/25 de novembro de 2001, pág. 16, trouxe grande impulso ao lazer marítimo na Capital (Decreto-Lei n. 53); de abrir crédito especial de Cr\$ 58.546,20 para atender ao pagamento de peças destinadas “ao motor da Usina de Largo Fagundes”, do então Serviço de Luz e Força, um esforço na época para minimizar as graves condições da luz e energia na Capital — Decreto-Lei n. 59/45.

O Decreto n. 109/46 reorganizou o Serviço Regional de Estatística, órgão que se revelou da maior importância, pois permitiu melhor conhecimento da realidade econômica e social do Estado.

Diversos decretos-leis concederam bolsas a estudantes locais para cursarem Faculdades que não havia em Santa Catarina.

Assim, o Decreto-Lei n. 64/45 contemplou Acyr Ávila da Luz, que foi engenheiro de minas e chegou a Diretor da Petrobrás; o Decreto-Lei n. 91/46 beneficiou Walmir Dias, que se diplomou em física no Paraná, e alcançou larga notoriedade no Estado como professor universitário; outros decretos concederam bolsas a Murilo Garcia, que se diplomou em agronomia pela Faculdade Nacional de Agronomia, no famoso km 47, da Uni-

versidade do Brasil, que veio a trabalhar no sul do Estado, sendo vítima de homicídio que teve larga repercussão no Estado; ao Dr. Vidal Dutra Filho, que se formou em medicina no Rio de Janeiro, clinicou em pediatria nesta Capital, retornando após ao Rio de Janeiro, onde faleceu; ao Eng. Cláudio Valente Ferreira, de larga atuação em obras rodoviárias no Estado, venturosamente, ainda trabalhando; ao artista plástico de renome nacional José Silveira D’Avila e aos engenheiros agrônomos João Palma Ribeiro, de intensa atividade na região serrana, e João Demaria Cavallazzi, que foi Secretário de Estado da Agricultura, e teve marcante participação nos órgãos e entidades de assistência à agricultura no Estado.

Paralelamente foram baixados diversos outros atos legislativos, desapropriando áreas, alterando a legislação de servidores, aprovando o orçamento de 1946, tudo como próprio da ação administrativa de Chefe do Executivo Estadual.

O Interventor, prestigiando o Instituto Histórico e Geográfico de Santa Catarina, presidiu a sessão comemorativa do primeiro centenário de Eça de Queiroz, a 27/11/45, e no discurso de abertura (a conferência comemorativa da data esteve a cargo de Othon Gama D’Eça), disse Luiz Gallotti demonstrando o seu conhecimento do grande romancista, que a obra de Eça de Queiroz “...moderados já os exageros dos que o encomiavam sem medida e serenados também os rigores dos que não lhe queriam dar quartel, se apresenta como galeria de arte maravilhosa, em que vive a língua portuguesa em pleno esplendor e riqueza, cheia de encanto e de força, colorida, sonora, delicada, sutil, brincalhona, sarcástica, venenosa...”.

A 31 de janeiro de 1946, Gallotti telegrafava ao general Eurico Gaspar Dutra, que se empossava nesse dia como Presidente da República, dando por terminada sua missão como Interventor Federal no Estado, depondo nas mãos do Presidente o cargo com que fora distinguido pelo Ministro José Linhares.

Permaneceu alguns dias na função até que foi substituído por Udo Deeke, indicado por Nereu Ramos.

Terminava o chamado “Governo do Judiciário”, missão que Luiz Gallotti bem cumpriu.

Quem teve o privilégio de conhecê-lo — e eu o tive, quando o homenageei pela OAB/SC, em 1972 —, sabia que seu espírito afável, sereno, firme na defesa de suas convicções, atuando sempre no estrito respeito à lei e à Constituição, haveria de executar a missão que recebeu do Governo Federal com tirocínio e brilhantismo, assegurando a supremacia

da vontade popular, em clima de tranqüilidade e espírito público, no primeiro pleito eleitoral que se realizava após o obscuro período de 1937 a 1945.

Em discurso no Tribunal de Justiça em sua homenagem, em dezembro de 1971, o então Presidente da Corte, Des. Marcílio Medeiros, afirmou:

“Assumindo em hora difícil da vida do país, em 1945, a Interventoria Federal em nosso Estado, presidiu o ínclito jurista, com isenção e serenidade, assegurando aos partidos e aos candidatos as mais amplas garantias, o pleito de 2 de dezembro, onde foi eleito Presidente da República o Marechal Eurico Gaspar Dutra” (Informativo da OAB — janeiro de 1972).

O Ministro Rocha Lagoa, na posse de Luiz Gallotti como Presidente do Superior Tribunal Eleitoral, em 22/1/57, a par de destacar as virtudes de honradez, cultura e espírito público de Gallotti, lembrou sua designação como Interventor Federal em Santa Catarina, assinalando que “...apesar de suas ligações de família com um dos Partidos Políticos que, nesse Estado, disputavam o prélio eleitoral, a sua conduta foi tão imparcial, como era de se esperar, aliás, da sua formação moral, que gregos e troianos proclamaram a lisura com que Vossa Excelência exerceu aquela alta função”.

# **JURISPRUDÊNCIA CÍVEL**



## HABEAS CORPUS

### HABEAS CORPUS N. 01.020384-7, DE TAIÓ

Relator: Des. Cercato Padilha

Habeas corpus. *Prisão civil. Depositário infiel. Alienação fiduciária em garantia. Ilegalidade manifesta. Carta precatória. Encampamento do ato pelo Juízo deprecado. Competência da instância superior deste em relação ao seu ato. Ordem concedida.*

“Habeas corpus. *Prisão civil. Alienação fiduciária. Segundo o entendimento do STJ, não cabe a prisão civil do devedor que descumpra contrato garantido por alienação fiduciária (Corte Especial, EREsp n. 149.518). Ordem concedida*” (HC n. 17.638/SP, rel. Min. Castro Filho, DJU de 29/10/01).

*Deve o Juízo deprecado examinar, além das matérias constantes do art. 209 do CPC (requisitos legais, competência e autenticidade), ou seja, o aspecto formal da carta precatória, também a legalidade da medida à qual se solicitou o cumprimento, sob pena de encampar a ilegalidade e tornar-se, também, autoridade coatora.*

*Ao lançar o “cumpra-se” na precatória, sem que, para tanto, analisasse a ilegalidade da medida, nitidamente encampou o ato ilegal e passou, também, a ser autoridade coatora, importando, pois, no reconhecimento da competência desta Corte para apreciar especificamente o ato cometido pelo Juízo deprecado.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 01.020384-7, da comarca de Taió, em*

*que é impetrante Renato Henrique Wandrey, sendo paciente José Salésio Orlandi:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, conceder a ordem.

I — Cuida-se de ordem de *habeas corpus* preventivo impetrado por Renato Henrique Wandrey, em favor de José Salésio Orlandi, relatando que o paciente, em 1994, adquiriu, por carta de crédito, um automóvel Gol, ano de fabricação 1994, de cor branca, contudo, em 1995, foi desapossado deste veículo na cidade de Foz de Iguaçu, não tendo desde então renovado seu licenciamento nem quitado o IPVA, estando, inclusive, inscrito em dívida ativa do Estado.

Afirma que, por problemas financeiros, o paciente deixou de honrar o débito remanescente do consórcio, tendo o Consórcio Nacional Volkswagen Ltda. ajuizado, em 1997, a competente ação de depósito no Fórum Regional do Jabaquara, comarca de São Paulo/SP, e que, apesar de todas as tentativas, não obteve sucesso em acordar o pagamento do débito que, em face de juros e acessórios ilegais, atingiu montante impagável no momento. Acrescenta que o ajuizamento da ação naquela Comarca inclusive dificultou a defesa do paciente.

Sustenta, em síntese, que a precatória não preenche os requisitos legais, sendo carente de fundamentação o decreto prisional, por não determinar o regime do cumprimento da prisão e, tampouco, as condições de sua suspensão, mesmo porque não enfrentou as teses defensivas esposadas na ação de depósito, sequer prevendo a liberdade do paciente na hipótese de pagamento do débito.

Aduz, ainda, que o descumprimento do contrato garantido por aliena-

ção fiduciária não legitima a prisão do devedor, conforme farto entendimento jurisprudencial mencionado, culminando por requerer a concessão da ordem, inclusive em caráter liminar.

A liminar postulada foi concedida pela decisão de fls. 21/22 e, em seguida, a autoridade apontada como coatora prestou informações.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou preliminarmente pela declaração de incompetência desta Corte para apreciar a matéria e, alternativamente, pela concessão da ordem.

É o relatório.

II — Como já salientado no despacho que concedeu a liminar postulada pelo impetrante, é pacífico o entendimento desta Corte de Justiça no sentido de ser incabível a prisão civil do depositário infiel em casos de alienação fiduciária em garantia, por ser este contrato “mera ficção legal, criada com o fim exclusivo de coação contra os devedores, com total restrição dos direitos destes. Na acepção jurídica, depósito em verdade não existe. A jurisprudência, na sua salutar missão de oxigenar o direito, emprestando às leis um caráter mais justo, abomina por completo a possibilidade de prisão civil em hipóteses tais, sob pena de, contrariamente aos postulados da nossa lei maior e aos princípios éticos e morais que devem presidir as normas legais, admitir-se uma violação da liberdade do cidadão em decorrência do descumprimento de um contrato de financiamento” (Al n. 01.000226-0, de Criciúma, rel. Des. Trindade dos Santos, DJ de 31/5/01), não cabendo maiores digressões acerca do tema em foco.



Nesse sentido, apanha-se ainda o recente julgado desta colenda Câmara:

“Segundo corrente expressiva da jurisprudência, somente é admissível a prisão civil por dívida nas hipóteses de inadimplimento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e de depositário infiel (CF, art. 5º, LXVII), não se comparando a este o devedor fiduciário, pois o contrato de depósito disciplinado na lei civil (CC arts. 1.265 a 1.267) não se equipara à regra do art. 1º do Decreto-Lei n. 911/69.

“Ademais, o § 2º do art. 5º da Constituição Federal dispõe que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que o país seja parte. Assim, pelo Decreto Legislativo n. 226, de 12/12/1991, foi incorporado em nosso ordenamento constitucional o texto do pacto internacional sobre direitos civis e políticos, que em seu art. 11 veda taxativamente a prisão civil por descumprimento de obrigação contratual” (Ap. Cív. n. 97.015330-9, de Içara, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, DJ de 25/6/01).

Do colendo Superior Tribunal de Justiça, apanham-se os recentes precedentes, que atestam o pacífico entendimento sobre o tema:

“*Habeas corpus*. Prisão civil. Alienação fiduciária. Segundo o entendimento do STJ, não cabe a prisão civil do devedor que descumpra contrato garantido por alienação fiduciária (Corte Especial, EREsp n. 149.518). Ordem concedida” (HC n. 17.638/SP, rel. Min. Castro Filho, DJU de 29/10/01).

“*Habeas corpus*. Prisão civil. Depósito acessório à alienação fiduciária em garantia de contrato de mútuo. Orientação da Corte Especial.

“Incabível a prisão civil atrelada aos depósitos acessórios às garantias de alienação fiduciária prestadas em contrato de mútuo (Corte Especial: Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 149.518—GO).

“Ordem concedida” (HC n. 17.918/SP, rel. Min. César Asfor Rocha, DJU de 22/10/01).

Como também já foi sustentado na decisão que apreciou o pedido liminar, embora perfunctoriamente, a ação constitucional em tela merece ser conhecida, eis que é consabido que cumpre ao Juízo deprecado examinar, além das matérias constantes do art. 209 do CPC (requisitos legais, competência e autenticidade), ou seja, o aspecto formal da carta precatória, também a legalidade da medida à qual se solicitou o cumprimento, sob pena de encampar a ilegalidade e tornar-se, também, autoridade coatora.

Aliás, tal matéria é pacífica nesta Corte de Justiça quando se trata de mandado de segurança, ao argumento de que, “Defendendo a autoridade administrativa de hierarquia superior o ato taxado de coativo, encampa-o ela, legitimando-se, com isso, para integrar o ângulo passivo do mandado de segurança que o inscreve no rol dos impetrados” (MS n. 00.001557-1, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos, DJ de 29/12/00).

Destarte, a douta Magistrada a quo, ao lançar o “cumpra-se” (fl. 17 destes autos) na referida carta precatória, sem que, para tanto, analisasse a ilegalidade da medida, eis que paci-

fico o entendimento sobre o tema, nitidamente encampou o ato ilegal e passou, também, a ser autoridade coatora no caso em apreço, importando, pois, no reconhecimento desta Corte para apreciar a matéria.

Saliente-se que a presente ação constitucional cinge-se à legalidade da decisão tomada na carta precatória pelo Juízo deprecado, portanto, não atingindo o teor da decisão tomada no Juízo deprecante, cuja competência para apreciação é, sem qualquer dúvida, do Tribunal ao qual está diretamente vinculado, e somente neste poderá ser eventualmente cassada. O que se está a obstar, neste momento, é apenas o cumprimento da medida solicitada, por ser claramente ilegal.

Cumprido, para tanto, trazer a lume o seguinte precedente do colendo Superior Tribunal de Justiça que, em caso muito semelhante ao dos autos, decidiu:

“HC — Constitucional — *Habeas corpus* — Carta precatória — Competência — A Carta precatória é modalidade de comunicação de atos processuais, como a Rogatória e a Carta de Ordem. Diferentes, revelam ponto comum: o juiz da causa é distinto do juiz do cumprimento da decisão judicial. Na Carta Rogatória, o juiz não tem jurisdição no local do cumprimento. Daí, a necessidade de exequibilidade do Estado em que será cumprida (no Brasil, expedida pelo Supremo Tribunal Federal). Na Carta precatória, há derrogação da competência. Atua, pois, no exercício de sua competência. Cumpre-lhe, ao acolher a solicitação, examinar tanto a forma como a matéria da comunicação lançada pelo deprecante. Exemplificati-

vamente: prisão de menor de 18 anos de idade, incidente prescrição, abolição criminis. O Código de Processo Civil de Portugal registra: ‘se a requisição for para ato que a lei proíba absolutamente (art. 184, n. 1, b). Se o deprecado mandar cumprir solicitação do deprecante, caso ilícito, encampa a ilegalidade. Torna-se, por isso, também autoridade coatora” (HC n. 5.329/DF, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU de 22/6/98) (grifo nosso).

No corpo do acórdão, após ter o douto Relator afirmado que, por carta precatória há derrogação de competência, atuando o Juízo deprecado no exercício de sua competência, acrescentou:

“Evidente, o Juízo deprecado não reexamina a decisão do Juízo deprecante. Todavia, em sendo teratológica ou de evidência solar, tem obrigação de recusar o cumprimento a casos que não tenham cobertura manifesta normativa. Também o juiz não é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.

“Se o deprecado mandar cumprir a solicitação do deprecante, se ilícita, como se diz em Direito Processual Penal, encampa a ilegalidade. Haverá, então, duas autoridades coadoras: o deprecante, porque emitiu a ordem, e o deprecado, porque a adotou, mandando cumpri-la.

“O *habeas corpus* é a ação constitucional que visa a fazer cessar ou impedir que ocorra ilegal constrangimento ao exercício do direito de locomoção. Busca, evidentemente, fazer cessar a ilegalidade, emanada do autor intelectual ou do executor do ato ilegal”.

Verifica-se, portanto, a competência desta Corte para apreciação da ordem emanada do Juízo deprecado,

pois submetidas suas decisões à sua apreciação, eis que hierarquicamente subordinado.

Ainda sobre o tema, decidiu o colendo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Habeas corpus. *Carta precatória. Juízo competente. Depositário infiel. Bem imóvel. É competente para julgar habeas corpus impetrado contra ato judicial constritivo de liberdade com origem no juízo deprecante mas praticado no juízo deprecado, o tribunal da unidade federativa desse último. Independentemente de outras razões agregadas, é, por si só, ilegal a ordem de prisão por depositário infiel, quando o objeto do depósito realizado em sede de penhora cuidar-se de bem imóvel, já que a relação de depósito só é possível sobre bens móveis. Ordem concedida*” (HC n. 70000356170, de Porto Alegre, rela. Des. Elaine Harzheim Macedo, j. em 14/12/99) (grifo nosso).

Daquela Corte de Justiça pode-se ainda mencionar o HC n. 70000375006, de Porto Alegre, rela. Des. Mara Larsen Chechi, j. em 15/12/99.

*Mutatis mutandis*, aplica-se ao caso vertente o seguinte julgado do colendo Tribunal de Justiça do Mato Grosso:

“*Habeas corpus* — Competência — Constrangimento ilegal decorrente de prisão efetuada em virtude de mandado de prisão oriundo de autoridade judiciária de outro Estado — Prisão que se deu sem o recebimento de carta precatória ou outro meio requisitório urgente — Ofensa à fórmula legal (art. 289 do CPP) — Violação do princípio do devido processo legal (art. 5º,

LXI e LIV, ambos da CF) — Posição de autoridade coatora assumida pelo Juízo em que se deu a prisão — Pedido conhecido — Detento que evadiu-se de colônia penal e preso em outro Estado — Recambiamento do preso solicitado pelo Juiz da Comarca em que o paciente foi preso — Silêncio por parte do Juízo emanador da ordem de prisão — Constrangimento ilegal caracterizado — Ordem concedida.

“A prisão do réu em outra jurisdição, no território nacional, só é possível através de carta precatória, ou, nos casos urgentes, mediante requisição do juiz do feito, via telegráfica, ex vi do disposto no art. 289, e parágrafo único do CPP, sob pena de afrontamento ao princípio do devido processo legal, à inteligência do art. 5º, LXI, e LIV, da CF — *Nessas condições, se o Juiz da Comarca situada em outro Estado, na qual foi efetivada a prisão irregular, não relaxa esta, assume a posição de autoridade coatora, razão pela qual se deve conhecer do writ of mandamus e, no mérito, concedê-lo*” (HC n. 3.221/95, rel. Des. Flávio José Bertin, j. em 19/4/95) (grifo nosso).

III — Por esses fundamentos, concede-se a ordem, a fim de cassar a decisão lançada pelo Juízo deprecado da comarca de Taió.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos.

Florianópolis, 19 de novembro de 2001.

*Pedro Manoel Abreu,*  
*Presidente com voto;*  
*Cercato Padilha,*  
*Relator.*

## MANDADO DE SEGURANÇA

### MANDADO DE SEGURANÇA N. 00.024862-2, DA CAPITAL

**Relator: Des. João Martins**

*Mandado de segurança — Servidores públicos — Licença especial para presidir entidade associativa — Supressão em razão da liminar que suspendeu os efeitos da Lei n. 185/99 — Lei n. 58/92 assegura o direito apenas para diretores de entidade sindical — Fecapoc não configura entidade classista — Segurança denegada.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 00.024862-2, da comarca da Capital, em que são impetrantes João Batista da Silva e Carlos Alberto da Silva, e impetrado o Secretário de Estado da Administração do Estado de Santa Catarina:*

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Público, por votação unânime, afastar as preliminares e denegar a segurança, cassada a liminar.

Custas na forma da lei.

#### **I — Relatório**

Trata-se de mandado de segurança impetrado por João Batista da Silva e Carlos Alberto da Silva, qualificados nos autos, contra ato do Secretário de Estado da Administração do Estado de Santa Catarina, que fez cessar licença especial re-

munerada dos impetrantes para o exercício de direção de entidade associativa.

Aduzem que a liminar concedida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 00.021113-8 não afetou a situação dos impetrantes, visto que suas licenças foram concedidas com base na Lei Complementar n. 58/62. Formularam pedido de liminar para que fosse ordenada à autoridade impetrada a suspensão dos efeitos do ato atacado e a concessão da ordem, ao final.

A liminar foi deferida às fls. 28/29.

O Secretário de Estado da Administração prestou informações às fls. 35/54, argüindo, em preliminar, impossibilidade do mandado de segurança e ausência dos requisitos para concessão da liminar. No mérito, sustenta a inexistência de direito líquido e certo, baseado nos seguintes argumentos: a) o ato foi de cessação de concessão de

licença especial, não cerceando o direito de exercício de mandato eletivo em associação de classe; b) a licença especial que os impetrantes estavam usufruindo, quando da concessão da liminar na ADIn n. 00.021113-8, fora concedida pela Portaria n. 1.931, de 27/9/2000, com suporte na Lei Complementar n. 58, de 30 de julho de 1992, com a redação alterada pela Lei Complementar n. 185, de 3 de novembro de 1999; c) a inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 185/99; d) os impetrantes não preenchem os requisitos da Lei Complementar n. 58/92, porquanto a Fecapoc não constitui entidade de classe; e) a inexistência de efeitos repressinatórios da LC n. 58/92, posto que esta foi expungida do ordenamento jurídico pela LC n. 185/99. Pugna pela denegação da segurança.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Kurt Ernesto Hammerschmidt, opinou pelo afastamento das preliminares e, no mérito, pela concessão da segurança (fls. 101/103).

## II — Voto

### 1. Preliminares

A preliminar de impossibilidade da impetração de mandado de segurança por inexistência de direito líquido e certo confunde-se com o mérito e será com este analisada.

A segunda preliminar cuida da ausência de requisitos para a concessão da liminar que, entretanto, restou concedida.

Afastam-se, portanto, as preliminares suscitadas.

### 2. Mérito

Para solução da questão faz-se necessário esclarecer dois pontos: a) os impetrantes preenchem os requisitos da LC n. 58/92?; cumpridos os requisitos, o direito à licença permanece mesmo com a suspensão liminar da LC n. 185/99?

Dispõe a LC n. 58, de 30 de julho de 1992:

“Art. 1º — Ao servidor público estadual ocupante de cargo efetivo, quando eleito para cargo de direção junto às entidades sindicais representativas da categoria, após expressa autorização do órgão a que estiver vinculado, é facultada licença especial com remuneração integral e sem prejuízo de sua situação funcional”.

Passa-se, agora, à análise dos requisitos dispostos neste artigo.

Em primeiro lugar, os impetrantes comprovaram ser servidores públicos estaduais ocupantes de cargo efetivo, portanto preenchem o primeiro requisito da lei.

Em segundo lugar, os impetrantes comprovaram que foram eleitos para cargo de direção, no caso Presidente e Vice-Presidente da Federação de Policiais Cíveis — Fecapoc, preenchendo, portanto, o segundo requisito.

Em terceiro lugar, deve-se perquirir se a Fecapoc é entidade sindical.

Afirmam os impetrantes que presidem a Federação de Policiais Cíveis do Estado de Santa Catarina. Trazem aos autos cópia do termo de posse e o rol dos policiais civis filiados à federação. Não trouxeram aos autos cópia do Estatuto da Federação, o que foi suprido pelas informações da autoridade coatora.

Prescreve o Estatuto Social da Fecapoc:

“Art. 2º — A Federação é resultado da transformação da Associação Catarinense dos Policiais Cíveis — Aca-poc, permanecendo, portanto, a sua data de fundação como sendo 24 de março de 1968.

“Art. 3º — A Fecapoc é uma organização civil com personalidade jurídica própria e independente de seus associados, os quais não respondem pelas obrigações da entidade, sendo originada de órgãos classistas representativos dos policiais civis que a ela se filiarem, bem como pelos próprios policiais e demais funcionários públicos e pessoas que a ela se filiarem diretamente, após cumpridas as formalidades legais”.

Ora, pelos termos do Estatuto, apesar de nominar-se “Federação”, vê-se, na verdade, que não se trata de federação sindical, na forma da Consolidação das Leis do Trabalho. Cuida-se, na verdade, de mera associação civil que reúne qualquer entidade representativa dos policiais civis, permitindo inclusive a filiação direta de policiais civis e demais funcionários públicos.

Federação Sindical, nos termos da legislação trabalhista, é entidade de segundo grau que reúne pelo menos 5 (cinco) sindicatos da categoria que representa.

Dispõe a CLT:

“Art. 533. Constituem associações sindicais de grau superior as federações e confederações organizadas nos termos desta lei.

“Art. 534. É facultado aos sindicatos, quando em número não inferior

a 5 (cinco), desde que representem a maioria absoluta de um grupo de atividades ou de profissões idênticas, similares ou conexas, organizarem-se em federação.

“§ 1º Se já existir federação no grupo de atividades ou profissões em que deva ser constituída a nova entidade, a criação desta não poderá reduzir a menos de 5 (cinco) o número de sindicatos que àquela devam continuar filiados.

(...)

“§ 3º É permitido a qualquer federação, para o fim de lhes coordenar os interesses, agrupar os sindicatos de determinado município ou região a ela filiados, mas a União não terá direito de representação das atividades ou profissões agrupadas”.

Ora, nada impede que as entidades sindicais, e os trabalhadores de modo geral, resolvam criar entidade civil e nominar como bem entenderem. A Constituição garante a todos os brasileiros o direito de livre associação. Contudo, a federação, nos moldes trabalhistas, é entidade específica de segundo grau das organizações sindicais e precisa respeitar os parâmetros postos pela CLT, normas que foram recepcionadas pelo texto constitucional de 1988, como já decidiu o STF.

Neste sentido:

*“Ação direta de inconstitucionalidade — Confederação sindical — Considerações em torno da questão do registro sindical — Significado da Instrução Normativa n. 3/94 do Ministério do Trabalho — Ação direta ajuizada em momento anterior ao da vigência dessa instrução normativa (art. 9º) — Confederação sindical que não observa a regra inscrita no art. 535 da CLT*



— Norma legal que foi recebida pela CF/88 — Entidade que pode congrega pessoas jurídicas de direito público e outras instituições de caráter civil — Descaracterização como entidade sindical — Ação não conhecida.

“(…)

“Confederação Sindical — Modelo normativo.

“O sistema confederativo, peculiar à organização sindical brasileira, foi mantido em seus lineamentos essenciais e em sua estrutura básica pela Constituição promulgada em 1988. A norma inscrita no art. 535 da CLT — que foi integralmente recepcionada pela nova ordem constitucional — impõe, para efeito de configuração jurídico-legal das Confederações sindicais, que estas se organizem com o mínimo de três (3) Federações sindicais. Precedente: RTJ 137/82, rel. Min. Moreira Alves. *O desatendimento dessa exigência legal mínima por qualquer Confederação importa em descaracterização de sua natureza sindical.* Circunstância ocorrente na espécie. Conseqüente reconhecimento da ilegitimidade ativa *ad causam* da autora” (Adimc-1121/RS. Relator Min. Celso de Mello. Publ. DJU 6/10/95, Ement., vol. 01803-01, pág. 00067) (grifo não constante do original).

Do corpo do acórdão colhe-se:

“Sustenta-se, ainda, que a autora não demonstrou a existência, em sua estrutura, de pelo menos três federações exclusivamente sindicais.

“Esta última objeção deduzida pela Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Grande do Sul encontra fundamento na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que não tem prescindido do elemento em questão

— presença de três federações sindicais, pelo menos — como requisito essencial à caracterização das Confederações sindicais como entidades de grau superior no âmbito do sistema confederativo vigente em nosso direito.

“A análise do Estatuto Social da autora desautoriza, ao menos até que se evidenciem os elementos faltantes, a qualificação sindical que ela pretende ostentar, mesmo porque a mera designação formal de confederação não basta, por si só, para atribuir-lhe o *status* de entidade sindical de grau superior.

“Sabemos que as confederações sindicais possuem elementos típicos que se revelam essenciais à sua subsunção ao modelo jurídico de integração das entidades sindicais brasileiras.

“Um desses elementos reside na estrita observância do que prescreve o art. 535 da CLT. Com efeito, o modelo de confederação sindical definido pelo art. 535 da CLT — norma que foi integralmente recepcionada pela nova ordem constitucional (ADIn n. 444—DF, rel. Min. Moreira Alves — RTJ 137/82) — impõe, para efeito de sua configuração jurídico-legal, que, em sua estrutura, achem-se integradas pelo menos três federações sindicais.

“Sem que ocorra o atendimento das condições legalmente estipuladas — e considerando que a Constituição Federal de 1988 preservou o sistema confederativo peculiar à organização sindical brasileira, ‘mantendo a sua estrutura básica, que vem desde 1930’ (Amauri Mascaro Nascimento, *Direito Sindical*, pág. 136, 1989, Saraiva) —,

não há como admitir, em favor da autora, o reconhecimento de seu perfil jurídico como entidade sindical de grau superior.

“A autora, sobre não se adequar, jurídica e conceitualmente, à própria noção de confederação — mesmo porque sequer atende ao pressuposto legal que impõe a existência mínima, não comprovada, em sua organização, de três federações exclusivamente sindicais —, também pode ser integrada, nos termos da expressa previsão estatutária (art. 5º, § 2º e art. 6º, IV), por ‘entidades associativas e demais pessoas jurídicas de direito público ou privado que tenham a saúde como seu objetivo principal’.

“Vê-se, desse modo, que a entidade em causa — ao pretender congregar (a) organismos sindicais, (b) pessoas jurídicas de direito público e (c) outras entidades associativas desvestidas de personalidade sindical — não pode qualificar-se como verdadeira confederação sindical, eis que patentemente descumpra a estrutura delineada pelo art. 535 da CLT e se expõe, em consequência, às restrições proclamadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn n. 444, rel. Min. Moreira Alves, quando esta corte, tendo presente uma confederação que reunia, em seu âmbito, entidades sindicais e não-sindicais, houve por bem não conhecer da ação direta então ajuizada, salientando que ‘confederações como a presente são meros organismos de coordenação de entidades sindicais, ou não (...), que não integram a hierarquia das entidades sindicais, e que têm sido admitidas em nosso sistema jurídico tão-só pelo princípio da liberdade de associação’ (RTJ 137/82).

“Existe, no caso, um obstáculo jurídico insuperável, apto a desqualificar a autora como entidade sindical: a heterogeneidade de sua composição, em cujo âmbito podem congregarse tanto entes civis quanto, até mesmo, pessoas jurídicas de direito público... (Estatuto, art. 5º, § 2º).

“(...)”

“Cumpra salientar que a autora congrega, no âmbito de sua estrutura, tanto entidades de caráter sindical quanto entes de natureza civil e, como já enfatizado, até mesmo pessoas jurídicas de direito público.

“Quanto a esse aspecto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem registrado que pessoas jurídicas de direito privado, que reúnem, como membros integrantes, associações de natureza civil e organismos de caráter sindical, desqualificam-se — precisamente em função do hibridismo dessa composição — como instituições de classe, cuja noção conceitual reclama a participação, nelas, dos próprios indivíduos integrantes da categoria, e não apenas das entidades privadas constituídas para representá-los.

“Esse hibridismo, descaracterizador das entidades enquanto instituições de classe, atua, em consequência, como fator de desqualificação de tais entes para a regular instauração do processo de controle normativo abstrato (cf. ADIn n. 57, rel. Min. Ilmar Galvão; ADIn n. 67, rel. Min. Moreira Alves; ADIn n. 433, rel. Min. Moreira Alves; ADIn n. 530, rel. Min. Moreira Alves)”.

Mudado o que deve ser mudado, pois na decisão citada cuida-se de confederação e no caso dos au-



tos de federação, o acórdão encaixa como luva na questão em apreciação.

É evidente que a Fecapoc não preenche os requisitos de entidade sindical. Além de não haver prova de que representa pelo menos 5 sindicatos da categoria, é uma entidade civil heterogênea que reúne sindicatos, associações e pessoas físicas.

Descumprido esse requisito, portanto, não há amparo na Lei n. 58/92 para a concessão da licença aos dirigentes da Fecapoc.

Por outro lado, a Lei n. 185/99, que ampliou o direito de licença a qualquer entidade representativa, foi suspensa pela liminar na ADIn n. 00.021133-8, como demonstram os próprios impetrantes com a cópia da decisão juntada às fls. 17/19.

Não há mais, portanto, qualquer lei a amparar o direito dos impetrantes.

Despiciendo, então, indagar se o direito à licença permanece

mesmo com a suspensão liminar da Lei n. 185/99, porquanto não cumpridos os requisitos da Lei n. 58/92.

Diante do exposto, afastam-se as preliminares e denega-se a ordem.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide o Grupo de Câmaras de Direito Público, à unanimidade, afastar as preliminares e denegar a segurança, cassada a liminar.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik, Newton Trisotto, Volnei Ivo Carlin e Luiz César Medeiros. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo Sr. Dr. Kurt Ernesto Hammerschmidt.

Florianópolis, 12 de setembro de 2001.

*João Martins,*  
*Presidente e Relator.*

## APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

### APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 00.019855-2, DA CAPITAL

**Relator: Des. Gaspar Rubik**

*Mandado de segurança — Impetração por cooperativa de transportes rodoviários de passageiros contra ato do diretor do Deter, denegatório do pedido de registro tipo C — Não preenchimento, pela requerente, de todos os requisitos ao seu deferimento — Transporte, ademais, a ser realizado por veículos particulares dos coope-*

*rados e não exclusivamente da sociedade — Objetivo claro desta em repassar àqueles o registro a ser obtido para seus veículos — Inadmissibilidade — Direito líquido e certo não delineado — Sentença concessiva da segurança reformada — Remessa e apelo providos.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 00.019855-2, da comarca da Capital (Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho — 2º Cartório), em que é apelante o Diretor-Geral do Departamento de Transportes e Terminais — Deter, sendo apelada a Cooperativa de Transportes Rodoviários de Passageiros do Sul de Santa Catarina — Cootrasc:*

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, à unanimidade de votos, conhecer do recurso e da remessa, para denegar a segurança.

Custas na forma da lei.

Na comarca da Capital, perante a Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho (2º Cartório), a Cooperativa de Transportes Rodoviários de Passageiros do Sul de Santa Catarina — Cootrasc impetrou mandado de segurança contra ato do Diretor-Geral do Departamento de Transportes e Terminais — Deter, que tachou de arbitrário e ilegal, porque lhe indeferiu o pedido de registro tipo C para o transporte de passageiros na modalidade de fretamento, por despacho desfundamentado, afrontoso a princípio constitucional, e embasado em parecer jurídico insubsistente daquele órgão, alicerçado na falsa premissa de que às cooperativas, por não serem transportadoras e, em de-

corrência, empresas com fins lucrativos, não pode ser delegado o serviço.

A ilustre autoridade indigitada como coatora, após regularmente notificada com cópia da documentação que instruiu o pedido, prestou suas informações, sustentando a legalidade do seu ato.

A digna representante do Ministério Público, por sua vez, com vista dos autos, opinou pela concessão da ordem, e a MMA. Juíza de Direito, sentenciando em seguida, assim julgou, encampando o bem-lançado parecer.

Inconformado com tal desfecho, o Deter interpôs atempado apelo em que sustenta, em apertada síntese, que a cooperativa apelada não se reveste das características legais exigidas para obter o registro tipo C, de modo a poder atuar no sistema intermunicipal de transporte de passageiros com serviço de fretamento, porque tal serviço, por força do Dec. n. 12.601/80, somente pode ser delegado a uma transportadora, que, nos termos da Lei n. 5.684/80, deve ser uma empresa particular e, pois, uma organização de natureza civil ou mercantil, destinada à exploração, por pessoa física ou jurídica, de qualquer atividade com fins de lucro, com a qual, portanto, não se equipara ela, que deve ter, pela própria essência que marca todo organismo cooperativo, como pressuposto inarredável, conforme o prevê a Lei n. 5.764/71, o exercício de atividade econômica voltada a uma prestação direta de serviços a seus associa-

dos, sem objetivo de lucro. Altercou sobre o fato de que os associados da apelada estão executando o transporte intermunicipal atrelados à liminar e à sentença que a ela exclusivamente conferiu o direito, sem que tenha conhecimento dos seus cadastros, o que o impede de reter os seus veículos. Aduziu, por fim, que enquanto não for editada legislação específica, o registro tipo C para cooperativas é juridicamente incompatível, pois o registro da entidade estender-se-ia aos associados sem que estes preenchessem os requisitos impostos por lei. Clamou, por fim, após invocar precedentes jurisprudenciais em seu abono, pela reforma da sentença recorrida, com denegação da ordem.

Contra-arrazoado o apelo, com aplausos à sentença hostilizada e pedido para sua manutenção, os autos ascenderam a este Areópago, tendo, aqui, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Raul Schaefer Filho, se manifestado pelo conhecimento e desprovimento da súplica recursal.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre destacar que o reclamo voluntário é cognoscível, porquanto atempado e devidamente preparado. Por outro lado, sendo o apelante autarquia estatal vinculada à Secretaria dos Transportes e Obras — conforme art. 1º do Decreto n. 30.217/86, que aprovou seu regimento interno —, a súplica tem seu processamento perante esta egrégia Câmara com competência para as lides de Direito Público, conforme consignado no Ato Regimental n. 41/00, deste egrégio Sodalício.

Ultrapassado esse umbral relativo à competência, no plano do fundo é de se ter por procedente a pretensão recursal do Deter, que se insurge contra a concessão do registro tipo C à apelada Cootrasc, por entender, precipuamente, dentre outros motivos mais, que, por não possuir ela fins lucrativos, não lhe pode ser delegado o serviço que tal registro legitima, porque a seu ver somente pessoas jurídicas que visem a tal objetivo podem ser transportadoras e, via lógica de consequência, dele detentoras.

E com efeito assiste-lhe razão, pois a segurança, diante do que revelam os autos, a despeito do bem-lançado parecer ministerial de primeiro grau em contrário, ao focar a questão da lucratividade, que foi bisado, ao servir de lastro na fundamentação da sentença, e repisado, na do parecer pela laboriosa Procuradoria-Geral de Justiça, não podia ter sido concedida como o foi, eis que não apenas duvidoso, como se verá, se entremostra o direito da recorrida em obter o registro que pretende, mas no mínimo duvidoso que se possa reconhecer eventual direito como líquido e certo.

Já quanto ao aspecto de que para obter o registro tipo C a pretendente tem que ser empresa transportadora com fins lucrativos, por exemplo, esse invocado direito sofre arranhões, pois o obnubila certa polémica que se estabelece à sua órbita.

De fato, porque embora seja certo que os arts. 24 e segs. do Dec. n. 12.601/80 não façam essa exigência, como o sustenta com inteira propriedade a ilustre Promotora de Justiça parecerista, após fazer distinções, com base em conceitos de sábia dou-

trina, sobre o que sejam “transportadora” e “empresa”, suas formas de constituição e natureza dos negócios a ser explorados, para concluir que tanto podem ser civis quanto comerciais, do que não dissente o próprio recorrente, como se extrai de suas razões recursais, menos certo não é que da dicção dos arts. 30 e segs., em capítulo que trata da “Remuneração dos Serviços”, se infere que as empresas de transporte, sejam civis, sejam comerciais, para fins de registro naquele órgão, tanto na categoria questionada como em qualquer outra daquelas relacionadas nos arts. 25/27, são aquelas com fins lucrativos. Bem por isso que conceitos genéricos, como aquele lembrado no douto parecer ministerial, hão que ceder lugar aos específicos, como o que deriva da disposição da norma estadual referida. Aliás, modernamente não se poderia conceber diferentemente, ou seja, que no conceito de empresa, pouco importa o ramo, e principalmente de transportes, esteja ausente o objetivo de lucro. Não foi à toa, em face de ser dificultada, de certa forma, a compreensão do conceito de empresa, universalizado, em razão do emprego inadequado do termo na legislação civil, comercial, trabalhista e fiscal, que a Lei n. 4.137, de 10/9/62, embora revogada, definiu empresa como “toda organização de natureza civil ou mercantil destinada à exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade com fins lucrativos”. E é verdade inescandível, na prática, há que se reconhecer, que, sejam civis ou sejam comerciais essas sociedades, todas visam, indistintamente, a fim lucrativo, salvo raras exceções, às quais o apelante se refe-

re (Apaee, empresas com veículos para transportes de seus empregados e similares), e para as quais outro é o tipo de registro a ser deferido. E não é diferente o que se verifica, talvez não com a própria recorrida pessoa jurídica, mas pelo menos e com toda certeza com seus associados, que reconhecem expressamente que desse registro dependem direta e indiretamente mais de 800 pessoas (*sic fl.* 60), o que contraria, evidentemente, seu Estatuto de Constituição, que no art. 2º, § 5º, estabelece claramente que não tem ela qualquer finalidade de lucro. Então, admitindo-se que é ela empresa, mas sem fins lucrativos, não tem direito ao registro, enquanto que a seus cooperados não assiste esse direito, embora tenham fins lucrativos, porque não são empresa.

Mas não param por aí os motivos que tornam duvidosa a certeza e liquidez do direito buscado, pois a insurreição manifestada contra a exegese exposta no *decisum* vergastado, depreende-se do conteúdo arazoado na súplica, vai além da simples circunstância de ter a cooperativa, ou não, finalidade lucrativa. A sustentação do apelante prende-se, igualmente, no fato de a cooperativa apelada não ser quem efetivamente prestará o serviço de transporte, mas sim seus associados. Para o deslinde dessa questão é inexoravelmente necessário fixar-se a função da cooperativa e dos associados no conglomerado em questão e, mais que isso, é necessário perquirir se a cooperativa imetrante está, ou não, desvirtuando a sua finalidade, com algum objetivo ilícito, porque o Judiciário não tolera o abuso de direito. É preciso verificar, também, quem deve obter o registro

no Deter, se os associados, isoladamente, ou se a cooperativa, pois é certo que se forem aqueles, esta não poderia pleitear em nome deles, porque não funciona ela como substituta processual, como nos casos de associações e sindicatos. Doutra sorte, se é a cooperativa quem deve possuir o registro, então somente os seus veículos possuirão a almejada autorização, pois o patrimônio dos sócios não se confunde com o da sociedade, como foi dito alhures em conformidade com a lei. Ou, em outras palavras, e mais sábias e belas, porque “a cooperativa tem uma personalidade distinta das pessoas dos sócios; a modalidade do seu exercício não altera a empresa em si, a sua natureza e objetivo. Cada um dos sócios que compra ou que entra em relações de negócios com a sociedade é, sob esse ponto de vista, terceiro” (Mendonça, José Xavier Carvalho de. Tratado de Direito Comercial Brasileiro, vol. IV, Livro II: dos comerciantes e seus auxiliares; parte III: das sociedades comerciais. 7ª edição, posta em dia por Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, pág. 240). Isso é importante dizer, porquanto há notícia, conforme o comprovam muitas anexadas aos autos, que veículos de propriedade dos cooperados (particulares) estão sendo utilizados para a realização do serviço. E se com autorização judicial, que lhes tenha estendido, a seu pedido, liminar concedida à pessoa jurídica, é irrelevante nesse contexto, servindo apenas para demonstrar no mínimo o equívoco, se não se tratar de escuso propósito, com que foi criado o organismo, ou seja, de por meio dele obter o registro que sozinhos, individualmente, não lo-

gariam. Realmente, pois se o serviço de fretamento é prestado pela cooperativa, ainda que por meio de seus associados, então somente os veículos de propriedade dela estão autorizados. Se são veículos dos proprietários, então estes deverão obter registro individualmente no Deter, não valendo, para tanto, o registro obtido pela cooperativa apelada.

Não se diga que a cooperativa só possa prestar serviços a seus associados. Se essa verdade foi imaginada na gênese do instituto, não mais persiste em face da legislação pátria. Com efeito, pois embora consigne a Lei n. 5.764/71 que “as cooperativas são sociedades de pessoas (...) constituídas para prestar serviços aos associados (...)” (art. 4º), e reafirme, logo após, no art. 8º o enunciado *supra*, ao dispor que “As cooperativas singulares se caracterizam pela prestação direta de serviços aos associados” (art. 7º), já ao final de suas disposições estabelece que “As cooperativas poderão fornecer bens e serviços a não associados, desde que tal faculdade atenda aos objetivos sociais e esteja de conformidade com a presente lei” (art. 86) e, a seguir, inclusive, esclarece que esses resultados apurados com os serviços prestados a terceiros serão tributáveis, *ex vi* do disposto no art. 87 da lei em comento.

Quer isso dizer, em suma, que as cooperativas afins poderão, com seus veículos, transportar tanto seus associados quanto terceiros mediante serviço de fretamento e nas mais diversas situações, mas não poderão, sob pena de seu completo desvirtuamento, se prestar para, em verdadeira burla, obter autorização para dois veículos seus (mínimo exigido) e esten-

der essa autorização a seus cooperados para que, com seus veículos particulares, façam esse transporte.

Waldírio Bulgarelli, em parecer elaborado a pedido de Usinas..., deixou consignado com singular brilhantismo que “Desde logo, para efeito de ulteriores considerações e conclusões, guarde-se que os sócios adquirem o direito de obter a prestação de serviços compreendidos nas atividades integrantes do objeto social.

“Por outro lado, a mutualidade — que não se confunde com a cooperação (entendida esta como o subtrato econômico) — é considerada como o modo de ser da empresa criada para alcançar o fim social, e que, juridicamente, dá o caráter essencial da sociedade cooperativa, que é o de desenvolver uma atividade econômica consistente na prestação de serviços exclusiva ou prevalentemente aos sócios, que são os beneficiários” (Questões de Direito Societário. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, pág. 150). A toda evidência, portanto, não excluiu a possibilidade de que a cooperativa seja formada para prestar serviço, também, a terceiros não cooperados.

José Xavier Carvalho de Mendonça, advogado cuja obra de direito comercial é de inigualável comparação, ao discorrer sobre o assunto, mesmo em escrito que remonta a época anterior à edição da legislação vigente, manifesta-se em igual sentir:

“Sociedades cooperativas são aquelas que, sem capital fixo, se propõem a exercer a indústria, seu objeto, a serviço direto dos sócios, por outra a suprir as necessidades dos que as constituem.

“Duas observações precisamos logo apresentar para esclarecimento do conceito das cooperativas.

“A primeira é que a essas sociedades não se veda estender o círculo da sua função a terceiros, não sócios.

“É muitas vezes o meio que se lhes oferece para a garantia do seu êxito e segurança dos seus fins. Certo é, porém, que o benefício direto resultante do exercício social deve visar sobretudo aos sócios, também clientes da sociedade, proporcionando-lhes facilidades e vantagens especiais. Em regra, os lucros ou benefícios dos sócios consistem justamente nessas facilidades e vantagens.

“A segunda observação é que os sócios não são obrigados a ter negócios ou transações com a sociedade de que fazem parte. Se assim fosse, eles seriam co-proprietários, pois se daria entre os associados, no caso, por exemplo, da cooperativa de consumo, a partilha das mercadorias compradas” (*op. cit.*, pág. 240).

Conceitua-se cooperativa com fundamento na doutrina de Walmor Franke, para o qual “do ponto de vista econômico, a cooperativa é uma organização empresarial, de caráter auxiliar, por cujo intermédio uma coletividade de consumidores ou produtores promove, em comum, a defesa (melhoria, incremento) de suas economias individuais. Essa defesa se realiza, substancialmente, por duas formas: na qualidade de consumidor, o sujeito econômico procura obter, por meio da cooperativa, bens e prestações (crédito, transporte etc.) ao mais baixo custo; na condição de produtor (agricultor, artesão, operário) serve-se dela para, por intermédio da respectiva or-



ganização, transacionar, nos mercados, bens ou utilidades elaboradas individual ou coletivamente” (Franke, Walmor. Direito das Sociedades Cooperativas: direito cooperativo. São Paulo, Saraiva, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973, pág. 11).

Então, *in thesi*, é possível pessoas, físicas e jurídicas, unirem-se em cooperativa para prestar serviço de transporte (fretamento) a terceiros. Todavia, ao fazê-lo terão, obviamente, insista-se, que utilizar não veículos particulares de cada um, mas sim pertencentes ao organismo cooperativo. Ainda com base na doutrina de Franke, consigne-se que nesse tipo de sociedade as pessoas associadas têm, simultaneamente, duplo papel: “de ‘sócio’ e ‘usuário’ ou ‘cliente’”. É o que, em direito cooperativo, se exprime pelo nome de ‘princípio de dupla qualidade’, cuja realização prática importa, em regra, a abolição da vantagem patrimonial chamada ‘lucro’ que, não existisse a cooperativa, seria auferida pelo intermediário” (pág. 14). Isso porque “o fim da cooperativa se identifica com o de sua clientela, funcionando a sociedade como instrumento de satisfação das necessidades domésticas e empresariais dos cooperados” (pág. 17).

À luz dos elementos constantes dos autos, foi a cooperativa, e não os seus associados, quem postulou o registro no Deter. Para ter deferido o seu pedido, portanto, bastaria que comprovasse os requisitos do art. 28 do Decreto n. 12.601, de 6 de novembro de 1980. Demonstradas as exigências legais, exsurge a obrigação do deferimento do pedido porque “a licença resulta de um direito subjetivo do interessado, razão pela qual a Administração não pode negá-la

quando o requerente satisfaz todos os requisitos legais para sua obtenção, e, uma vez expedida, traz a presunção de definitividade. Sua invalidação só pode ocorrer por ilegalidade na expedição do alvará, por descumprimento do titular na execução da atividade ou por interesse público superveniente, caso em que se impõe a correspondente indenização” (Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 25ª edição, São Paulo, Malheiros, 2000, pág. 177).

Assim, o deferimento ou não da ordem cinge-se à comprovação, pela impetrante, das exigências expostas no art. 28 do Decreto n. 12.601/80, e que é o que agora se analisa.

Ora, às fls. 39/42 consta a ata de sua constituição como cooperativa, notando-se na parte superior direita de cada uma das folhas o carimbo vazado da Jucesc. Tal documento teve por objetivo comprovar, e o fez, o primeiro requisito determinado por lei, e exposto no inciso I do art. 28, *in verbis*: “instrumento constitutivo arquivado na Junta Comercial do Estado no qual conste, como objetivo, a execução de transporte coletivo de passageiros”.

Do conteúdo da ata de constituição, notadamente no final da fl. 41 e início da fl. 42 dos autos, depreende-se que lá foi aposto como objeto da Cootrasc — Cooperativa de Transportes Alternativos do Sul de Santa Catarina, o seguinte:

“I — A congregação de pessoas físicas para, mediante interação com agentes vinculados ao transporte de passageiros, promover e defender suas necessidades como usuários consumidores de serviços, equipamentos, materiais e outros produtos

que possam beneficiá-los direta e indiretamente no desempenho de suas atividades, ou seja, o transporte de passageiros e seus bens em fretamentos, viagens turísticas e comerciais, transporte escolar e outras atividades vinculadas ao transporte de passageiros; II — Prestar, direta ou indiretamente, bens e/ou serviços aos seus associados, tais como abastecimento, mecânica, lataria, pintura, guincho, elétrica, lubrificação, borracharia, limpeza, conservação e assementados a estes, podendo, para tanto, assinar contratos e ou convênios; III — Fornecer materiais e equipamentos para consumo e/ou uso dos seus cooperados, serviços especializados de profissionais bem como, complementarmente, produtos automotivos e similares, pelo justo preço; IV — A Cooperativa poderá oferecer, além dos bens e serviços citados nos itens anteriores, outros bens e serviços que venham a atender às necessidades dos seus cooperados”.

Em seu estatuto consta que a cooperativa apelada possui como objeto social “a prestação de serviços de transporte rodoviário de passageiros e seus bens, em fretamentos, viagens turísticas e comerciais, transporte escolar e outras atividades vinculadas ao transporte de passageiros, a serem desenvolvidas por seus associados” (fl. 62).

A toda evidência, confrontando-se as disposições estatutárias com a norma legal antes mencionada (Dec. n. 12.601/80, art. 28, I), percebe-se que há uma incoerência muito grande, pois apesar de constar como objeto social da cooperativa, nas entrelinhas, a prestação de serviço de transporte, nas linhas consta que tal

será executado pelos associados da cooperativa e não por ela. Ora, se são os associados que prestarão o serviço de transporte, nada mais correto do que eles próprios obterem o registro no órgão competente (Deter) para exercer tal atividade, salvo se fizerem o transporte com veículos dela. E não é o que acontece. Por outro lado, não sendo objetivo da cooperativa “a execução de transporte coletivo de passageiros”, como consignado em lei, então falece-lhe o primeiro requisito à concessão da licença.

É bem verdade que se poderia admitir que firmasse ela convênios para que seus cooperados, com seus veículos registrados, atendessem a demanda. Não é, também, o que se registra nestes autos. O que aqui se constata e não se admite é que ela requeira o registro em seu nome e o repasse a seus cooperados, com isso querendo que estes, automaticamente, sejam considerados autorizados a transportar com seus veículos particulares.

Aliás, importante destacar, neste passo, que o inc. III do art. 28 do decreto referenciado, ao referir-se ao mínimo de dois veículos para que o transportador possa obter registro, não quer dizer que, desde que ele registre dois veículos, todos os demais de que se utilizar dispensam outro ou novo registro, ou, em outras palavras, que com o registro de, no mínimo, dois veículos seus, embora possua mais, estes ou mesmo os particulares de seus afiliados poderão trafegar e fretar viagens valendo-se daqueles dois exclusivos registros.

Ora, imaginando-se solução diversa, como, p. ex., a que chegou a douda sentença vergastada, perce-



be-se que a autarquia apelante, Deter, perderia o seu poder de fiscalização sobre todos os futuros transportadores se estes estivessem dispensados de cumprir todas as exigências legais para obter o registro regular de seus veículos e pudessem valer-se do registro obtido pela cooperativa para os veículos dela, para o que, aliás, bastaria que eles a ela se associassem, preenchendo menores exigências estatutárias. Não foi também à toa, por isso, que o legislador submeteu todos os prestadores de serviços de transporte de passageiros à fiscalização do Deter.

Por fim, deflui do também bem-lançado parecer da procuradoria jurídica do recorrente, que foi encampado pela autoridade inquinada de coatora para indeferir o pedido de registro, que a recorrida não satisfizera igualmente pelo menos dois outros requisitos necessários à obtenção do registro que buscava. Deveras, pois depois de referir-se a um primeiro pedido que ela formulara e à sua inexplicável desistência pouco antes de completar um mês de sua protocolização, bem como à estranheza pelo fato de ter, menos de um mês após, protocolado novo e idêntico pedido, mas já então para o cadastramento de dois veículos, consignou expressamente a parecerista que “já neste passo, constata-se que a documentação acostada pela requerente revela insuficiência de Capital Social para registro (doc. fl. 5) e apresen-

tação de um recibo em substituição ao documento de prova de adesão da Apólice de Seguro de Acidentes Pessoais — APP, ambos solicitados pelo Ofício n. 230/98, antes mencionado. (E, ainda, rasura no espaço destinado à consignação da data, como também a não utilização do local reservado para assinatura)”.

Destarte, quer por não ter a apelada/impetrante satisfeito todas as exigências legais para a obtenção do registro, quer porque o seu direito como cooperativa não se ostenta claramente líquido e certo, até porque seu objetivo está sendo, de certa forma, desvirtuado, é que a segurança não poderia ter sido concedida.

E é por tais razões e à vista de todo o amplamente exposto que, sem discrepância de votos, são conhecidos e providos os recursos obrigatório e voluntário para, em consequência, em se reformando a douda sentença de primeiro grau, denegar a segurança.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Volnei Carlin, tendo exarado parecer pela douda Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 15 de fevereiro de 2001.

*João Martins,*  
*Presidente, com voto;*  
*Gaspar Rubik,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 00.024175-0, DE LAGES****Relator: Des. Newton Trisotto**

*Processual — Competência — Justiça estadual — Faculdade — Universidade do Estado de Santa Catarina (Udesc) — Sistema estadual de ensino — Administrativo — Vestibular — Candidato aprovado — Segundo grau não concluído — Direito líquido e certo inexistente.*

1. A Universidade do Estado de Santa Catarina integra o “sistema estadual de ensino” (CF, art. 211; Lei n. 9.394/96; Lei Complementar Estadual n. 170/98). Conseqüentemente, compete à Justiça Estadual processar e julgar o mandado de segurança impetrado contra seu dirigente no exercício de função delegada pelo Poder Público.

2. O mandado de segurança não se presta à defesa de direito que não seja líquido e certo (CF, art. 5º, LXIX).

Candidato aprovado em vestibular, se não concluiu o segundo grau, não tem direito, menos ainda líquido e certo, à matrícula em estabelecimento de ensino superior (Lei n. 9.394/96, art. 44, II). A sua admissão poderá importar na exclusão de candidato que tenha cumprido as exigências legais, circunstância que torna este litisconsorte necessário. Também não se pode impor à faculdade a ampliação do corpo discente para atender à decisão judicial.

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 00.024175-0, da comarca de Lages (Vara dos Feitos da Fazenda Pública, Execuções Fiscais e Acidentes do Trabalho), em que é apelante Glauber Gelsleichter, assistido por Pedro Paulo Gelsleichter, e apelados o Reitor da Universidade Estadual de Santa Catarina (Udesc) e o Diretor-Geral do Centro de Ciências Agroveterinárias:*

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

**I — Relatório**

Glauber Gelsleichter, menor púbere, assistido por seu pai, Pedro Paulo Gelsleichter, impetrou mandado de segurança contra o Reitor da Universidade Estadual de Santa Catarina, Professor Raimundo Zumblick, e contra o Diretor-Geral do Centro de Ciências Agroveterinárias, Professor Ademir José Mondadori.

Como fatos incontroversos, colhe-se dos autos que o impetrante foi aprovado no “Concurso Vestibular Votacionado UDESC” para o curso de medicina veterinária e que o pedido de matrícula foi denegado porque não havia concluído o 2º grau.

Com o *mandamus*, pretende o impetrante ver assegurado o seu direito à matrícula.

Deferida a liminar (fls. 33/38), os impetrados prestaram informações, em conjunto (fls. 43/50). Ouvido o eminente Promotor de Justiça Jean Michel Forest, que se manifestou contrário à pretensão do impetrante (fls. 55/57), o Dr. Flávio André Paz de Brum denegou a segurança (fls. 59/62).

Inconformado, o impetrante interpôs apelação. Reeditando os argumentos expendidos na petição inicial, insiste que: a) “a capacidade para cursar uma faculdade, o apelante já demonstrou possuir, pois obteve sua classificação em um vestibular vocacionado”, sendo injusto indeferir sua matrícula faltando apenas sessenta dias da conclusão do segundo grau; b) já tomou providências para sua mudança para a cidade de Lages; c) “a nova Lei de Diretrizes Básicas da Educação é clara quando diz que somente é necessário o diploma de conclusão do segundo grau para a obtenção do diploma de conclusão do terceiro grau, no caso em tela o diploma será obtido antes mesmo do término do 1º período”; d) caso não pudesse matricular-se, seu nome não poderia ter sido publicado na lista de classificados para o curso.

Os impetrados não responderam ao recurso.

O Ministério Público manifestou-se pelo desprovimento do recurso; a douta Procuradoria-Geral de Justiça, pelo seu provimento.

Registro, por derradeiro, que o apelante ajuizou neste grau de jurisdição “ação cautelar incidental”, sendo

deferida a liminar postulada nos termos que seguem:

“Pelo exposto, defiro a liminar para conceder ao suplicante o prazo requerido de 60 (sessenta) dias letivos, e ou, o necessário para a conclusão do seu curso secundário, juntando nos autos da apelação, comprovante do seu término.

“Comunique-se imediatamente às autoridades requeridas para que não cancelem a matrícula do requerente e permitam que ele freqüente normalmente o Curso de Medicina Veterinária até posterior decisão”.

## II — Voto

1. Conquanto não suscitada a *quaestio*, impõe-se analisar, preliminarmente, a competência da Justiça Estadual para conhecer do mandado de segurança.

Sobre a matéria, tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

“I — Quando o ato corresponde à típica atividade administrativa *interna corporis*, originalmente ditada nos estatutos e regimento do estabelecimento de ensino superior do Poder Público Estadual ou de organização não governamental, a competência pode ser reconhecida em favor da Justiça do Estado.

“II — A tratar de ato, pela sua natureza, *longa manus* do poder delegante, decorrente da regência de disciplinamento para o ensino superior nacional, decidido pelo Conselho Federal de Educação, nos limites da delegação, o controle judicial compete à Justiça Federal” (CC ns. 25.749 e 27.220, Min. Milton Luiz Pereira, *in* RSTJ 136/22 e 30).

Há outros julgados no mesmo sentido:

“1. Conflito de competência entre a Justiça Federal — SJ/MA — e a Justiça Comum Estadual — Bangu/RJ, nos autos de ação ordinária ajuizada por acadêmico contra a Sociedade de Ensino Superior Estácio de Sá, visando a assegurar matrícula e a convalidação de estudos em disciplinas já cursadas, assim como a transferência para a Universidade Federal do Maranhão.

“2. O entendimento da egrégia Primeira Seção desta Corte Superior é no sentido de que compete à Justiça Federal processar e julgar as causas que versem sobre matrícula, e que digam respeito aos requisitos de acesso ao ensino superior, visto que, nessa hipótese específica, a entidade educacional age por delegação federal.

“3. Competente, portanto, para julgar o feito uma das varas federais da sua Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, ou, na sua ausência, o juiz estadual local no exercício da jurisdição federal, nos moldes do art. 109, § 3º, *in fine*, da Carta Magna de 1988.

“4. Conflito conhecido para se declarar competente a Justiça Federal do Estado do Rio de Janeiro” (CC n. 21.776, Min. José Delgado).

“1. No exercício das suas atividades negociais e de gestão, os estabelecimentos de ensino particular demandam e são demandados na Justiça Estadual.

“2. No exercício de atividades relativas a ensino superior, age o agente do corpo docente como delegado do Poder Público, sendo compe-

tente para o exame judicial de tais atos a Justiça Federal.

“3. Indeferimento de matrícula de aluno no segundo ano do Curso de Direito, o qual, no ano anterior, já era aluno transferido, é ato de delegação e, conseqüentemente, da competência da Justiça Federal.

“4. Conflito conhecido para declarar a competência da Justiça Federal” (CC n. 22.473, Min. Eliana Calmon).

No caso *sub examen*, o litígio não decorre de “típica atividade administrativa *interna corporis*”, mas de função delegada pelo Poder Público.

Porém, só esse fato não retira da Justiça Estadual a competência para processar e julgar a causa.

Como é cediço, “a competência para julgar mandado de segurança se define pela categoria da autoridade coatora ou pela sua sede funcional” (Hely Lopes Meirelles, Mandado de segurança e ação popular, RT, 1983, 9ª ed., pág. 38; CC n. 1.850, Min. Geraldo Sobral).

Essa premissa determinou o entendimento de que o “ato de cancelamento de matrícula de aluno em universidade ao fundamento de que este deixou de provar a conclusão do curso colegial diz precisamente com um dos requisitos de acesso ao ensino superior, funcionando aí a entidade educacional por delegação federal. Hipótese, por isso, em que o mandado de segurança deve ser processado e julgado perante a Justiça Federal” (CC n. 16.036, Min. Ari Pargendler).

*Data venia*, nem sempre é assim.

Para melhor compreensão da matéria, faz-se necessário reproduzir

normas constitucionais e dispositivos legais que versem acerca do tema.

Na Seção I do Capítulo III do Título VIII, a Constituição Federal trata “da educação”. Dos artigos que a compõem, transcrevo, pela pertinência com a *quaestio* em comento, os que seguem:

“Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

“I — cumprimento das normas gerais da educação nacional;

“II — autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

“(…)”

“Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

“§ 1º. A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

“§ 2º. Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

“§ 3º. Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

“§ 4º. Na organização de seus sistemas de ensino, os Estados e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório.

“Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

“§ 1º. A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir.

“§ 2º. Para efeito do cumprimento do disposto no *caput* deste artigo, serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do artigo 213.

“§ 3º. A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, nos termos do plano nacional de educação.

“§ 4º. Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no artigo 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários.

“§ 5º. O ensino fundamental público terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas, na forma da lei”.

No art. 24, dispõe a Constituição Federal que “compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) IX — educação, cultura, ensino e desporto”. O § 1º, por seu turno,

prescreve que, “no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais”.

As normas gerais foram fixadas na Lei n. 9.394, de 20/12/96, que “estabelece as diretrizes e bases da educação nacional”. Transcrevo os artigos relacionados com a matéria em exame, destacando, dentre eles, os mais relevantes:

“Art. 8º. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão, em regime de colaboração, os respectivos sistemas de ensino.

“§ 1º. Caberá à União a coordenação da política nacional de educação, articulando os diferentes níveis e sistemas e exercendo função normativa, redistributiva e supletiva em relação às demais instâncias educacionais.

“§ 2º. Os sistemas de ensino terão liberdade de organização nos termos desta Lei.

“Art. 9º. A União incumbir-se-á de:

“I — elaborar o Plano Nacional de Educação, em colaboração com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

“II — organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais do sistema federal de ensino e o dos Territórios;

“III — prestar assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o desenvolvimento de seus sistemas de ensino e o atendimento prioritário à escolaridade obrigatória, exercendo sua função redistributiva e supletiva;

“IV — estabelecer, em colaboração com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, competências e

diretrizes para a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio, que nortearão os currículos e seus conteúdos mínimos, de modo a assegurar formação básica comum;

“V — coletar, analisar e disseminar informações sobre a educação;

“VI — assegurar processo nacional de avaliação do rendimento escolar no ensino fundamental, médio e superior, em colaboração com os sistemas de ensino, objetivando a definição de prioridades e a melhoria da qualidade do ensino;

“VII — baixar normas gerais sobre cursos de graduação e pós-graduação;

“VIII — assegurar processo nacional de avaliação das instituições de educação superior, com a cooperação dos sistemas que tiverem responsabilidade sobre este nível de ensino;

“IX — autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino.

“§ 1º. Na estrutura educacional haverá um Conselho Nacional de Educação, com funções normativas e de supervisão e atividade permanente criado por lei.

“§ 2º. Para o cumprimento do disposto nos incisos V a IX, a União terá acesso a todos os dados e informações necessários de todos os estabelecimentos e órgãos educacionais.

“§ 3º. As atribuições constantes do inciso IX poderão ser delegadas aos Estados e ao Distrito Federal desde que mantenham instituições de educação superior.



“Art. 10. Os *Estados incumbir-se-ão de:*

“I — organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino;

“II — definir, com os Municípios, formas de colaboração na oferta do ensino fundamental, as quais devem assegurar a distribuição proporcional das responsabilidades, de acordo com a população a ser atendida e os recursos financeiros disponíveis em cada uma dessas esferas do Poder Público;

“III — elaborar e executar políticas e planos educacionais, em consonância com as diretrizes e planos nacionais de educação, integrando e coordenando as suas ações e as dos seus Municípios;

“IV — autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino;

“V — baixar normas complementares para o seu sistema de ensino;

“VI — assegurar o ensino fundamental e oferecer, com prioridade, o ensino médio.

“Parágrafo único. Ao Distrito Federal aplicar-se-ão as competências referentes aos Estados e aos Municípios.

“(…)

“Art. 12. Os estabelecimentos de ensino, respeitadas as normas comuns e as do seu sistema de ensino, terão a incumbência de:

“I — elaborar e executar sua proposta pedagógica;

“II — administrar seu pessoal e seus recursos materiais e financeiros;

“III — assegurar o cumprimento dos dias letivos e horas-aula estabelecidas;

“IV — velar pelo cumprimento do plano de trabalho de cada docente;

“V — prover meios para a recuperação dos alunos de menor rendimento;

“VI — articular-se com as famílias e a comunidade, criando processos de integração da sociedade com a escola;

“VII — informar os pais e responsáveis sobre a frequência e o rendimento dos alunos, bem como sobre a execução de sua proposta pedagógica.

“(…)

“Art. 16. O sistema federal de ensino compreende:

“I — as instituições de ensino mantidas pela União;

“II — as instituições de educação superior criadas e mantidas pela iniciativa privada;

“III — os órgãos federais de educação.

“Art. 17. Os sistemas de ensino dos Estados e do Distrito Federal compreendem:

“I — as instituições de ensino mantidas, respectivamente, pelo Poder Público estadual e pelo Distrito Federal;

“II — as instituições de educação superior mantidas pelo Poder Público municipal;

“III — as instituições de ensino fundamental e médio criadas e mantidas pela iniciativa privada;

*“IV — os órgãos de educação estaduais e do Distrito Federal, respectivamente.*

“Parágrafo único. No Distrito Federal as instituições de educação infantil, criadas e mantidas pela iniciativa privada, integram seu sistema de ensino.

“(…)

“Art. 88. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adaptarão sua legislação educacional e de ensino às disposições desta Lei no prazo máximo de um ano, a partir da data de sua publicação” (os destaques não constam do original).

Nos comentários ao art. 211 da Constituição Federal, leciona Celso Ribeiro Bastos:

“O art. 211 reverencia o princípio federativo que vigora em nosso país, constante no art. 18 da Constituição Federal de 1988, e o seu reflexo na área da educação. O princípio federativo nessa área atribui a cada ente da Federação competência para organizar o seu sistema de ensino, desde que a lei de diretrizes e bases da educação nacional, que é a Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, seja respeitada. Vale dizer que a Constituição Federal de 1988 atribui, no art. 22, XXIV, competência privativa da União para legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional. O parágrafo único do mesmo artigo declara que lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas no art. 22 da Carta Maior. Nosso país adota o sistema que une as duas competências, mas em planos distintos: são elas a competência concorrente e a competência

supletiva. É de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme o estabelecido no art. 23, V, da Carta Maior, proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência. O art. 24, IX, atribui competência à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar concorrentemente sobre a educação, cultura, ensino e desporto. Verificamos, portanto, que nossa Lei Maior não atribui competência aos Municípios para legislar concorrentemente sobre a educação. Nos §§ 1º e 2º do art. 24 fica estabelecido que, no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais, e essa competência da União não exclui a competência suplementar dos Estados. Cabe à legislação complementar fixar as normas de cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Escreve Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

‘É o ensino atribuição comum a todas as esferas federativas. Assim é natural que cada uma destas possua o seu sistema de ensino. Sendo todavia, o mesmo objetivo de todos esses sistemas, qual seja o ‘pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho’. Também natural e lógica é sua colaboração’.

“(…)

“Os arts. 16, 17 e 18 da Lei n. 9.394/96, respectivamente, definem os sistemas de ensino da União, dos Estados e Distrito Federal e dos Municípios. O sistema federal de ensino compreende: a) as instituições de ensino mantidas pela União; b) as instituições de educação superior criadas e mantidas pela iniciativa privada; c)



os órgãos federais de educação. Os sistemas de ensino dos Estados e do Distrito Federal compreendem: a) as instituições de ensino mantidas, respectivamente, pelo Poder Público estadual e pelo Distrito Federal; b) as instituições de educação superior mantidas pelo Poder Público municipal; c) as instituições de ensino fundamental médio criadas e mantidas pela iniciativa privada; d) os órgãos de educação estaduais e do Distrito Federal, respectivamente. No Distrito Federal, as instituições de educação infantil, criadas e mantidas pela iniciativa privada, integram seu sistema de ensino. Os sistemas municipais de ensino compreendem: a) as instituições de ensino fundamental, médio e de educação infantil mantidas pelo Poder Público municipal; b) as instituições de educação infantil criadas e mantidas pela iniciativa privada; c) os órgãos municipais de educação.

“O art. 74 da Lei n. 9.394/96 preceitua que a União, em colaboração com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, estabelecerá padrão mínimo de oportunidades educacionais para o ensino fundamental, baseado no cálculo do custo mínimo por aluno, capaz de assegurar ensino de qualidade. Esse custo mínimo será calculado pela União ao final de cada ano, com validade para o ano subsequente, considerando variações regionais no custo de insumos e as diversas modalidades de ensino.

“(…)”

“O art. 211 da Constituição, sob comento, afirma existirem três sistemas de ensino, quais sejam, o federal, o estadual e o municipal, a serem organizados em regime de colaboração. A Constituição de 1988 inovou nessa

matéria ao dispor que os Municípios poderão organizar o seu próprio sistema de ensino, desde que não contrariem as normas jurídicas vigentes, e principalmente não entrem em choque com a lei de diretrizes e bases da educação nacional. Escreve Edivaldo M. Boaventura:

‘Dentre os aspectos novos, destacam-se dois pela importância estrutural e jurídica: o Município como parte do sistema educacional e acesso ao ensino obrigatório e gratuito como direito público subjetivo, como foi visto.

‘Somente a União e os Estados eram considerados como partes no sistema de educação. O Município tinha quando muito sistema de ensino tão-somente do ponto de vista administrativo não podendo estabelecer normas educacionais. Quando tivesse Conselho Municipal de educação, poderia, por delegação do conselho estadual, exercer certas funções pedagógicas. Situação que ainda persistirá até a regulamentação do dispositivo. O artigo 211 foi claro ao estabelecer que: ‘A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino’. E mais, determinou que os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e pré-escolar’.

“Os sistemas de ensino de cada ente federativo devem ser organizados de maneira a garantir a participação da sociedade por meio de conselhos e dos profissionais da educação na elaboração do projeto pedagógico da escola. É dizer, os sistemas de ensino deverão respeitar o preceito contido no inc. VI do art. 206 da Constituição Federal de 1988, já por nós comentado, que preceitua o

princípio da gestão democrática do ensino público, na forma da lei.

“A organização de cada sistema de ensino deverá ser feita levando-se em conta as peculiaridades de cada região, suas necessidades e carências na área da educação. Deverão ser consideradas também as prioridades atribuídas pela Constituição Federal de 1988 para cada ente que compõe a Federação. Portanto, ao organizar seus sistemas de ensino, os Estados e o Distrito Federal deverão dispensar atenção especial ao ensino fundamental e médio em consonância com o § 3º do artigo *sub examine*. Os Municípios, por sua vez, deverão dar prioridade ao ensino fundamental e infantil, conforme o disposto no § 2º do art. 212 da Carta de 1988.

“Aspecto importante a ser ressaltado é que a Constituição Federal de 1988 declara que esses sistemas de ensino deverão ser organizados em regime de colaboração. Isso significa que tanto a União como os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem auxiliar-se mutuamente quando da organização dos seus sistemas de ensino, de modo que todas as necessidades da população nessa área sejam supridas.

“O sistema nacional de ensino é representado pela somatória de vários sistemas, quais sejam, o federal, o estadual e o municipal. Dessa maneira, existe uma descentralização articulada na área educacional, é dizer, cada sistema de ensino se apresenta em correlação com as necessidades e metas características de sua região. Todavia, todos esses sistemas de ensino estão subordinados à Lei n. 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacio-

nal. A descentralização dos sistemas de ensino nada mais é que fruto do regime federativo adotado em nosso país” (Comentários à Constituição do Brasil, Saraiva, 1998, 8º vol., págs. 609/14).

Das normas constitucionais e legais citadas infere-se que a competência para traçar diretrizes gerais para o ensino superior e fiscalizar as instituições que a ele se dedicam é da União, em colaboração com o Distrito Federal e os Estados. Respeitadas as diretrizes fixadas pela União, a função pode ser delegada aos Estados, desde que instituem os seus “*Conselhos Estaduais de Ensino*”, como foi destacado por Celso Ribeiro Bastos.

Em Santa Catarina, o “Conselho Estadual da Educação” foi instituído pela Lei Complementar n. 170, de 7/8/1998, que, no tocante às questões em comento, assim dispõe:

“Art. 11. O Sistema Estadual de Educação compreende:

“I — as instituições de educação, de todos os níveis e modalidades, criadas e mantidas pelo Poder Público estadual;

“II — as instituições de educação superior criadas e mantidas pelo Poder Público municipal;

“III — as instituições de ensino fundamental e médio criadas e mantidas pela iniciativa privada;

“IV — a Secretaria de Estado responsável pela educação, órgão central do sistema, e demais órgãos e entidades de educação integrantes da estrutura organizacional do Poder Executivo.

“Parágrafo único. Haverá na estrutura do Poder Executivo um Conselho Estadual de Educação, com a

organização, atribuições e composições previstas em lei.

“Art. 12. As instituições de educação e integrantes ou vinculadas ao Sistema Estadual de Educação classificam-se nas seguintes categorias administrativas:

“I — públicas, assim entendidas as criadas ou incorporadas, mantidas e administradas pelo Poder Público;

“II — privadas, assim entendidas as criadas, mantidas e administradas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

“Art. 13. As instituições privadas de educação ou ensino vinculadas ao Sistema Estadual de Educação se enquadram nas seguintes categorias:

“I — particulares em sentido estrito, assim entendidas as que são instituídas e mantidas por uma ou mais pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado que não apresentem as características dos incisos seguintes;

“II — comunitárias, assim entendidas as que são instituídas por grupos de pessoa física ou por uma ou mais pessoas jurídicas, inclusive cooperativas de professores e alunos, que incluam na sua entidade mantenedora representantes da comunidade e explicitem nos estatutos o caráter comunitário e fins não cumulativos;

“III — confessionais, assim entendidas as que são instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas que atendam a orientação confessional e ideologia específicas, não tenham fins lucrativos e incluam na entidade mantenedora representantes da comunidade;

“IV — filantrópicas, assim entendidas aquelas que, sem fins lucrativos,

são instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas, ofereçam gratuitamente serviços educacionais a pessoas carentes e atendam aos demais requisitos previstos em lei.

“(…)

“Art. 58. Cabe ao Poder Público estadual, sem ônus para a instituição solicitante, credenciar instituições de educação superior integrantes ou vinculadas ao Sistema Estadual de Educação, reconhecer seus cursos de graduação e autorizar o funcionamento de cursos de graduação em instituições não-universitárias, bem como promover sua avaliação, observados os seguintes aspectos:

“I — quanto à instituição de educação:

“a) administração geral: garantias de liberdade operacional oferecidas pela entidade mantenedora, efetividade do funcionamento dos órgãos singulares e colegiados e eficiência das atividades-meio em relação aos objetivos finalísticos;

“b) regime acadêmico: adequação à realidade local ou regional e, quando exigido, nacional, dos currículos dos cursos de graduação, e formas de controle de sua execução e do rendimento escolar;

“c) integração socioeconômica: significado do relacionamento da instituição com a comunidade local e regional por meio de programas de extensão e de prestação de serviço;

“d) produção cultural, científica e tecnológica: produtividade em relação à disponibilidade de docentes e técnicos qualificados, considerando seu regime de trabalho;

“II — quanto aos cursos de graduação;

“a) projeto político-pedagógico;

“b) suficiência de bases físicas;

“c) adequação de laboratórios, oficinas e demais equipamentos indispensáveis à execução do currículo;

“d) qualificação do corpo docente;

“e) acervo bibliográfico e regime de funcionamento de bibliotecas”.

Instado por mim, o Conselho Estadual de Educação forneceu certidão (que determinei fosse juntada aos autos) da qual constam as entidades que se submetem à sua fiscalização — dentre as quais a Udesc —, no que se refere ao cumprimento das diretrizes da política nacional de educação.

Assim sendo, é forçoso concluir que compete à Justiça Estadual conhecer de mandado de segurança impetrado contra ato de dirigente dessa instituição de ensino superior.

2. Quanto ao mérito, transcrevo os fundamentos do parecer da Procuradora de Justiça Rosa Maria Garcia:

“No mérito, os autos informam que o apelante logrou êxito nas provas vestibulares realizadas no mês de julho de 2000, na Udesc, tendo demonstrado conhecimento suficiente para ingressar na Faculdade de Medicina Veterinária, uma vez que obteve na colocação geral o 11º (décimo primeiro) lugar.

“Beneficiado, que foi, por liminar em mandado de segurança, e estando o apelante cursando normalmente o curso superior de Medicina Veterinária, na Udesc, desde setembro de 2000, a denegação da segurança agora configura dano irreparável, tanto financeiro como emocional.

“Além do mais, o apelante deve ter concluído o 2º grau neste final de 2000, segundo os autos, e, assim sendo, já se encontra formalmente apto para ingressar no ensino de 3º grau.

“Sobre tudo, em caso análogo, dispõe a jurisprudência:

‘Mandado de segurança. Ensino superior. Aprovação no exame vestibular. Candidato que não apresentou o certificado de conclusão do 2º grau. Indeferimento da matrícula. Concessão de liminar. Posterior conclusão do ensino médio. Confirmação da segurança. Fato consumado. Precedentes do STJ.

‘O inexorável caminhar do tempo tem a virtude de consolidar determinadas situações fáticas que devem ser preservadas em homenagem à equidade. Remessa desprovida’ (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 98.006327-2, de Itajaí, rel. Des. Silveira Lenzi).

“E ainda:

‘Ensino superior — Matrícula em estabelecimento de ensino superior — Aprovação no vestibular antes da conclusão do segundo grau — Lei n. 5.540, de 1968 — Resolução n. 9, de 1978, do Conselho Federal de Educação — Matrícula em universidade. Ação ordinária e medida cautelar. Aprovação em exame vestibular quando ainda cursava o candidato o segundo grau. Interpretação da Lei n. 5.540/68 e da Resolução n. 9/1978 do Conselho Federal de Educação para admitir a interpretação analógica e o direito superveniente, consagrado no art. 402 do Código de Processo Civil. Desprovemento da apelação’ (TJRJ, AC n. 1165/95 (Reg. 131095) Cód. 95.001.01165, Rio de Janeiro, 1ª C. Cív., rel. Des. Pedro Américo R. Gonçalves, j. 27/6/1995).

“Também:

‘Ensino superior — Aprovação no vestibular antes da conclusão do segundo grau — Matrícula em estabelecimento de ensino superior — Direito de permanência no corpo discente — Ingresso na universidade. Se o candidato, embora sem ser portador de diploma do 2º grau conseguiu, através de liminar, ingressar na universidade, não deverá ele ser dela desligado se conseguiu preencher posteriormente o requisito que lhe faltava’ (TJRJ, AC n. 3806/94 (Reg. 130396), Cód. 94.001.03806, 3ª C. Cív., rel. Des. Ferreira Pinto, j. 16/11/1995).

“Por fim:

‘Ensino superior — Aprovação no vestibular antes da conclusão do segundo grau — Matrícula em estabelecimento de ensino superior — Direito de permanência no corpo discente — Fato superveniente — Art. 462, CPC — Ensino superior — Aprovação em vestibular sem completar o segundo grau. Término deste durante o primeiro ano universitário — Fato superveniente que deve ser levado em consideração. 1. É de toda a conveniência e oportunidade que se torne definitiva a matrícula na universidade do jovem autor para não se colocar a perder alguns anos de sua vida escolar que, galhardamente, conseguiu alcançar ao ser aprovado em vestibular. O juiz, ao proferir seu julgamento, deve ter em vista que, na aplicação da lei, atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (art. 5º da LICC). Destarte, não há qualquer ofensa ao art. 17 da Lei n. 5.540/68. Ademais tendo o autor completado o segundo grau, este fato constitutivo do seu direito, deve ser considerado no momento do julgamento, a teor do art. 462, CPC. 2. Apelo re-

jeitado’ (TJRJ, AC n. 7367/96 (Reg. 040697), Cód. 96.001.07367 – Capital, 4ª C. Cív., rel. Des. Gustavo Kuhl Leite, j. 4/3/1997).

“Isto posto, é o Ministério Público que oficia neste grau de jurisdição pelo conhecimento e provimento do recurso”.

Os fundamentos do judicioso parecer coincidem com os argumentos do apelante.

“*Data venia*, deles dissinto. Permito-me reproduzir as razões já expendidas em caso que guarda similitude com o *sub examen*:

“2. Reconheço que há diversos precedentes em favor da tese afirmada na sentença, inclusive do Superior Tribunal de Justiça. No Recurso Especial n. 90.957, disse o Ministro Hélio Mosimann: ‘A conclusão do segundo grau e a efetividade da matrícula, por força de medida judicial, após o exame vestibular, tornaram a situação irreversível’.

“*Data venia*, a decisão não encontra amparo no ordenamento jurídico.

“De acordo com a Constituição Federal (art. 5º, LXIX) e a Lei n. 1.533/51 (art. 1º), apenas o ‘direito líquido e certo’ é amparável via mandado de segurança. E a Lei n. 5.540/68 não autoriza o ingresso no curso de graduação de candidatos que ‘não tenham concluído o ensino médio ou equivalente’ (art. 44, II).

“Insatisfeito esse requisito, não é a impetrante titular de direito líquido e certo. Destarte, há flagrante violação à lei ao se deferir a matrícula em tais circunstâncias.

“Poder-se-á argumentar que a jurisprudência, juntamente com a doutrina, é fonte mediata do direito, depois

da lei e dos usos e costumes, os quais são fontes imediatas (Monteiro, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, Saraiva, vol. I, 1977, pág. 12). Todavia, aquela, tanto quanto possível, deve ser edificada na interpretação da lei e não contra a lei, respeitando-se o ordenamento jurídico positivo, sob pena de transformar-se em ‘construção legislativa’, no expressivo dizer do Ministro Carlos Veloso (RT 658/202).

“Para Serpa Lopes, ‘a jurisprudência, como bem o explicou Geny, é uma propulsora do Direito e só num caso excepcional pode ser elevada à categoria de fonte do Direito: quando, pela reiteração de um julgado, se estabelece um costume, embora não se admita uma jurisprudência *contra legem*, tal como também sucede em relação aos costumes’. Adiante, aduz que ‘o nosso sistema jurídico-constitucional não permite considerar-se a jurisprudência como elemento criador do Direito. No máximo, tudo quanto ao juiz se pode considerar lícito, consiste em poder ele escrever nos livres espaços da lei, como propôs Geny. Perigoso na verdade é conceder-se à magistratura competência para legislar. Com esta se construiria um plano inclinado para a ditadura judiciária, tão nociva quanto a de qualquer outro poder, embora isso não prive o juiz de se utilizar de uma interpretação sociológica, critério aplaudido por Bulhões Carvalho’ (Curso de direito civil, Freitas Bastos, 1988, vol. I, pág. 93).

“Também Vicente Ráo limita o alcance da jurisprudência como fonte geradora de Direito: ‘Mas, o que é certo é que ao juiz nenhuma outra função incumbe além da de aplicar as leis existentes, que ele não pode alterar nem substituir. E se a lei apresenta lacunas

ou omissões, não lhe é lícito criar novas normas, bastando socorrer-se da analogia e dos princípios gerais de direito, o que significa, em última análise, que a norma assim extraída já se achava subentendida ou admitida nas normas expressas, legislativas, não se podendo qualificar, por isso, como norma jurídica’ (O direito e a vida dos direitos, RT, 2ª ed., vol. I, pág. 232).

“A preocupação com a *quaestio* pode ser resumida na indagação formulada pelo Desembargador Alves Braga, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: ‘Onde irá a certeza do direito se cada Juiz se arvorar de legislador?’ (RT 604/43)” (ACMS n. 00.000271-2).

Ao que consta do voto, acrescento — embora despidendo para a solução do litígio — que o impetrante apresentou prova de ter concluído o segundo grau, documento juntado aos autos da ação cautelar referida no relatório.

3. Pelas razões expostas, nego provimento ao recurso.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, negaram provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Luiz César Medeiros. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer a Exma. Sra. Dra. Rosa Maria Garcia.

Florianópolis, 22 de março de 2001.

*Francisco Oliveira Filho,*  
*Presidente com voto;*  
*Newton Trisotto,*  
*Relator.*



## APELAÇÕES CÍVEIS

### APELAÇÃO CÍVEL N. 97.014422-9, DA CAPITAL

Relator: Des. João José Schaefer

*Responsabilidade civil do Estado.*

*O Estado não é responsável, perante o comprador, por indenização de veículo que, após a transferência, se verifica produto de furto. Precedentes desta Corte, do STJ e do STF.*

*Apelo desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.014422-9, da comarca da Capital, em que é apelante Leozenico Kavanholi, sendo apelado o Estado de Santa Catarina:*

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

Custas de lei.

Sentença da lavra do Dr. Domingos Paludo, quando ainda Juiz de Direito de Criciúma, julgou improcedente pedido de indenização formulada por Leozenico Kavanholi contra o Estado de Santa Catarina, por haver o órgão de trânsito estadual se omitido de providências para verificar a origem ilícita do automóvel Caravan, 1984, chassi n. 9BG5VN15DEB110147, placa HZ 1641, que o autor adquiriu de terceiro e que veio a ser apreendido por se comprovar que se tratava de veículo

furtado, com adulteração do número do chassi.

Fundou-se a decisão, entre outros precedentes, nos acórdãos da Ap. Cív. n. 41.631, rel. o Des. Wilson Guarany, DJ n. 8.747, de 21/5/93 e no REsp n. 23.306-2, da 2ª Turma do STJ, rel. o Min. Pádua Ribeiro, no sentido de que “não pode o Detran ser responsável por ato criminoso de terceiro ou pela culpa dos próprios compradores...”.

Os honorários foram fixados em 10% do valor corrigido da causa.

Inconformado, o autor apelou, reeditando, no mérito, os argumentos da inicial, de que foi responsável o Detran pelo prejuízo decorrente da aquisição, pelo autor, do veículo furtado, pois ao providenciar a transferência do bem para o recorrente não apontou nenhuma irregularidade no registro anterior, o que fez com que o negócio se concretizasse.

O recurso insurge-se também quanto à condenação nos honorários, que diz injusta, pois está desempregado, merecendo o agasalho da assistência judiciária. De resto, se precedente a demanda, o Estado seria condenado a indenizar o autor apenas em R\$ 2.500,00, valor de mercado do veículo.

O Estado rebateu o apelo, opinando o Ministério Público local por intermédio do Promotor de Justiça, Dr. Aor Steffens Miranda, pelo improvimento do recurso. Nesta instância manifestou-se no mesmo sentido, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Dr. Wlaumar Alves da Silva.

É o relatório.

É assente a jurisprudência deste Tribunal em que a expedição do certificado de registro por parte do Estado não o torna responsável por prejuízos sofridos por pessoa que adquire veículo que mais tarde se constata furtado.

Assim decidiu-se na Ap. Cív. n. 8.206, da comarca de Camboriú, rel. o saudoso Des. Alves Pedrosa (Jurisprudência Catarinense 1972/232); posteriormente na Ap. Cív. n. 10.936 da Capital, rel. o Des. Aristeu Schiefler (*idem* 9/10, pág. 120) e mais recentemente na Ap. Cív. n. 41.631, rel. o Des. Wilson Guarany.

O próprio STF, no RE n. 86.656 (RTJ 83/310), decidiu que “a atestação, pela repartição do trânsito, no local da alienação, de inexistir queixa de furto, ou multas administrativas, não basta à responsabilidade do Esta-

do pois este não é o segurador de operações arriscadas ou duvidosas.

“Não pode o Estado ser responsabilizado pelo ato criminoso de terceiro ou pela culpa dos próprios compradores”.

Mais recentemente, o STF, em dois julgados da lavra do eminente Ministro Ilmar Galvão, reafirmou seu antigo entendimento, nos Recursos Extraordinários ns. 228.521 (RT 766/183) e 215.987-5/SP (RT 776/159), o primeiro desses julgados em acórdão assim ementado:

“Responsabilidade civil do Estado – Indenização – Veículo vistoriado pelo Departamento de Trânsito que posteriormente foi apreendido pela autoridade policial por ser objeto de furto – Fato que não transfere para o Estado o dever de ressarcir o prejuízo – Adquirente que deve diligenciar quanto à legitimidade do título do vendedor”.

Nessas condições, foi bem repelida a pretensão indenizatória, pelo que se nega provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. João Martins e Volnei Carlin, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Wlaumar Alves da Silva.

Florianópolis, 21 de fevereiro de 2002.

*João Martins,*

*Presidente;*

*João José Schaefer,*

*Relator.*



**APELAÇÃO CÍVEL N. 97.015195-0, DE CHAPECÓ****Relator: Des. João José Schaefer**

*Responsabilidade civil do Estado, por haver veículo de sua propriedade, invadindo via preferencial, cortado a frente de motocicleta do autor.*

*Ilegitimidade passiva ad causam do Estado rejeitada, não só porque, na contestação, o Estado admitiu como de sua propriedade o veículo causador da colisão, como porque é indiferente, para configurar sua responsabilidade, não fosse seu preposto o condutor do veículo (REsp n. 218.046-0 – ESTJ 28/57).*

*O dano estético, comprovado por exame de corpo de delito, é cumulável com o dano moral (REsp n. 219.807, Min. Ruy Rosado, ESTJ 26/174 e 216.904-0, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ESTJ 25/158-9).*

*Reduz-se o valor do dano moral, contudo, a valor mais moderado, mantido, contudo, o do dano estético, este como compensação pelo peso de enfrentar a vítima, pelo resto da vida, as conseqüências da lesão.*

*Custas: delas está isento o Estado.*

*Apelo do Estado parcialmente provido, para redução do valor do dano moral, e provimento parcial da remessa para exclusão da condenação do Estado nas custas.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.015195-0, da comarca de Chapecó (2ª Vara), em que é apelante o Estado de Santa Catarina, sendo apelados Euclides Luiz Zamignan e outro:*

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, prover parcialmente o apelo, para reduzir o valor da indenização por danos morais e estéticos a cento e setenta e cinco salários mínimos, e prover parcialmente a remessa para excluir a condenação do Estado nas custas.

Sentença da lavra do Dr. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, então Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Chapecó, julgou procedente pedido de indenização formulado por Euclides Luiz Zamignan e sua mulher Zaida Francisco Zamignan contra o Estado de Santa Catarina e João Batista de Almeida, em razão de haver veículo de propriedade do Estado, invadindo via preferencial, cortado a frente de motocicleta do primeiro autor, na ocasião conduzida pela segunda autora, condenando os réus ao pagamento dos danos materiais, acrescidos de juros, da citação, e correção monetária da da-

ta do desembolso do custo do conserto ou do orçamento, bem como no equivalente a duzentos salários mínimos, na data do desembolso, a título de danos morais e danos estéticos, acrescidos de juros da citação. Os honorários foram fixados em 15% sobre o total da condenação.

Assim decidiu, no mérito, porque as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus agentes, na qualidade de prestadores de serviços públicos, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso, dizendo Hely Lopes Meirelles que basta ao lesado demonstrar o nexa causal entre o fato (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como o seu montante para exsurgir a obrigação de indenizar, subsistindo a responsabilidade objetiva da administração enquanto esta não evidenciar a culpa da vítima.

O fato lesivo está suficientemente demonstrado pelo boletim de ocorrência e pelos documentos de fls. 9/21, o mesmo ocorrendo em relação ao nexa causal, tendo sido cabal a prova produzida de que houve invasão da preferencial pelo condutor do veículo do Estado.

O alegado excesso de velocidade de sequer ficou demonstrado, sendo que o segundo réu confessou a invasão da preferencial, sem apresentar excludente de sua responsabilidade.

A existência de seqüelas permanentes no corpo da segunda autora, comprovada pelo exame de corpo de delito de fl. 23, incluem-se entre as situações tuteladas pela lei a título de danos morais. Quanto ao valor, cem salários mínimos é o adequado à espécie.

A reparação pecuniária pelo dano estético, a exemplo do que ocor-

re, por exemplo, com a perda de um braço, deve abranger não só a seqüela irreversível como todo e qualquer tratamento capaz de reparar os efeitos dele advindos (Jurisprudência Catarinense 68/239, rel. o Des. Alcides Aguiar), em face do que a sentença fixou a indenização a tal título em cem salários mínimos.

Inconformado, apelou o Estado, dizendo-se parte ilegítima, uma vez que o condutor do veículo não é servidor seu, mas do município de Chapecó. A única relação dos fatos com o Estado é que o veículo era de propriedade do Estado, cedido àquele município.

No mérito, o dano moral só é indenizável se pleiteado pela própria vítima que haja sofrido a perda de algum membro ou órgão.

*Assim não fosse, excessiva a condenação em cem salários mínimos (SM) a título de dano moral, seja porque o valor deve ser líquido e não pode ter o SM como indexador, seja porque não deve conduzir a enriquecimento ilícito, devendo-se, na sua fixação, atender às circunstâncias de cada caso, à situação econômica das partes e à gravidade da ofensa (acórdão deste Relator, in Jurisprudência Catarinense 73/192).*

Na Ap. Cív. n. 50.557 (Des. Pedro Manoel Abreu), pela perda de um filho, o Tribunal fixou a indenização de 100 SM, não podendo no caso, tanto mais que não houve lesões, ser estipulada idêntica quantia.

Ademais, no caso, o dano, se indenizável, deve ser suportado apenas pelo motorista causador do acidente.

O dano estético é indenizável quando aparente, o que não é o caso, a par de que está subsumido no dano moral (REsp n. 56.101-9/RJ, Min. Fon-

tes de Alencar, 4ª Turma. RSTJ 96/246).

O STF também entendeu inacumuláveis os dois danos, moral e estético (RE n. 108.487/177 – RTJ 1/455).

Sem contra-razões, o Dr. Promotor de Justiça opinou pelo desprovisionamento do recurso e da remessa, assinalando que o proprietário do veículo é obrigado solidariamente com o causador do dano (Ap. Cív. n. 12.574, Des. Osny Caetano da Silva e Ap. Cív. n. 33.705, Des. Eder Graf), não tendo o Estado, de resto, trazido prova de haver cedido o veículo à Municipalidade.

Nesta Instância, o Procurador de Justiça Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira ratificou parecer anterior, da lavra do Dr. Raul Schaefer, afirmando sem sustentáculo na doutrina ou na jurisprudência as alegações do apelo, sendo o Estado responsável por danos causados por veículo de sua propriedade.

Perfeitamente possível, outrossim, cumular-se a indenização por dano moral com a de dano estético, como se vê de julgados na RT 707/85, RSTJ 34/445 e 50/305.

O único reparo a fazer é quanto às custas, de que o Estado é isento. Nesse ponto deve ser provida a remessa.

É o relatório.

A alegação de ilegitimidade passiva *ad causam* do Estado não tem consistência nenhuma, não só porque, na contestação, o Estado disse que o veículo era de propriedade da Secretaria da Justiça (fl. 64), sendo iterativo que o proprietário do veículo é solidário na obrigação de indenizar com o seu condutor.

Assim não fosse, decidiu o STJ no REsp n. 109.309-0, rel. Min. César

Asfor Rocha que “Contra o proprietário de veículo dirigido por terceiro considerado culpado pelo acidente conspira a presunção *iuris tantum* de culpa *in eligendo e in vigilando*, em razão do que sobre ele recai a responsabilidade pelo ressarcimento do dano que a outrem possa ter sido causado” (REsp n. 109.309-0 — MG. Relator Ministro César Asfor Rocha. Quarta Turma. Unânime. DJ 30/11/1998) — (ESTJ 23/156).

No REsp n. 218.046-0, rel. Min. Humberto Gomes de Barros (ESTJ 28/57) assinalou-se que “I — É indiferente, para configurar a responsabilidade da administração, em acidente ocorrido com veículo público, se o motorista era ou não seu preposto”.

O dano estético está evidenciado nos autos de exame de corpo-delito de fls. 23 e 24, referindo este último, em resposta ao quesito n. 7, que houve “deformidade permanente, com cicatriz ampla, com quelóide cicatricial circular, com arco de concavidade dirigido para cima, abrangendo a parte superior da órbita”.

Não foi demonstrada culpa da vítima, pelo que subsiste a responsabilidade objetiva do Estado e a do outro réu.

Cumuláveis são, de outro lado, o dano moral e o estético, aquele decorrente do abalo decorrente do próprio acidente, e o estético como compensação pelo peso de enfrentar, pelo resto da vida, as conseqüências da lesão sofrida, bem descrita no auto de exame de corpo-delito.

A cumulabilidade do dano moral com o estético tem sido, de resto, reiteradamente admitida pelo STJ, como se vê, entre outros julgados, do REsp n. 219.807, rel. o Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ESTJ 26/174 e

do REsp n. 216.904-0, rel. o Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 20/9/99 – ESTJ 25/158.

Quanto ao valor, no REsp n. 208.797-0, o Min. Nilson Naves assinou que “no dano moral, a indenização há de ser arbitrada moderadamente” (ESTJ 26/134), pelo que, considerando ainda, a cumulação da indenização por dano moral estético, a indenização do dano moral a 75 SM, mantida, contudo, a do dano estético, pelas razões *supra*.

Razão tem, de outro lado, o Procurador de Justiça Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira quanto às custas, de que está isento o Estado.

Nessas condições, dá-se provimento parcial ao apelo voluntário do Estado, para reduzir a 175 (cento e se-

tenta e cinco) salários mínimos o total dos danos moral e estético, dando-se, igualmente, provimento parcial à remessa para excluir as custas da indenização.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. João Martins e Volnei Carlin e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira.

Florianópolis, 21 de fevereiro de 2002.

*João Martins,*

*Presidente;*

*João José Schaefer,*

*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.000176-5, DE SÃO CARLOS**

**Relator: Des. João José Schaefer**

*Responsabilidade civil do Estado.*

*O Estado é civilmente responsável, na forma do disposto no art. 37, § 6º, da CF, que consagra a teoria do risco administrativo, por lesão ocorrida no interior de escola pública, que ocasiona a perda de um olho de aluno, atingido por pedra atirada por outro aluno da escola. O Estado só se eximiria de indenização se provasse culpa inequívoca do lesado, hipótese, fora de qualquer cogitação.*

*A perda de um olho, ainda que não inabilite a vítima, dificulta sua integração ao mercado de trabalho, motivo porque deve ele receber pensão mensal, a partir da data em que começaria a trabalhar.*

*Formulado pedido certo de indenização e não a tendo fixado o Dr. Juiz a quo, pode o Tribunal defini-la, atento aos elementos dos autos, como de iterativa jurisprudência (TJSP — A. de Paula, vol. IV, n. 8007; TAMG, idem n. 8.010-B; TARS, idem ns. 8.018 e 8.020 e TJSC, Jurisprudência Catarinense, vol. 36/205, rel. o Des. Aluizio Blasi).*

*Indenização por dano estético inafastável no caso, para compensar, de alguma forma, a lesão que acompanharia a vítima por toda a vida, tornando-a diferente dos demais, com inegável prejuízo social, na escola, no âmbito familiar, especialmente no casamento. Fixação pelo Dr. Juiz a quo que se mantém.*

*Recurso voluntário improvido, mas provida parcialmente a remessa para excluir da condenação as custas processuais.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.000176-5, da comarca de São Carlos, em que é apelante o Estado de Santa Catarina, sendo apelado Everton Ohland Mazali:*

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso voluntário e prover parcialmente a remessa para isentar o Estado das custas.

Sentença da lavra do Dr. Sérgio Ramos, então Juiz de Direito da comarca de São Carlos, julgou procedente, em parte, pedido de indenização formulado por Adilson Mazali e seu filho Everton Ohland Mazali, contra o Estado de Santa Catarina, em virtude de o autor Everton, menor de idade, haver sido atingido na hora do recreio, quando se achava no pátio da Escola Pública onde estudava, por uma pedra que perfurou seu olho esquerdo, ocasionando perda total do órgão.

Em conseqüência, foi o Estado condenado ao pagamento de danos estéticos, arbitrados em trezentos (300) salários mínimos e à indenização pela redução da capacidade laboral, até que o menor complete 65 anos, valor que deve ser apurado em liquidação.

Assim decidiu o ilustre Magistrado a quo por entender objetiva a responsabilidade do Estado, prescindindo de indagação quanto à culpa. O menor era matriculado na escola, dentro de cujo limite ocorreu o fato, incontroverso ante a prova testemunhal.

Os responsáveis pela escola têm o dever de zelar pela integridade dos alunos.

Tendo o fato ocasionado deformidade permanente, consoante a prova oral e a perícia técnica, indiscutível o direito à indenização por dano estético.

É cumulável essa indenização, outrossim, com a do dano material (Ap. Cív. n. 27.899, Des. Carlin).

A prova pericial indica redução da capacidade laborativa, devendo o respectivo valor ser apurado em liquidação, à falta de elementos nos autos.

As despesas com tratamento seriam indenizáveis, mas o autor, posto manifestado o propósito de comprová-las, não as demonstrou.

Inconformado, apelou o Estado, dizendo evidenciada a ausência de culpa de sua parte pelo fato lesivo.

A relação entre o Estado e o aluno é contratual, portanto gerando responsabilidade de natureza subjetiva, a reclamar a prova de culpa do Estado.

No caso, não houve culpa, já que estava fora das possibilidades humanas evitar o fato lesivo, pois a pedrada resultou de ação isolada, abrupta, rápida e imprevisível de um colega, sem dar margem a qualquer reação, não tendo havido falta ao dever de vigilância, porque nenhuma ação nesse sentido poderia impedir o comportamento em tela.

De outro lado, não há falta de aptidão laboral: a perícia médica constatou que a vítima pode desenvolver qualquer atividade, ofício ou profissão, não obstante a perda de um olho.

É correto afirmar, pois, que não decorreu inabilitação ou mesmo depreciação do valor do trabalho a justificar pensão.

A sentença, de resto, prossegue o Estado apelante, inobservou os limites do pedido, pois condenou a Fazenda Pública no pagamento de indenização por redução da capacidade laboral, mas não fixou o *quantum* devido a tal título, quando havia pedido certo, de um salário mínimo mensal, pelo que é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida (art. 459, parágrafo único, do CPC).

O dano estético foi valorado em excesso.

Embora tal valoração deva ser feita por arbitramento, não pode prescindir da adoção de critérios e da observação de parâmetros que tornem legítima e razoável a estimativa, “segundo as emanações do ordenamento jurídico”.

De acordo com os ditames do art. 1.538, § 1º, do Código Civil, o máximo admissível a título de dano estético é o valor igual ao dobro da multa

no grau médio da pena criminal, conforme tem decidido a jurisprudência.

O arbitramento em 300 salários mínimos superou em muito o valor permitido.

Caso se entenda inaplicável o disposto no art. 1.538 do CC, é preciso considerar outros critérios como o Código Brasileiro de Comunicações (Lei n. 4.117/62), tendo a Ap. Cív. n. 32.452/TJSC fixado indenização em caso análogo em 200 salários mínimos.

Os autores contra-arrazoaram, pleiteando o improvimento do recurso do Estado.

Nesta instância, manifestou-se pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Promotor de Justiça convocado, Dr. Lio Marcos Marin, pela conversão do feito em diligência, porque não foi dada oportunidade ao Ministério Público para se manifestar sobre a apelação.

A ilustre Procuradora de Justiça, Dra. Hercília Regina Lemke, pediu a palavra na sessão de julgamento para opinar no sentido de que não seja pronunciada nulidade, uma vez que a sentença se mostrou favorável ao menor, não cabendo redução da pensão após os 25 anos, porque não se trata de auxílio prestado a terceiro, mas redução da capacidade laborativa.

É o relatório.

Preliminarmente, não é de se acolher, *data venia*, a manifestação do ilustre Procurador de Justiça que oficiou a fls., no sentido da baixa do feito à origem para manifestação do Ministério Público local quanto à contestação, especialmente em face da bem-fundada manifestação oral da Dra. Hercília Lemke, Procuradora de Justiça durante o julgamento.



No que tangem aos interesses do Estado, o seu recurso é subscrito por um de seus mais ilustres Procuradores, o Dr. João dos Passos Martins Neto, atual Corregedor do Órgão, o que, mais do que pressuposto, é garantia de que bem defendidos os interesses estaduais.

Já relativamente ao menor, seu douto advogado, que é o mesmo do co-autor, seu pai, ofereceu contra-razões examinando todos os fundamentos do recurso, de sorte que se pode dizer que ambas as partes estão amplamente assistidas.

Por fim, conforme decidido na Ap. Cív. n. 00.000952-0, de Anchieta, rel. o Des. Luiz César Medeiros, “a não intimação da sentença ao representante do Ministério Público de primeiro grau não gera nulidade quando a falta é suprida pela manifestação da Procuradoria-Geral da Justiça”.

Decide-se, pois, pelo prosseguimento do julgamento no estado em que está o feito.

No mérito, vê-se que não há controvérsia a respeito dos fatos.

O menor foi atingido por uma pedrada que lhe ocasionou a perda da visão esquerda.

Não obstante o reconhecido e competente esforço do defensor do Estado, a responsabilidade deste é objetiva, sendo despidiendi indagar se houve ou não culpa dos professores encarregados da disciplina no interior do estabelecimento de ensino.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais lavrou, a propósito, acórdão que se presta admiravelmente para o presente caso.

“Na hipótese de morte de filho menor em creche municipal, o Municí-

pio responde civilmente pelo dano causado, não havendo que se cogitar da licitude ou ilicitude do fato, nem de culpa dos funcionários, devendo-se provar tão-somente o nexo de causalidade entre o fato lesivo e a atitude da referida creche. Trata-se de responsabilidade objetiva, aplicando-se ao caso a teoria do risco administrativo, pela qual o Município só se exime da indenização se provar inequivocamente o dolo ou a culpa do lesado” (RT 780/348).

Na verdade, o menor é que não contribuiu, em mínima parte, para a ocorrência do fato, de sorte que não há cogitar de eventual culpa de sua parte, mesmo em grau ínfimo.

A perícia, de fato, admitiu que o segundo autor possa exercer qualquer atividade, exceto a de motorista profissional, mas é inegável que o menor terá maior dificuldade para fazê-lo.

Em acórdão na Ap. Cív. n. 39.314, de Criciúma, consignou-se que “a perda da visão de um dos olhos repercute na atividade laboral do obreiro, dificultando o exercício profissional, não havendo dúvida de que restringe o mercado de trabalho”.

No que tange à pensão, tendo a douta Procuradoria do Estado sustentado que havendo, no caso, pedido certo, de um salário mínimo e que, em tal hipótese, vedado é ao juiz proferir sentença ilíquida, cumpre verificar se há elementos nos autos para fazê-lo.

Há precedentes de boa lavra recomendando que, em tais hipóteses, o Tribunal fixe o *quantum* respectivo.

Assim assentou o TJSP (A. de Paula, vol. IV, n. 8.007, em 20/6/74) ao decidir: “Se o pedido for certo ou determinado, não poderá a sentença

considerá-lo genérico. E se o fizer, nem por isso deve a decisão ser havida como nula, cabendo à superior instância corrigir a anormalidade”.

Na mesma linha o TAMG, obra citada, n. 8.010-B, no sentido de que “Se o juiz de primeiro grau houver contrariado o disposto no parágrafo único do art. 459 do CPC, pode o Tribunal rever o julgado e, encontrando elementos nos autos, fixar desde logo o *quantum* devido, pois não estaria suprindo o *decisum* de primeiro grau mas, apenas, substituindo pelo seu o critério do juiz singular, como lhe permite o art. 515 e seus parágrafos do CPC”.

No TARS, Adroaldo Furtado Fabrício sustentou que em tal ocorrendo, “...a matéria deve ser examinada de ofício no juízo de segundo grau” (ob. cit., n. 8.018). No mesmo Tribunal, orientação análoga foi abrigada na Ap. Civ. n. 10.824, cf. a ementa n. 8.020 da citada obra.

Apenas para arrematar, foi nesse sentido decisão desta Corte na Ap. Civ. n. 16.322, rel. o Des. Aluizio Blasi — Jurisprudência Catarinense, vol. 36/205.

O autor pediu a fixação de pensão de 1/3 do salário mínimo por mês, até que complete 25 anos e a partir de então de 1 salário mínimo mensal.

Considerando, todavia, que até os 14 anos o menor não pode exercer trabalho, fixa-se essa indenização a partir da data em que completar 14 anos, elevando-se a pensão a um salário mínimo, respeitado, ainda, o pedido, a partir da data em que o autor completar 25 anos, até 65 anos.

Para o dano estético não há como seguir a regra do art. 1.538, § 1º, do

Código Civil, até porque não houve, no caso, processo criminal, estando, de resto, abandonado tal critério pela jurisprudência.

Não há, também, porque adotar os padrões do Código Brasileiro de Comunicações, porque fixados para situações diversas.

No caso, considerando que o dano estético visa a compensar uma lesão, que acompanhará a pessoa por toda a vida, tornando-a de certa forma diferente dos demais, com inegável prejuízo social, na escola, no trabalho, no âmbito familiar, especialmente no casamento, tem-se que o Magistrado de primeiro grau não fixou com exagero a indenização por dano estético.

A única modificação que comporta a decisão é no que tange às custas, uma vez que o Estado delas está isento.

Nega-se, pois, provimento ao apelo do Estado, não obstante atendendo a que o próprio Estado sustenta que haveria de ser fixada a pensão mensal, é ela estabelecida, como acima expressa, em harmonia com a copiosa jurisprudência invocada, dando-se provimento parcial à remessa para excluir da condenação o pagamento de custas pelo Estado.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Volnei Carlin e Victor Ferreira, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Lio Marcos Marin.

Florianópolis, 28 de fevereiro de 2002.

*João José Schaefer,  
Presidente e Relator.*



**APELAÇÃO CÍVEL N. 01.012892-6, DE LAURO MÜLLER****Relator: Des. Anselmo Cerello**

*Acidentária — Mineiro — Pneumoconiose — Exposição permanente a partículas em suspensão — Diagnóstico de pneumoconiose — Doença do trabalho — Redução da capacidade laborativa — Auxílio-acidente devido em razão de configuração de doença do trabalho anterior à época de sua aposentadoria — Sentença concessiva do benefício do auxílio-acidente — Apelo visando a sua reforma ao argumento de impossibilidade de cumulação de auxílio-acidente com aposentadoria especial — Apelo do autor provido para fixar o auxílio-acidente em 50% sobre o salário de benefício — Apelo do INSS desprovido.*

*Se ao tempo em que o inditoso obreiro se inativou já estava acometido de doença do trabalho, ainda que à época da aposentadoria especial não tenha obtido tal benefício, que foi regulado pela Lei n. 8.213/91, por se tratar de doença pulmonar preexistente — pneumoconiose — faz jus à cumulação desse benefício sem que isso importe em violação ao dispositivo legal apontado, pois não se confunde o efeito imediato das leis acidentárias de ordem pública quando mais benéficas em razão do seu alcance social, com efeito retroativo das leis.*

*Ademais, ainda que o inditoso obreiro, ao “bater às portas do Judiciário”, esteja sob a vigência da nova lei que expressamente veda a cumulação de auxílio-acidente com aposentadoria especial, se à época em que se inativou já estava acometido de doença do trabalho, tal infortúnio é anterior à sua vigência e à própria aposentadoria, sendo-lhe, então, inaplicável o dispositivo legal apontado como violado (§ 2º do art. 86 da Lei n. 8.213/91), em razão do direito por ele adquirido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 01.012892-6, da comarca de Lauro Müller, em que são apelantes e apelados Pedro Olavo Cândido e o Instituto Nacional do Seguro Social:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, prover o apelo do autor para fixar auxílio-aci-

dente em 50% sobre o seu salário de benefício, desprovendo o apelo do INSS.

Custas legais.

Pedro Olavo Cândido, devidamente qualificado nos autos, perante a Vara Única de Lauro Müller, ajuizou ação de concessão de benefício de

auxílio-acidente contra o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS.

O autor alegou que, por exercer atividade altamente agressiva em minas de exploração de carvão, adquiriu a doença pneumoconiose, incapacitando-o para o trabalho, razão pela qual pugnou pelo auxílio-acidente.

Na audiência realizada, inexistente a conciliação, o réu apresentou suas contestações, aduzindo, preliminarmente, a decadência; e, no mérito, que o autor goza de aposentadoria especial há mais de trinta anos e não retornou ao trabalho, sendo vedada a cumulação entre o auxílio-acidente e qualquer espécie de aposentadoria; que o autor não sofre de qualquer moléstia profissional; que, se devido o benefício, este tenha início a partir da data da realização da perícia; reque-rendo, ao fim, improcedência da ação.

Formulados os quesitos pelas partes, foram realizadas as perícias médico-judiciais.

O representante do Ministério Público opinou pela procedência do pedido inicial, condenando o INSS a conceder ao autor o benefício de auxílio-doença no percentual de 50% a incidir a partir da edição da Lei n. 9.032/95.

Sentenciando, às fls. 64/69, a MMA. Juíza julgou procedente o pedido exordial, determinando à autarquia a conceder ao réu o auxílio-acidente no percentual de 50% do salário de contribuição do autor, vigente a partir de 6/1/2000, data da realização da perícia judicial; condenando-a ao pagamento das despesas processuais pela metade e honorários advocatícios em 10% sobre as parcelas vencidas.

O autor apelou (fl. 71), asseverando que o percentual do benefício deve corresponder a 50% do salário de benefício do segurado, não sobre o salário de contribuição.

O apelado apresentou contra-razões (fl. 73).

O Instituto Nacional do Seguro Social apelou às fls. 75/76, alegando que não há amparo legal para a concessão do benefício; que o autor está aposentado desde 7/7/69, não retornando ao trabalho; que o apelado é isento de custas processuais.

O representante do Ministério Público de primeiro grau opinou pelo desprovimento de ambos os recursos interpostos.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em judicioso parecer de fls. 87/89, da lavra do Exmo. Procurador de Justiça Dr. Raul Schaefer Filho, opinou pelo conhecimento dos recursos e da remessa, dando-se provimento parcial apenas ao reclamo do autor.

É o necessário relatório.

Cinge-se a irresignação recursal do autor, de fls. 70/71, na fixação do auxílio-acidente em 50% sobre o seu salário de contribuição.

Por sua vez, a irresignação recursal da autarquia previdenciária, de fls. 74/76, instaurou-se em virtude dos seguintes pontos:

1. Inexistência de amparo legal para a concessão do auxílio-acidente, pois o § 2º do art. 86 da Lei n. 9.528, de 10/12/97, veda a cumulação do benefício pleiteado com qualquer tipo de aposentadoria.

2. Condenação ao pagamento das custas processuais, pois, de acordo com a inteligência do art. 46 da Lei

n. 5.010, de 30/5/66, e art. 9º da Lei n. 6.032, de 30/4/74, a autarquia é isenta de custas.

Primeiramente, tendo em vista a remessa necessária estabelecida no art. 475 do CPC, há que se ressaltar que, mesmo não sendo ponto dos recursos, houve redução da capacidade laborativa do autor em função da pneumoconiose, doença diretamente relacionada com as condições hostis de trabalho.

Assim, caracterizado o infortúnio decorrente do trabalho, necessário se faz o exame dos pontos evidenciados nos apelos.

Analisando-se a irresignação do autor, toda razão lhe assiste pois, *data venia* do entendimento da nobre Togada *a quo*, o benefício de auxílio-acidente, de acordo com a inteligência do § 1º do art. 86 da Lei n. 9.032/95, deve corresponder a 50% do salário de benefício do segurado, e não do salário de contribuição, pois assim preceitua tal dispositivo:

“O auxílio-acidente mensal e vitalício corresponderá a 50% (cinquenta por cento) do salário de benefício do segurado”.

É que, ainda que à época dos fatos não existisse salário de benefício, tal deve ser calculado “na forma preconizada no art. 29 da Lei n. 8.213/91, ou seja, por meio da média aritmética simples de todos os últimos salários de contribuição dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade ou da data da entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses. Uma vez calculado o salário de benefício, deve este ser atua-

lizado na forma determinada na sentença recorrida, até a data a partir da qual deverá ser aplicado o novo percentual, que é de 50%. Caso o valor do benefício seja inferior ao que vinha recebendo o apelado, deverá ser mantido o que lhe é mais favorável”.

Logo, necessária a reforma postulada pelo obreiro em seu recurso de apelação.

Já no tocante ao ponto 1 da irresignação interposta pelo INSS, acertada a decisão da MMa. Juíza que, sentenciando às fls. 64/69, assim dispôs:

“Quanto ao fato de o autor estar aposentado e requerer o auxílio-acidente, tal circunstância subjaz inócua, porquanto os pressupostos fáticos e jurídicos desses benefícios previdenciários são diversos, como também é o próprio custeio de um e de outro benefício”.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina sufragou:

“Acidente do trabalho — Pneumoconiose — Aposentadoria especial e auxílio-acidente — Cumulação — Possibilidade.

“Admite-se a cumulação do auxílio-acidente com a aposentadoria especial, por tratar-se de benefícios autônomos, de natureza, causa e fontes de custeio diversos, conforme reiteradamente vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça” (TJSC, Apelação Cível n. 96.011937-0, rel. Des. Eder Graf).

Pelas razões *supra*, e em virtude da doença ocupacional do autor advir anteriormente à incidência da Lei n. 9.528/97, não se vislumbra óbi-

ce para a cumulação do benefício conquistado (aposentadoria especial) e do auxílio-acidente ora pleiteado.

Embora a Lei n. 9.528/97 proibaa acumulação do auxílio-acidente com a aposentadoria de qualquer espécie (o art. 2º desta lei alterou o disposto no art. 2º e 3º da Lei n. 8.213/91), imperativo salientar o que preleciona Antônio Lopes Monteiro e Roberto Fleury de Souza Bertagni (*in* Acidente de trabalho e doença ocupacional: conceito, processo de conhecimento e de execução e suas questões polêmicas, São Paulo, Saraiva, 1998, pág. 37) *verbis*:

“Mas a incidência dessa lei só se dá para os acidentes (ou doenças ocupacionais) ocorridos a partir da data de vigência da Medida Provisória n. 1.596-14, de 11 de novembro de 1997, não podendo retroagir, muito menos em prejuízo do obreiro”.

Nesse passo, colaciona-se o entendimento do Sodalício estadual:

“Ação acidentária — Extração de carvão — Pneumoconiose — Concessão de auxílio-acidente — Incapacidade reconhecida pela perícia — Aposentadoria especial — Irrelevância — Procedência — Remessa necessária desprovida — Custas a cargo da autarquia federal pela metade — Novo regimento de custas, art. 33 e parágrafo único (LC n. 156/97, alterada pela LC n. 161, de 23/12/97).

“Vítima da moléstia contraída em minas de carvão — pneumoconiose —, o mineiro, porque incapacitado para laborar na mesma atividade, faz jus ao benefício acidentário do auxílio-acidente, independentemente de se achar aposentado” (Apelação Cível

n. 98.006037-0, de Criciúma, rel. Des. Alcides Aguiar).

Nesse norte posicionou-se o Ministério Público em parecer de fls. 80/83 da lavra da Exma. Promotora Dra. Ana Paula Cardoso Teixeira:

“Em relação à impossibilidade de cumulação entre a aposentadoria e o auxílio-acidente, melhor sorte não assiste à autarquia”.

Não obstante a Lei n. 9.528/97 tenha modificado a redação do art. 86 da Lei n. 8.213/91, vedando expressamente a cumulação do auxílio-acidente com qualquer tipo de aposentadoria, tem-se que, por ser prejudicial ao obreiro, ela não poderá retroagir para atingir os acidentes ocorridos antes de sua vigência, devendo seus efeitos operar-se somente após sua entrada em vigor, qual seja, 10/12/97.

Exatamente o caso dos autos, já que o recorrido sofreu os infortúnios descritos na exordial bem antes da vigência da citada lei.

Nesse sentido:

“A jurisprudência que inadmitia a cumulação, tranquiliza-se hoje em sentido contrário, havendo evoluído em favor do obreiro. Assim é que, no curso da aposentadoria especial, moléstia profissional com causa anterior à inativação por tempo de serviço, mesmo permanecendo no ócio, isto é, sem que seja necessário retornar ao trabalho, faz jus o trabalhador ao auxílio-acidente” (Ap. Cív. n. 36.766, de Urussanga, Des. Xavier Vieira, julgada em 18/2/92).

Dessa forma, perfeitamente possível a cumulação da aposentadoria especial com o auxílio-acidente, pois a Lei n. 9.528/97, que veda essa

possibilidade, é posterior ao surgimento da moléstia diretamente relacionada com as condições de trabalho, pneumoconiose, sendo inaplicável ao caso em apreço.

Em relação ao ponto 2 do apelo da autarquia previdenciária, em que pleiteia a isenção de custas ou, ao menos, que sejam devidas pela metade, razão não lhe assiste, já que, a teor do parágrafo único do art. 33 do Regimento de Custas do Estado de Santa Catarina, o órgão ancilar goza de isenção parcial.

Logo, acertada a decisão da MMA. Juíza que, em sentença de fls. 64/69, condenou a autarquia “ao pagamento das despesas processuais em sua metade”.

Diante desse contexto, desproje o recurso de apelação interposto pelo INSS, bem como a remessa necessária, provendo o recurso de apelo do autor para estipular o auxílio-acidente em 50% sobre o seu salário de benefício, mantidas as demais cominações legais.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Mazoni Ferreira e Cesar Abreu. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 19 de novembro de 2001.

*Anselmo Cerello,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.015546-0, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Anselmo Cerello**

*Apelação Cível — Convênio de prestação de serviços médicos — Interpretação de cláusulas contratuais incompatíveis — Aplicação do Código de Defesa do Consumidor — Apelo desprovido.*

*Diante do comando legal inserido no art. 3º do CDC, pouco importa ser o prestador de serviços pessoa física, pessoa jurídica, com regime especial definido em lei própria, com ou sem fins lucrativos, o que importa é que a relação seja remunerada e num dos pólos haja alguém que possa ser considerado um consumidor, por estar, de qualquer maneira, em desvantagem na relação contratual, e de outro lado um fornecedor de produtos ou serviços, no sentido amplo utilizado pela legislação de proteção dos consumidores.*

*Assim, tendo em vista que a apelante presta serviços aos seus associados, in casu, à apelada, esta está abrangida pelo conceito de fornecedor da legislação de defesa do consumidor, devendo, desta forma, as cláusulas contratuais serem interpretadas favoravelmente à apelada, restando mantida a obrigação da apelante de fornecer as próteses necessárias à cirurgia e à vida da associada litigante.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.015546-0, da comarca da Capital (1ª Vara), em que é apelante Unimed de Florianópolis — Cooperativa de Trabalho Médico, sendo apelada Ana Olívia de Medeiros:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, desprover o apelo.

Custas legais.

Ana Olívia de Medeiros, devidamente qualificada nos autos, perante a Primeira Vara Cível da comarca de Florianópolis, ajuizou ação ordinária cumulada com pedido de antecipação de tutela contra Unimed — Cooperativa de Trabalho Médico.

A autora alegou que adquirir um plano de saúde total com a requerida. Em 10/9/99, ao precisar de uma angioplastia, seu marido entrou com as requisições para que a devida cirurgia fosse autorizada, porém foram negadas as próteses cardiovasculares (intravascular) Stents, a qual foi usada, neste caso, por absoluta necessidade, em virtude da complexidade da lesão. Por ferir, assim, o Código de Defesa do Consumidor, a autora requer lhe seja concedida a liminar, compelindo a Unimed a ressarcir a quantia já paga pelo seu esposo, parentes e amigos à Clínica SOS Córdio, onde foi realizada a cirurgia, pelas 4 próteses cardiovasculares utilizadas no implante, com correção monetária, na quantia de R\$ 11.164,20.

Citada, a requerida contestou a ação (fls. 60/74), aduzindo que a Lei n. 8.078/90 não se aplica aos contra-

tos envolvendo cooperativas, de quaisquer espécies, em especial cooperativa médica, tendo em vista a sua natureza complexa e diferenciada das simples relações de consumo; que o plano que a requerente possui não pode ser comparado de forma igualitária com o Uniplan; que seu plano está disciplinado na cláusula VII — *Serviços não assegurados — 7.1 — Não são cobertos por este contrato as despesas relativas a: (...); m) lente intra-ocular, aparelhos ortopédicos, válvulas, próteses e órteses de qualquer natureza;* que a implantação do Stent não é intracardiaca e sim endovascular, inexistindo previsão contratual para a sua cobertura; que esta prótese é de fabricação importada, portanto, não sendo possível a cobertura pelo plano da Unimed; que é inaplicável à situação o Código de Defesa do Consumidor; requerendo, ao fim, a improcedência da ação.

Em despacho de fls. 75/76, o MM. Juiz deferiu a tutela antecipada, determinando que a ré proceda, de imediato, ao reembolso das despesas, no valor de R\$ 11.000,00.

A autora impugnou a contestação (fls. 84/94), pugnando pelo julgamento antecipado da lide, para tornar definitivo o provimento já antecipado e para que a ré fosse condenada a pagar a correção monetária.

Realizada audiência, inexistente a tentativa conciliatória em face da ausência de ambas as partes, constatada a desnecessidade de produção de outras provas, foi determinada a conclusão para julgamento em gabinete.

Sentenciando, às fls. 98/105, o MM. Juiz julgou procedente o pedido exordial, condenando a ré ao paga-



mento de R\$ 11.000,00, devidamente corrigidos desde a data do desembolso até o ressarcimento em virtude da antecipação dos efeitos da tutela, consolidando o provimento antecipado; condenando, também, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em 20% sobre o valor da condenação.

Irresignada, a ré apelou (fls. 107/136), asseverando que é inaplicável o Código de Defesa do Consumidor no que tange às Cooperativas, haja vista que a Unimed não é uma empresa que labora com finalidades lucrativas; que o contrato não é abusivo, sendo clara a cláusula em que são enumerados os serviços não assegurados, entre eles próteses e órteses de qualquer natureza; que a implantação de *Stent* não é intracardiaca e sim endovascular, não existindo cobertura no contrato firmado entre as partes.

A apelada apresentou contra-razões (fls. 141/153).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em judicioso parecer de fls. 158/161, da lavra do Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira, absteu-se de emitir parecer sobre o mérito da questão, em face da desnecessidade de intervenção do Ministério Público na presente *quaestio*.

É o relatório.

A apelante repisa, em grau de recurso, todos os argumentos despendidos na contestação, enfrentados na sentença, devolvendo a este grau de jurisdição, dessa forma, toda a matéria ventilada no primeiro grau, pelo princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*. Diante desse contexto, adoto como razão de decidir a douta sentença guerreada, que judiciosamente

analizou a *quaestio*, por seus próprios e jurídicos fundamentos, passando a transcrevê-la:

“Primeiramente cabe analisar a alegação de que o Código de Defesa do Consumidor não é aplicável ao caso em apreço, uma vez que a ré alega ser uma cooperativa médica sem fins lucrativos, não se enquadrando na definição de fornecedor adotada pela Lei n. 8.078/90.

“Vejamos o que prescreve o art. 3º do CDC ao definir o fornecedor:

‘Art. 3º. Fornecedor é *toda* pessoa física ou jurídica, pública ou *privada*, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, *que desenvolvem atividade* de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou *prestação de serviços*’ (grifei).

“A definição legal é bem ampla, abrangendo o máximo possível das situações, já que seu objetivo principal é proteger a parte mais frágil nas várias categorias de atividades englobadas pela categoria ‘consumo’.

“Nenhuma ressalva é feita a qualquer tipo de pessoa. Não é necessário sequer ser profissional à prestação de serviços ou ao desenvolvimento de qualquer das outras atividades descritas no *caput* do referido artigo, pois conforme esclarece Cláudia Lima Marques ‘a remuneração do serviço é o único elemento caracterizador, e não a profissionalidade de quem o presta’ (*in* Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 3ª ed. rev., atual. e ampl., RT, 1999, pág. 163).

“Portanto, diante da *ratio legis*, pouco importa ser o prestador de ser-

viços pessoa física, pessoa jurídica, com regime especial definido em lei própria, com ou sem fins lucrativos.

“O que importa é que a relação seja remunerada e num dos pólos haja alguém que possa ser considerado um consumidor, por estar, de qualquer maneira, em desvantagem na relação contratual, e de outro lado um fornecedor de produtos ou serviços, no sentido amplo utilizado pela legislação de proteção dos consumidores.

“Logo, mesmo admitindo-se a ausência de fins lucrativos, conforme alega a ré, não deixaria de ser fornecedora dos serviços contratados pelos seus usuários, dadas as características das relações contratuais que mantêm com eles.

“José Geraldo Brito Filomeno resume bem a situação:

‘Por outro lado, porém, tomando-se como exemplo uma entidade associativa cujo fim precípua é a *prestação de serviços de assistência médica, cobrando para tanto mensalidades ou outro tipo de contribuição*, não resta dúvida de que será considerada *fornecedora desses mesmos serviços*.

‘E isto pela simples razão de que, destinando-se (a associação), especificamente, à prestação daqueles serviços, e não à gestão da coisa comum, suas atividades se revestem *da mesma natureza que caracterizam as relações de consumo*. E, em consequência, pressupõem um fornecedor, de um lado, e uma universalidade de consumidores, de outro, tendo por objeto a prestação de serviços bem determinados, *quer por si, ou mediante o concurso de terceiros*’ (Código de Defesa do Consumidor Comentado

pelos Autores do Anteprojeto, 5ª ed. rev., atual. e ampl., Forense Universitária, 1998, pág. 38) (grifei).

“Inquestionavelmente a ré presta serviço aos usuários, com quem mantém vínculo contratual, e está abrangida pelo conceito de fornecedor previsto no Código de Defesa do Consumidor.

“Definida a aplicação do CDC ao caso em apreço, verifico que no mérito a ré sustenta que as próteses implantadas na autora são endovasculares e não intracardíacas, portanto, no seu entendimento, não estariam asseguradas pelo contrato.

“Oportuna a transcrição das cláusulas relevantes para a apreciação da controvérsia entre as partes:

‘3.1. — A cobertura compreende consultas médicas prestadas pelos médicos cooperados da Unimed, serviços auxiliares de diagnóstico e terapia e internações clínicas e cirúrgicas, em apartamento *standart* com banheiro privativo, com direito a um acompanhante, dentro da rede própria ou contratada pelas cooperativas que formam o sistema nacional Unimed, de acordo com o previsto na cláusula VI.

‘6.5 — Ficam assegurados na cobertura contratual, igualmente os procedimentos de cirurgia cardíaca e hemodinâmica abaixo relacionados:

‘6.5.7 — Hemodinâmica

‘(...)

‘I — Coronariografia com angioplastia

‘(...)

‘6.6 — As próteses cardíacas autorizadas pela contratada serão aquelas de natureza biológica e de fabricação nacional, *exceto nos casos*



*configurados pela equipe médica de cirurgia de que haja indicação absoluta de prótese mecânica (grifei).*

(...)

‘Cláusula VII — Serviços não assegurados

7.1 — não são cobertas por este contrato as despesas relativas a:

‘m) lente intra-ocular, aparelhos ortopédicos, válvulas, próteses e órteses de qualquer natureza’.

“Da leitura das cláusulas transcritas verifico que é flagrante a contradição entre as que asseguram e as que excluem cobertura.

“No primeiro momento o procedimento angioplastia é previsto (6.5.7, ã), não havendo restrição quanto às próteses necessárias.

“Já em outra cláusula contratual é excluída da cobertura qualquer natureza de prótese (7.1).

“Vale advertir que ‘exclusões genéricas desequilibram o conteúdo do contrato de seguro-saúde e não devem ser usadas para acobertar erros de cálculo atuariais ou cobranças a menor de prêmios, de forma a ‘baratear’ serviços que os consumidores nunca poderão usar’ (Cláudia Lima Marques, *in* Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 3ª ed., 1999, RT, págs. 457/458).

“Oportuno ressaltar que a utilização de termos técnicos para se livrar das coberturas é uma das práticas abusivas mais comuns, mormente em contratos como os de planos de saúde.

“Sobre a abusividade ou não das cláusulas limitadoras da responsabilidade e da cobertura em contratos de seguro-saúde, Cláudia Lima

Marques destaca quatro aspectos a serem observados:

‘(...) 1) o consumidor raramente é informado sobre estas limitações, criando-se a expectativa de que todas as doenças estão cobertas, com fundamento no CDC, através de seus arts. 31, 46 e 47, há uma interpretação da relação contratual pró-consumidor; 2) as cláusulas limitativas aparecem sem destaque no texto do contrato e por vezes subdivididas em várias cláusulas, dificultando a interpretação e o conhecimento de seu verdadeiro sentido, além de descumprir dever de clareza expresso no CDC (arts. 46 e 54, § 4º); 3) o contrato é redigido de forma ampla e técnica (...), ficando para o arbítrio do fornecedor apegar-se ou não à cláusula; 4) a saúde envolve um bem personalíssimo, indivisível e indisponível, no sentido da dignidade da pessoa humana, resultando tais limitações a determinados tipos de doença, espécie nova de discriminação atentatória aos direitos fundamentais’ (*op. cit.*, págs. 452/453).

“Assim, não tenho dúvida de que a exclusão genérica das próteses de qualquer natureza é nula de pleno direito, já que coloca o consumidor em desvantagem exagerada, contraria a boa-fé, ou seja, é abusiva (art. 51, VI, do CDC).

“Por outro lado, além de ser abusiva, é contraditória em relação a outras cláusulas do contrato, devendo esta contradição ser dirimida à luz das normas de interpretação que regulam os contratos de consumo.

“Importante destacar que não basta simplesmente informar ao consumidor sobre as limitações de seu plano. O consumidor deve ser bem in-

formado, de forma que não tenha dúvida sobre o que realmente está contratando.

“A dupla interpretação que surge do confronto das cláusulas é resolvida pelo Código de Defesa do Consumidor quando, para equilibrar a relação contratual, estatui no seu art. 47 que o contrato será interpretado da maneira mais favorável ao consumidor.

“Da leitura do contrato verificamos que se a equipe médica achar necessária a utilização de outro tipo de prótese cardíaca (mecânica) que não as nacionais de natureza biológica, a ré assegura a cobertura de tais despesas.

“Ora, porque a previsão desta cobertura de prótese somente para as cirurgias cardíacas e não para as hemodinâmicas?

“Creio que a interpretação do contrato mais condizente com a natureza e finalidade dos planos de saúde é a de que somente a equipe médica que está atendendo o paciente é que poderá definir qual prótese (biológica ou mecânica) adequada para o restabelecimento da saúde do paciente usuário.

“Na hipótese dos autos foi entranhada declaração do médico res-

ponsável pelo procedimento, em que se constata a necessidade imperiosa do implante das próteses *Stents*, em virtude da complexidade da lesão (documentos não impugnados — fl. 49).

“Portanto, a ré deverá pagar as próteses, uma vez que a exclusão genérica é abusiva (nula) e da interpretação do contrato, observando o art. 47 do CDC, constatamos que a prótese mecânica está assegurada, já que o médico responsável pela paciente concluiu ser indicada em razão da gravidade do estado de saúde da autora” (fls. 100/104).

Em face do exposto, decidi esta Segunda Câmara Civil negar provimento ao recurso, mantidas as cominações da r. sentença apelada.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Mazoni Ferreira e Cesar Abreu. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 22 de outubro de 2001.

*Anselmo Cerello,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.017310-8, DE CONCÓRDIA**

**Relator: Des. Carlos Prudêncio**

*Processual civil. Preliminar de ilegitimidade passiva ad causam. Inocorrência. Teoria da aparência.*

*Aplicando a teoria da aparência, possui legitimidade passiva ad causam para figurar na ação de cobrança de serviços de corretoria.*

*gem o procurador e sócio majoritário da pessoa jurídica proprietária do imóvel objeto da corretagem.*

*Cobrança. Comissão de corretagem. Requisitos. Intermediação efetiva na venda de imóvel. Comprovação. Compra e venda efetuada.*

*É cediço que só faz jus à comissão de corretagem quem intermedeia, com sucesso, como no presente caso, a aproximação entre alienante e adquirente, com fechamento do negócio de compra e venda objeto do contrato de corretagem, mormente quando comprovado por depoimento e declaração do próprio comprador do imóvel alienado.*

*Confusão acerca do valor contratado da corretagem. Pretendida majoração para o valor postulado na inicial. Inadmissibilidade.*

*Verificada incógnita no tocante ao valor da transação do imóvel, diante da divergência entre a prova testemunhal e a escritura pública que apresenta dois valores, sendo um destes o valor atribuído para recolhimento do respectivo tributo a fim de proporcionar posterior averbação no Registro de Imóveis, apresenta-se como mais acertado tomar por base o valor fiscal atribuído para fins de incidência do percentual da corretagem, no caso, quatrocentos e três mil reais.*

*Porcentagem sobre o valor da alienação. Pretendida majoração. Valor elevado do imóvel. Entendimento jurisprudencial fixando em três por cento.*

*Usualmente os honorários por serviços dessa natureza são fixados em 6% do valor negociado, percentual também adotado pelo Sindimóveis — Sindicato dos Corretores de Imóveis de Santa Catarina. A hipótese sob exame é peculiar, pois, tratando-se de imóvel com valor venal elevado, bem provável que se tenha estipulado percentual inferior, por isso, na falta de contrato que o estabeleça, é razoável o arbitramento no percentual de 3% sobre o valor do negócio.*

*Honorários advocatícios. Procedência em parte. Sucumbência recíproca. Aplicação do artigo 21 do Código de Processo Civil. Sentença mantida. Recursos não providos.*

*Sendo vencidos e vencedores os litigantes, mostra-se razoável a distribuição recíproca dos honorários advocatícios nos termos do*

*artigo 21 do Código de Processo Civil.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.017310-8, da comarca de Concórdia (1ª Vara), em que são apelantes e apelados Imobiliária Compasso Ltda. e Altair José de Marco:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento aos recursos de apelação.

Custas na forma da lei.

### I — Relatório

Imobiliária Compasso Ltda. propôs ação de cobrança de comissão de corretagem contra Altair José de Marco, aduzindo, em síntese, que o requerido, no dia três de fevereiro de 1997, contratou seus serviços de corretagem para alienação de um imóvel pelo preço e condições expressos em papel apresentado pelo próprio requerido. Alegou que após várias intermediações a venda foi efetuada para o Sr. José Carlos Pitól, em cinco de março de 1997, pelo valor de R\$ 403.000,00 (quatrocentos e três mil reais). Asseverou que envidou todos os esforços e conhecimentos profissionais para aproximar as partes e tornar possível a realização do negócio. Disse que procurou o requerido para receber a sua justa comissão que lhe foi negada. Requereu a procedência do pedido.

Citado, o requerido contestou, asseverando, em preliminar, a impropriedade do rito processual e a ilegitimidade passiva *ad causam*. No mérito, afirmou que não existiu qualquer pacto de intermediação com o reque-

rente, e que o valor da suposta corretagem é exorbitante. Requereu a improcedência dos pedidos.

Sentenciando, o Meritíssimo Juiz de Direito julgou procedente em parte o pedido da imobiliária requerente, por entender que houve intermediação para a realização do negócio, condenando o requerido ao pagamento de 3% sobre o valor constante na escritura de compra e venda.

Irresignada, apela a imobiliária, afirmando que o valor da corretagem é o mencionado na exordial, que o percentual da corretagem deve ser fixado em cinco por cento e que os honorários advocatícios devem ser suportados pelo requerido.

Apela, também, o requerido, argüindo, em preliminar, a ilegitimidade passiva *ad causam*. No mérito assevera que não houve participação efetiva da imobiliária requerente para a realização do negócio. Requer a procedência do apelo.

### II — Voto

#### 1 — Recurso da autora

Irresignada, apela a imobiliária, afirmando que o valor da corretagem é o mencionado na exordial, que o percentual da corretagem deve ser fixado em cinco por cento e que os honorários advocatícios devem ser suportados pelo requerido.

#### a) Do valor da corretagem

Afirma a imobiliária apelante que o valor da corretagem seria o estipulado na inicial, isto é, R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

Todavia, como bem analisou o ilustre Togado prolator da sentença, verifica-se uma incógnita no que tange ao valor da transação do imóvel, pois a prova testemunhal fala em seiscentos mil reais, o réu e a escritura falam em duzentos e quarenta mil reais, já nesta mesma escritura foi atribuído o valor de quatrocentos e três mil reais, valor este que incidiu o ITBI (fl. 13).

Dessa feita correto o entendimento do Magistrado ao tomar por base o valor que serviu para recolhimento do tributo que tem como fato gerador a venda de bem imóvel, no caso, quatrocentos e três mil reais.

#### *b) Do valor da comissão*

Pretende a imobiliária a majoração do percentual incidente sobre o valor da venda do imóvel fixado de 3% para 5%, alegando, para tanto, que seria o percentual utilizado na região.

Usualmente os honorários por serviços dessa natureza são fixados em 6% do valor negociado, percentual também adotado pelo Sindimóveis — Sindicato dos Corretores de Imóveis de Santa Catarina, sediado nesta Capital.

A hipótese sob exame é peculiar, pois, tratando-se de imóvel de elevado valor, bem provável que se tenha estipulado percentual inferior. Ademais, à falta de contrato que o estabeleça, é razoável o arbitramento em 3% sobre o montante da transação.

Em caso análogo trazido à liça judiciária, esta Corte de Justiça averbou:

“Aquele que habitualmente age como intermediário de negócio tem direito à comissão que, sem contrato

que a fixe, é arbitrada comumente em 3%” (RT 465/166).

Do mesmo modo:

“Sendo o contrato de corretagem essencialmente bilateral, havendo discordância das partes quanto ao preço, não ajustado convencionalmente, é razoável arbitrar o percentual de 3% sobre o valor do negócio” (TJSC, Ap. Cív. n. 49.125, de Brusque, j. 28/9/1995).

#### *c) Dos honorários advocatícios*

Da mesma forma, no tocante aos honorários advocatícios, correta a aplicação do artigo 21 do Código de Processo Civil, levando-se em conta que a imobiliária autora teve sua pretensão acolhida parcialmente, pois postulou, e não provou, valores elevados em relação ao êxito obtido na demanda.

#### *2 — Recurso do réu*

##### *Preliminar*

##### *Illegitimidade passiva ad causam*

Sustenta o réu apelante não ser parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda, tendo em vista que o imóvel alienado pertencia a empresa A. J. de Marco e Cia. Ltda.

Tal irresignação não procede, tendo em vista que o simples fato de o imóvel não se encontrar em seu nome não é impedimento para que este pactue serviço de corretagem para venda de imóvel, precipuamente levando-se em consideração que o instrumento de procuração acostado à fl. 42, outorgado pela empresa proprietária do imóvel, confere-lhe amplos poderes para o fim especial de fazer venda ao Sr. José Carlos Pitól, podendo praticar todos os demais atos indispensáveis para o mais amplo e

cabal desempenho do mandato, incluindo, portanto, o serviço de intermediação.

Isso posto, afasta-se esta preliminar.

### *Mérito*

No mérito assevera que não houve participação efetiva da imobiliária requerente para a efetivação do negócio.

A doutrina, a respeito do tema da comissão de intermediação de negócios aponta, para surgimento do direito, os seguintes requisitos a ser comprovados: a) autorização para trabalhar como mediano; b) convenção da remuneração; c) aproximação das partes; d) e que em razão do seu efetivo trabalho foi obtido o acordo de vontades.

No tocante à autorização da imobiliária para intermediar a venda do imóvel, o doutrinador Antônio Carlos Mathias Coltro, *in* Contratos Nominais, São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 51, comenta que: “A falta de um documento atestando o ajuste não infirma sua existência, porquanto independe de forma ou solenidade expressa, podendo tanto ser manifestada a contratação por escrito quanto verbalmente e até por aceitação tácita, ocorrente ‘quando o corretor ou o comitente admitem a interferência recíproca nos seus negócios, sem que haja objetivamente qualquer contrato entre eles, nem prévio entendimento escrito ou verbal,’ na lição de Carvalho Neto”.

Dito isso, resta caracterizado o contrato verbal firmado entre as partes, levando-se em consideração que o réu não conseguiu produzir nenhuma prova em contrário.

Outros dois requisitos que restaram comprovados foram os da aproximação das partes e que em razão do efetivo trabalho da imobiliária foi obtido o acordo de vontades.

Ficou comprovada a efetiva intermediação da imobiliária quando esta junta declaração assinada pelo adquirente do imóvel, Sr. José Carlos Pitól, datada de 10 de fevereiro de 1997, declarando que recebeu a visita do corretor de imóveis Pedro Ramildo Rosa e que este ofertou o imóvel objeto da venda, iniciando os primeiros contatos para este desiderato (fl. 6).

O mesmo José Carlos Pitól, em Juízo, corroborou o declarado no documento acostado (fl. 80) dizendo: “que posteriormente foi procurado por Pedro representante da autora que também lhe ofereceu o imóvel; que este falou para o depoente que tinha uma carta de venda e que tinha interesse em fazer a negociação; que não chegou a ver esta carta de venda; que o depoente esteve no prédio juntamente com o mesmo; que olharam o imóvel na presença do réu; que isso aconteceu num dia de semana por volta das 19h; que se interessou pelo negócio, e adquiriu o imóvel inclusive pagou tudo por 240 mil reais”.

Na mesma esteira, interrogado o Dr. Dilson Bonin, advogado da imobiliária, quando inquirido, respondeu: “que foi a autora quem intermediou o negócio de compra e venda do prédio de propriedade do réu; que o depoente inclusive fez o contrato de compra e venda entre o adquirente José Carlos Pittol e o réu”.

Sobre esse tema leciona Pontes de Miranda, com a sapiência que lhe é peculiar, em sua obra Tratado de Direito Privado, tomo XLIII, 3ª ed., 1984, às

págs. 274/364: “O que se entende como convenicionado é o que a comissão é devida se o resultado for alcançado. O mediador tem de aplainar dificuldades, proporcionar entendimentos, porque, sem isso, perigaria a conclusão do negócio, e com o afastamento da conclusão ficaria sem êxito e, pois, sem remuneração à atividade o mediador. A remuneração só é devida se há a acionabilidade para se reconhecer ter havido a conclusão do negócio jurídico utilmente e se para isso concorreu a obra do mediador”.

Diante disso, sendo reconhecido pelo próprio comprador que foi a imobiliária autora por seu corretor quem o aproximou da parte alienante, bem co-

mo se considerando perfeito o contrato de corretagem, tem aquela direito à remuneração pelo serviço prestado.

### III — Decisão

Ante o exposto, nega-se provimento aos recursos de apelação.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Ruy Pedro Schneider.

Florianópolis, 30 de outubro de 2001.

*Carlos Prudêncio,  
Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 00.018418-7, DE BIGUAÇU**

**Relator: Des. Carlos Prudêncio**

*Direito do consumidor. Ação de repetição de indébito. Prestação de serviços educacionais. Incompatibilidade entre as mensalidades exigidas e a carga horária ministrada. Pagamento indevido comprovado. Dever de reembolso das quantias exigidas a maior.*

*Não demonstrada a correspondente prestação dos serviços educacionais, pois a carga horária efetivamente ministrada pela instituição de ensino não atingiu o número de horas de aula previamente contratado pelos alunos, em que pese efetuado o pagamento estipulado nas mensalidades, exsurge o dever do estabelecimento de ressarcir as quantias indevidamente exigidas.*

*Prestação de serviços educacionais. Relação de consumo. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Dever de ressarcir em dobro as quantias indevidamente cobradas. Recurso adesivo provido.*

*A relação mantida entre alunos e instituição de ensino é de consumo, na modalidade de prestação de serviços, de forma que, havendo pagamento indevido, sem justificativa plausível da instituição, incide*



*o parágrafo único do artigo 42 da Lei n. 8.078/90, impondo-se a devolução em dobro das quantias exigidas a mais.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.018418-7, da comarca de Biguaçu (1ª Vara), em que são apelantes e apelados Univali — Universidade do Vale do Itajaí, Alessandra de Oliveira Ramos, Alexandra dos Santos, Andreza de Moraes Machado, Daniel Lopes da Rosa, Djalmar Schmidt, Elouise Fléride Itália Beloni Bittencourt, Greice Patrícia Alves, João Baptista Vieira Sell, Jociane Guedes Martins, José Carlos de Oliveira, Karine Garcia, Luiz Roberto Silveira Zacchi, Nelson José Karam Althoff, Renata Barros Souto Maior Baião, Rodrigo Tasso, Simone Neves Ortiga, Sislaine Andrade Garcez, Tatiana Viana Dias e Verusca Fernandes Orige:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, afastar as preliminares, negar provimento ao recurso de apelação da ré Univali — Universidade do Vale do Itajaí, e dar provimento ao recurso adesivo dos autores para determinar que os pagamentos indevidos sejam ressarcidos em dobro.

Custas na forma da lei.

### **I — Relatório**

Adoto o relatório de fls. 363/365, acrescentando que o MM. Juiz de Direito julgou procedente o pedido formulado por Alessandra de Oliveira Ramos, Alexandra dos Santos, Andreza de Moraes Machado, Daniel Lopes da Rosa, Djalmar Schmidt, Elouise Fléride Itália Beloni Bitten-

court, Greice Patrícia Alves, João Baptista Vieira Sell, Jociane Guedes Martins, José Carlos de Oliveira, Karine Garcia, Luiz Roberto Silveira Zacchi, Nelson José Karam Althoff, Renata Barros Souto Maior Baião, Rodrigo Tasso, Simone Neves Ortiga, Sislaine Andrade Garcez, Tatiana Viana Dias e Verusca Fernandes Orige, na ação de repetição do indébito movida contra Univali – Universidade do Vale do Itajaí, para o fim de condenar a ré a devolver aos autores a quantia de R\$ 8.299,20, acrescida de juros e correção monetária a partir do efetivo desembolso, relativa ao ressarcimento das importâncias despendidas por aulas não ministradas.

Determinou arcasse a demandada, ainda, com o pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 20% sobre o valor da condenação.

Insatisfeitos, apelam os dois pólos da demanda.

A ré Universidade do Vale do Itajaí alega, preliminarmente, o cerceamento de defesa e a não apreciação, pelo Julgador, da prova documental por si acostada. No mérito, reedita as teses aventadas na contestação, quais sejam: autonomia para a estipulação do currículo e número de aulas, e ausência de comprovação dos requisitos para a repetição do indébito. Requer, ao final, o acolhimento das preliminares para anular a sentença, ou, alternativamente, o integral provimento do recurso de apelação para julgar improcedente o pedido.



Em recurso adesivo, os autores pleiteiam a reforma da sentença tão-somente para determinar que o valor seja devolvido em dobro, conforme preceitua o Código de Defesa do Consumidor.

Contra-arrazoados os apelos e após o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, opinando pelo desprovemento do recurso da ré e provimento do recurso dos autores, os autos aportaram neste gabinete.

## II — Voto

Trata-se de ação de repetição de indébito, pretendendo os dezenove autores, todos ex-alunos do curso de Direito lecionado no Campus IV da ré Univali — Universidade do Vale do Itajaí, a devolução, em dobro, dos valores pagos a mais, relativamente a aulas não ministradas na 5ª fase do curso, prestadas no 1º semestre do ano de 1997.

### I — Recurso de apelação da ré Univali

#### 1) Preliminares

##### a) Cerceamento de defesa:

Não há falar em cerceamento de defesa.

Conforme salientou o douto Sentenciante, a matéria de mérito trata de “questão unicamente de direito e de fato, mas sem a necessidade de produzir prova em audiência, pois todos os documentos juntados comprovam os fatos alegados pelas partes” (fl. 365). De todo desnecessário, pois, o depoimento pessoal dos autores.

Da mesma forma, a ouvida dos testigos arrolados à fl. 64 em nada contribuiria para o deslinde do feito, porquanto aqueles sequer exercem

suas funções no Campus onde ministradas as aulas aos recorridos.

##### b) Ausência da análise da prova documental:

Afirma a ré apelante Univali — Universidade do Vale do Itajaí que a sentença prolatada não apreciou os documentos acostados às fls. 66/341, “sendo que é imprescindível a apreciação de tais documentos para decidir o processo, e a sua não apreciação torna a sentença nula” (fl. 377).

Consigne-se, de início, que a maior parte dos documentos juntados sequer diz respeito aos valores *sub judice*, relativos tão-somente ao primeiro semestre do ano de 1997, ou seja, quando os autores cursavam a quinta fase do curso. Assim, à exceção dos documentos de fls. 74 a 91, fls. 116/132, 256/261 e 317/322, os demais servem tão-somente para avolumar os autos e consumir o tempo do julgador.

De outro vértice, conforme se verá adiante, o Magistrado deu correta solução à lide no que toca ao reconhecimento dos pagamentos indevidos, o que implica na adequada análise da prova documental produzida.

#### 2) Mérito

##### a) Autonomia universitária:

A ré apelante Univali afirma que a matéria *sub judice* é “*interna corporis* e não pode ser apreciada pelo Poder Judiciário”, por possuir “total autonomia de administrar a distribuição das aulas e o cumprimento de horários” (fl. 379).

Na verdade, os preceitos contidos no art. 207 da Constituição Federal e no artigo 53 da Lei n. 9.394/96 não têm o alcance pretendido pela re-

corrente. Sobre tal dispositivo, esclarecedora é a lição do Ministro Anselmo Santiago, do colendo Superior Tribunal de Justiça, em voto proferido no Mandado de Segurança n. 3129/DF, publicado no DJU de 1º/2/99:

“O princípio da autonomia universitária anteriormente consagrado em lei ordinária, foi erigido a *status* constitucional, consoante se infere da dicção do art. 207 da Carta Magna. Não obstante, a noção de autonomia universitária não deve ser confundida com a de total independência, na medida em que supõe o exercício de competência limitada às prescrições do ordenamento jurídico, impondo-se concluir que a universidade não se tornou, só por efeito do primado da autonomia, um ente absoluto, dotado da mais completa soberania”.

Destarte, a matéria em foco certamente poderá ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário, porquanto se refere ao descumprimento da respectiva contraprestação em contrato de fornecimento de serviços. *Mutatis mutandis*, aplicável entendimento de minha lavra:

“Não há vedação legal à exigência dos estabelecimentos particulares de ensino, de uma contraprestação do serviço prestado, uma vez que a relação entre aluno e escola é de natureza obrigacional, onde as partes estabelecem obrigações recíprocas, tendo inteiro cabimento a exceção *non adimpleti contractus*” (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 99.011058-3, de Lages, rel. Des. Carlos Prudêncio, publicado no DJE de 2/12/1999).

b) Requisitos para a repetição do indébito:

Ao contrário do que afirma a instituição de ensino apelante, os pagamentos indevidos restaram cabalmente comprovados nos autos.

Os documentos trazidos tanto pelos autores quanto pela própria ré apelante Univali — Universidade do Vale do Itajaí demonstram que, nos quatro primeiros períodos, aos acadêmicos foram lecionadas aulas de segunda a sexta-feira, pagando por estas um total de vinte créditos mensais. Ao ingressarem no quinto período, sem qualquer justificativa, as aulas passaram a ser ministradas somente de segunda a quinta, não havendo, entretanto, a correspondente redução dos créditos exigidos, ou mesmo qualquer aumento da carga horária a justificar a supressão de um dia no currículo.

A prática imprópria adotada pela ré apelante pode ser verificada até mesmo no documento por si acostado, fl. 73, donde se verifica que, na quarta fase, foram lecionadas as seguintes disciplinas: Direito Administrativo II, Direito Civil II, Direito Constitucional IV, Direito Tributário, Direito Penal II e Medicina Legal II, com aulas lecionadas de segunda a sexta-feira, exigindo-se o equivalente a vinte créditos mensais. Já na 5ª fase, os acadêmicos receberam ensinamentos relativos tão-somente a quatro disciplinas, de segunda a quinta-feira: Direito Civil III, Direito Comercial I, Direito Penal III e Teoria Geral do Processo I. No entanto, cada matéria sofreu um aumento de um crédito, implicando nos mesmos vinte créditos exigidos no semestre anterior.

No que concerne à carga horária, evidencia-se dos documentos não ter esta sofrido qualquer dilação. É que as aulas continuaram sendo ministradas das 8h às 11h30min no período matutino, e das 19h às 22h30min no período noturno, não havendo, da mesma forma, a propalada “prorrogação do semestre letivo para fins de cumprimento da carga horária” (fl. 62).

Para ilustrarmos, veja-se a disciplina Direito Civil III, cujo controle de frequência, acostado às fls. 75/78, demonstra que foram prestadas aulas nos seguintes dias: 24/2, 25/2, 3/3, 4/3, 10/3, 11/3, 17/3, 18/3, 24/3, 25/3, 31/03, 1º/4, 7/4, 8/4, 14/4, 15/4, 22/4, 28/4, 29/4, 5/5, 6/5, 12/5, 13/5, 19/5, 20/5, 26/5, 27/5, 2/6, 3/6, 9/6, 10/6, 16/6, 17/6, e 24/6. Considerando-se que cada aula corresponde à 1h40min (uma hora e quarenta minutos), conforme documento de fl. 74, e que foram prestadas trinta e quatro aulas no semestre para esta matéria, atinge-se a um total próximo a 48 (quarenta e oito) horas de aula, ou seja, inferior às 75 (setenta e cinco) horas de aula, previstas para cada disciplina lecionada no quinto período.

Quanto ao erro no pagamento, resta claro que os autores foram levados a saldar valores a maior, por acreditarem que a ré cumpriria com sua obrigação até o final do semestre que estavam cursando, pela prorrogação das aulas, fato que acabou não ocorrendo, conforme acima detalhado.

Dessa forma, no período de janeiro a junho de 1997, os alunos acabaram por efetuar um pagamento a maior de quatro créditos mensais, cada qual equivalente a R\$ 18,20 (fl. 12), importando num total de 24 crédito-

tos, correspondentes à quantia de R\$ 436,80, não atualizada, por acadêmico.

II) Recurso adesivo dos autores:

A insurgência recursal dos autores diz respeito unicamente à devolução em dobro dos pagamentos indevidos, conforme autoriza o parágrafo único do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, assim redigido:

“Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”.

O douto Sentenciante indeferiu o pleito, sob o argumento de que o “dispositivo citado indica o direcionamento da norma ao consumidor inadimplente exposto a ridículo ou submetido a constrangimento ou ameaça, o que não é o caso *sub examen*” bem como por entender “perfeitamente admissível ‘hipótese de engano justificado’, até por equívoco de interpretação de seu regimento e/ou autonomia administrativa”, por parte da Universidade apelante (fl. 370).

A interpretação do Magistrado *a quo*, entretanto, foi equivocada, pois o dispositivo legal mencionado está inserido na seção V, “Da cobrança de dívidas”, do capítulo V da Lei n. 8.078/90, o que autoriza a sua aplicação genérica, sempre que se tratar de cobrança indevida em relação de consumo. E não há qualquer dúvida que a relação mantida entre aluno e instituição de ensino é de consumo, na modalidade prestação de serviços.

Quanto à alegação de engano justificado, caberia tão-somente à ré apelante comprovar a sua ocorrência,

posto que ônus exclusivo seu. Aliás, ao admitir a recorrente que “caso tenha ocorrido o lamentável erro retroapontado” (fl. 62), deveria ter alinhavado motivos esclarecedores para o engano cometido, o que não foi efetuado em nenhum momento dos autos.

Na verdade, o Togado, ao admitir a existência de pagamentos indevidos, reconheceu, implicitamente, o dever de ressarcir-se em dobro tais quantias. Isso porque o art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor não preconiza a boa ou má-fé da transação, exige apenas que se cobre indevidamente alguma quantia sem justificativa plausível para tanto, diversamente do que dispõe o art. 1.531 do Código Civil, que exige a presença do elemento intencional.

Assim, não havendo justificativa para a cobrança dos vinte e quatro créditos a mais, de cada aluno, incide a norma do Código de Defesa do Consumidor, ensejando a devolução em dobro da quantia total de R\$ 8.299,20, que deverá ser corrigida monetaria-

mente e acrescida de juros legais na forma determinada pela sentença profligada.

A verba advocatícia, em favor do procurador dos autores apelados, deverá incidir sobre o total da condenação, no mesmo percentual arbitrado em primeira instância.

### III — Decisão

Por votação unânime, negar provimento ao recurso de apelação da ré Univali — Universidade do Vale do Itajaí, e dar provimento ao recurso adesivo dos autores para determinar que os pagamentos indevidos sejam ressarcidos em dobro.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Torres Marques.

Florianópolis, 2 de outubro de 2001.

*Carlos Prudêncio,  
Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 01.005983-5, DE CRICIÚMA**

**Relator: Des. Carlos Prudêncio**

*Apelação cível. Ação revisional de cálculo de auxílio-doença. Consideração da parte fixa e variável da remuneração pelo obreiro.*

*A apuração do benefício acidentário deve observar as partes fixas e as horas extras percebidas pelo segurado, atendendo-se, des-  
tarte, ao princípio social de proteção ao acidentado intrínseco à le-  
gislação infortunística.*

*Auxílio-doença. Transformação em aposentadoria por inva-  
lidez. Valor do benefício não elevado. Inadmissibilidade.*

*Transformado o benefício do auxílio-doença acidentário em aposentadoria por invalidez, o coeficiente de 92% deverá ser elevado para 100% do salário de contribuição, conforme o disposto no art. 5º, incisos I e II, da Lei n. 6.367/76, vigente na época, pois o segurado não tem mais obrigação de contribuir mensalmente com 8% para o sistema.*

*Legislação infortunistica. Incidência do quinquêdio legal.*

*Em sede infortunistica, prescreve o direito ao recálculo de prestações beneficiárias devidas em prazo anterior ao de cinco anos da propositura da ação.*

*Honorários advocatícios. Incidência da Súmula 111 do STJ.*

*Adequada a fixação de verbas honorárias no percentual de 10% apenas sobre as parcelas vencidas, consoante o disposto pela Súmula 111 do STJ.*

*Custas processuais. INSS. Regimento de custas estadual. Isenção parcial.*

*Consoante expressa prescrição do Regimento de Custas do Estado em seu art. 33, parágrafo único, com redação fornecida pela Lei Complementar n. 161/97, o INSS goza de isenção parcial ao litigar na Justiça Estadual. Assim, impõe-se a condenação do INSS ao pagamento das custas pela metade.*

## I — Relatório

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 01.005983-5, da comarca de Criciúma (Vara da Fazenda, Acidentes de Trabalho e Registros Públicos), em que é apelante INSS — Instituto Nacional do Seguro Social, sendo apelado Aleonor Colonetti:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso voluntário e ao reexame necessário.

Custas na forma da lei.

Aleonor Colonetti propôs ação revisional de benefício acidentário contra o INSS — Instituto Nacional do Seguro Social, alegando, em síntese, ser beneficiário de aposentadoria por invalidez acidentária. Sustentou que o INSS desconsiderou, ao conceder o benefício, no cálculo de sua renda inicial, parcela correspondente à sua remuneração variável. Alegou que, em conformidade com a legislação infortunistica, o salário de contribuição deveria ser composto pela parte fixa referente ao dia do afastamento, acrescentada ao produto da média das horas extras. Por outro lado, afir-

mou que, quando foi transformado o auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, a percentagem do valor do salário de contribuição não foi elevada para 100%, como estatui o art. 5º da Lei n. 6.367/76, isto é, o segurado continua recebendo apenas 92% do salário de contribuição. Requereu a revisão pelo órgão ancilar do cálculo do benefício concedido, bem como o adimplemento das diferenças monetariamente corrigidas. Pugnou, por fim, pela condenação da autarquia ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Regularmente citada, a autarquia contestou o feito, alegando, preliminarmente, a prescrição das parcelas vencidas e carência da ação pela falta de exaurimento da esfera administrativa. No mérito, argumentou que todo o salário do segurado deve ser calculado com base na média aritmética dos doze maiores salários de contribuição apurados, não somente sua parte variável. Com relação ao pedido de elevação do coeficiente do salário de benefício, argumentou estar correto o índice, uma vez que foi calculado com base no art. 15, parágrafo único, do Dec. n. 79.037/76. Aduziu que os benefícios previdenciários sofrem correção periódica. No tocante aos juros, sustentou que, em caso de procedência, são eles devidos no percentual de 6% ao ano. Por fim, pleiteou pela isenção do pagamento das custas e honorários advocatícios.

*O Parquet* de primeiro grau opinou pela procedência da ação.

Sentenciando, o Dr. Hélio do Valle Pereira, Meritíssimo Juiz de Direito, julgou procedente a ação e determinou que a autarquia recalculasse

os proventos do autor, de molde que o auxílio-doença acidentário considere como salário de contribuição a quantia de Cr\$ 12.360,38, bem como seja elevado o padrão de 100% do salário de contribuição para a apuração da aposentadoria por invalidez. Condenou o instituto ao pagamento das diferenças das parcelas vencidas, corrigidas em conformidade com o art. 41, § 7º, da Lei n. 8.213/91, com suas subseqüentes alterações, sendo observada a prescrição quinquenária. Por fim, determinou a incidência de juros moratórios e o pagamento das custas processuais pela metade, fixando os honorários advocatícios em 10% sobre as prestações vencidas.

Irresignado, apela o INSS, argüindo que à renda mensal inicial do benefício do autor foi aplicada a legislação prevista à época. Alega, por fim, a inexistência de critérios na sentença para correção das parcelas vencidas.

O Ministério Público de primeiro grau opina pelo conhecimento e desprovimento do apelo e da remessa, no que é secundado pela douta Procuradoria-Geral de Justiça.

## II — Voto

Cuida-se de ação de revisão de cálculo de benefício acidentário proposta por Aleonor Colonetti contra o INSS — Instituto Nacional do Seguro Social, objetivando a elevação do coeficiente do salário de contribuição da aposentadoria por invalidez e a consideração das horas extras no cálculo do benefício.

### Recurso voluntário

a) Relevância das horas extras para cálculo do salário de contribuição



A Lei n. 6.367/76, vigente à época do infortúnio, prescrevia em seu art. 5º, § 4º, I e II:

“No caso de empregado de remuneração variável e de trabalhador avulso, o valor dos benefícios de que trata este artigo, respeitado o percentual previsto no seu item I, será calculado com base na média aritmética:

“I — dos 12 (doze) maiores salários de contribuição apurados em período não superior a 18 (dezoito) meses imediatamente anteriores ao acidente, se o segurado contar, nele, mais de 12 (doze) contribuições;

“II — dos salários de contribuição compreendidos nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao do acidente ou no período de que trata o item I, conforme for mais vantajoso, se o segurado contar 12 (doze) ou menos contribuições nesse período”.

O caso em tela apresenta situação peculiar. O obreiro tinha acrescidas à sua remuneração fixa horas extras habitualmente prestadas. Assim sendo, compunha-se sua remuneração de uma parte fixa e de outra variável, referente às horas extras prestadas. Havia, portanto, lacuna da lei no tocante ao segurado remunerado em um montante fixo e outro variável.

A legislação infortunistica sempre traz a proteção dos interesses do segurado acidentado como seu escopo. Assim, o salário de benefício do autor deveria corresponder ao salário de contribuição do dia do acidente, impedindo-se, com essa medida, que o cálculo da média dos últimos salários de contribuição reduzisse os proventos do segurado em relação à remuneração que percebia à época do sinistro. Não obstante, tal regra pode-

ria prejudicar o obreiro se este percebesse remuneração variável e, no dia do acidente, seu nível salarial estivesse mais baixo que de costume. Nesses casos, permitia-se ao obreiro a utilização da recente média salarial para cálculo de seu salário de benefício.

Assim, em nosso entendimento, deveria o órgão ancilar, quando se tratasse de cálculo do salário de contribuição de obreiro que percebesse sua remuneração em uma parte fixa e outra variável, considerar a média aritmética das prestações recebidas a título de horas extras prestadas. Tal medida impossibilitaria que houvesse redução no padrão salarial do obreiro, coadunando-se com o caráter social intrínseco à legislação infortunistica, sempre vigilante no zelo dos direitos da vítima do infortúnio laboral.

Destarte, a fim de que seja resguardado o fim social colimado pelo vetusto diploma legal incidente no presente caso, impõe-se o recálculo do salário de contribuição do trabalhador. Para tanto, a renda inicial do auxílio-doença deve considerar a remuneração fixa do segurado à época do acidente acrescida da média aritmética das 12 últimas quantias percebidas a título de horas extras prestadas.

b) Elevação do coeficiente de 92% para 100% do salário de contribuição

Segundo se infere dos autos, o apelado sofreu acidente do trabalho em 7/5/80 recebendo, até a data de 8/7/87, auxílio-doença acidentário, calculado em Cr\$ 8.372,70; em 9/7/87 foi-lhe concedida a aposentadoria por invalidez.

Contudo, ao transformar o benefício anteriormente concedido para aposentadoria por invalidez, prosseguiu o órgão previdenciário, conforme documentos de fls. 10/16, com o mesmo pagamento que já vinha realizando, ou seja, 92% incidente sobre o salário de contribuição, em vez de tomar como base o percentual de 100%, como previa a Lei n. 6.367/76, em seu art. 5º, inc. II, vigente à época.

Razão assiste ao apelado em ver elevado o percentual incidente sobre o salário de contribuição para fim de aposentadoria por invalidez.

Quando o INSS concedeu ao segurado o benefício auxílio-doença, deferindo-lhe 92% do valor de seu salário de contribuição, estava o ente a cumprir os termos do art. 5º, inciso I, da Lei n. 6.367/76, vigente na época. No entanto, ao transformar esse benefício em aposentadoria por invalidez acidentária, deveria a autarquia elevar o percentual, relativo à jubilação, para 100% do salário de contribuição, consoante dispositivo da revogada lei acidentária anteriormente citada, em seu art. 5º, inciso II.

Esse fato ocorre porque quando o segurado está em gozo do benefício temporário auxílio-doença acidentário, cabe a ele próprio contribuir para o sistema previdenciário, na proporção de 8%. Todavia, sendo-lhe deferido o benefício da aposentadoria por invalidez, não persiste tal obrigação mensal, fazendo, com isso, que sua renda mensal passe a ser de 100%.

Assim, devidamente constatado o equívoco por parte do órgão previdenciário, correta a sentença, impondo-se sua manutenção no tocante à correção do benefício.

Reexame necessário

a) Prescrição quinquenal

Os artigos 103 e 104 da Lei n. 8.213/91 estabelecem a prescrição quinquenal de direito às prestações não pagas excluindo a prescritibilidade do direito, entendimento este que se coaduna com a Súmula 163 do extinto TFR.

Nesse talvegue, a Apelação Cível n. 97.006403-9, de Orleans, da lavra do eminente Des. Trindade dos Santos:

“A prescrição, em sede acidentária, contamina as parcelas vencidas anteriormente ao quinquênio que precedeu a propositura do litígio infortunístico, não afetando aquelas devidas a partir do ajuizamento da ação”.

Tendo a presente ação sido proposta em 16 de novembro de 1999, sobre as parcelas anteriores à data de 16 de novembro de 1994 não se efetuará o recálculo pleiteado pelo obreiro, sendo prescrito seu direito no tocante a estas prestações.

b) Honorários advocatícios

Correta a fixação dos honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação (parcelas vencidas). Expressamente estabelece a Súmula 111 do STJ: “Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre as prestações vencidas”.

Com idêntico entendimento, a Apelação Cível n. 99.006002-0, de Criciúma, da minha lavra:

“É adequada a fixação da verba honorária no percentual de 10% no âmbito da ação acidentária, apenas sobre o total das prestações vencidas, conforme a Súmula 111 do STJ”.

c) Custas processuais



Prescreve o Capítulo IV, em seu art. 33, parágrafo único, do Regimento de Custas do Estado:

“São isentos de custas judiciais e os emolumentos pela prática de atos notariais e de registro público em que o Estado de Santa Catarina e seus Municípios, for interessado e tenha que arcar com este encargo.

“Parágrafo único — São devidos pela metade, as custas e emolumentos previstos neste artigo, quando devidos pelas autarquias federais, estaduais e municipais”.

Destarte, não obstante a Súmula 178 do egrégio Superior Tribunal de Justiça, a teor do comando legal supracitado, não merece reforma a sen-

tença no que tange à condenação das custas processuais.

### III — Decisão

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso voluntário e ao reexame necessário.

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

Florianópolis, 25 de setembro de 2001.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente e Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 98.007591-2, DE BRUSQUE

**Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

*Revisão contratual. Contratos cativos de longa duração. Novação. Teoria relacional. Possibilidade de revisão dos contratos anteriores. Prova pericial. Indeferimento. Cerceamento de defesa não configurado. Juros reais. Limite de 12% ao ano. Capitalização de juros. Contrato de abertura de crédito. Inadmissibilidade. Cédulas de crédito. Periodicidade semestral. Indexações flutuantes. Ofensa ao dever de informação. Nulidade.*

*A realização de prova pericial subordina-se ao princípio da persuasão racional, sendo razoável poder o Magistrado indeferir a prova à vista de nenhuma ou pouca utilidade para o deslinde da causa.*

*O sistema de proteção ao consumidor autoriza a revisão de contratos findos quando renegociações ou novações impedirem a verificação de abusos ou validarem prejuízos à parte débil na relação contratual.*

*Segundo jurisprudência pacífica da Câmara, as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.*

*A capitalização de juros da cédula de crédito industrial necessariamente deverá seguir a determinação do art. 5º do Decreto-Lei n. 413/69, ou seja, somente poderá ocorrer semestralmente. É possível a capitalização anual dos juros de contrato de abertura de crédito em conta corrente.*

*As indexações flutuantes e os complexos métodos de cálculo (tabela price, método hamburguês e exponencial, entre outros), bem como a falta de demonstração do montante de juro a ser cobrado, são cláusulas que infringem o dever de informar, decorrência do princípio da boa-fé, devendo ser consideradas nulas.*

*A atualização monetária do débito deve ocorrer exclusivamente pelos índices oficiais, ou seja, pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC) da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).*

*Vistos, relatados e assim discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.007591-2, da comarca de Brusque, em que é apelante Silveira Maria Maurici ME, sendo apelado o Banco do Estado de Santa Catarina S.A. – Besc:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas de lei.

1. Trata-se de apelação interposta em face de sentença que, em sede de ação revisional de contrato que renegociou dívidas anteriores, julgou improcedentes os pedidos formulados por entender que a novação extinguiu os contratos passados e

impossibilitou a discussão acerca da validade de suas cláusulas.

Em preliminar, aduziu o apelante a ocorrência de cerceamento de defesa, porquanto, embora tenha requerido a produção de prova pericial, o Magistrado a indeferiu sem motivo plausível.

No mérito, tecendo breves comentários acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso, postulou a revisão dos contratos anteriores sob o fundamento de que não se podem validar obrigações nulas por novação.

Pugnou pela minoração dos juros contratados para o patamar constitucional, pela exclusão da capitalização de juros e pela declaração de

abusividade dos complexos cálculos indexadores que não permitem a compreensão do real valor dos juros.

O recorrido apresentou contra-razões repelindo os argumentos da apelante no tocante ao cerceamento de defesa. Disse que não procedem os argumentos acerca dos juros constitucionais, haja vista já ter o Supremo Tribunal Federal firmado jurisprudência no sentido de não ser auto-aplicável o § 3º do art. 192 da Constituição Federal.

Alegou a não-incidência da Lei de Usura ao contrato em tela e que, no tocante à capitalização de juros, expressamente o permite a Súmula 93 do Superior Tribunal de Justiça nas cédulas de crédito rural, comercial e industrial.

## 2. Dá-se provimento ao recurso.

2.1. A preliminar de cerceamento de defesa não merece ser acolhida, pois a matéria é, como bem salientou o Magistrado sentenciante, unicamente de direito.

Abordando o assunto, Humberto Theodoro Júnior pontifica que “somente se justifica o deferimento de perícia, quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova, ainda, tiver utilidade, diante dos elementos disponíveis para exame” (Curso de direito processual civil, 18ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, vol. 1, pág. 477).

De acordo com o princípio da persuasão racional, adotado pelo moderno Direito Processual Civil brasileiro, o juiz é o destinatário das provas, cabendo-lhe, caso entenda necessário para a formação de sua convicção, determinar quais devam ser produzi-

das e quais são desnecessárias. Nesse sentido, o mestre Ovídio Baptista da Silva observa:

“Em verdade, segundo o sistema da persuasão racional, é a faculdade de iniciativa probatória que se reconhece com bastante largueza ao Juiz, nos sistemas modernos. Se o Juiz deve formar sua convicção livremente, cabendo-lhe, porém, motivar seu convencimento, que há de estar, como é óbvio, fundado na prova constante dos autos, é natural que se lhe dê condições de trazer para o processo as provas de que ele necessite, mesmo que as partes não a tenham proposto” (Teoria geral do processo civil. São Paulo, RT, 1997, pág. 300).

Portanto, incorrente o cerceamento de defesa.

2.2. No mérito, impende examinar em primeiro lugar a possibilidade de revisão dos contratos já findos. Vê-se, pela documentação acostada, que a dívida tem origem em contrato de abertura de crédito em conta corrente. Posteriormente as partes firmaram cédula de crédito industrial e, em seguida, cédula de crédito comercial. Ambas, conforme a apelante, tiveram por escopo a renegociação da dívida oriunda do primeiro contrato de crédito em conta corrente.

Esses fatos, assim alegados, não foram contestados pelo apelado, sendo desnecessárias maiores discussões a respeito, dado o ônus da impugnação específica.

Resta presente, então, a questão da possibilidade de exame pelo Judiciário dos contratos já findos dos quais remanesceu dívida.

Em observação preliminar, é preciso reconhecer que o direito con-

tratual contemporâneo é calcado sobretudo nos princípios da boa-fé objetiva e da justiça ou equilíbrio contratual, ferramentas importantíssimas para a consecução e percepção da função social desse instituto. Sem tal perspectiva, o contrato é desumano, é contrário ao princípio da dignidade humana, eleito como o basilar da Constituição Federal pelo insigne constitucionalista Paulo Bonavides em sua recente obra *Teoria Geral da Democracia Participativa*.

Assim, como todos os direitos reconhecidos ao homem, o direito de contratar também deve buscar atingir uma função na sociedade; função essa que, por óbvio, não pode contrariar padrões de conduta mínimos exigíveis, em especial aqueles previstos pelo princípio da boa-fé: a lealdade e a proibidade.

A tendência da constitucionalização do direito civil, aliás mundial, foi trazida a lume pelo italiano Pietro Perlingieri, na obra *Perfis do Direito Civil*, quando desenvolveu e propôs a releitura dos institutos do direito privado. Ensina o mestre:

“Estes (os institutos privados) não são imutáveis: por vezes são atropelados pela sua incompatibilidade com os princípios constitucionais, outras vezes são exaustorados ou integrados pela legislação especial e comunitária; são sempre, porém, inclinados a adequar-se aos novos ‘valores’, na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores da existência” (*Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio

de Janeiro, Renovar, 1999, pág. 33, grifou-se).

E, em outra passagem de seu livro, aponta para a tutela “qualitativa-mente diversa” das situações patrimoniais, de modo a permitir o livre e digno desenvolvimento da pessoa mediante “o funcionamento de um sistema econômico misto, privado e público, inclinado a produzir modernamente e a *distribuir com mais justiça*” (*op. cit.*, pág. 34, grifou-se).

Com esses olhos é que se deve visualizar o atual direito contratual, buscando, na árdua tarefa de interpretar e criar o direito, a busca do bem comum e da dignidade humana.

Mas há outro fator sobremaneira importante para o deslinde da questão que não se pode olvidar. A relação contratual *sub examine*, dada sua longevidade, amolda-se perfeitamente à atual tipologia contratual pós-moderna demonstrada por Cláudia Lima Marques: trata-se do contrato cativo de longa duração.

São relações contratuais que utilizam os contratos standardizados para fornecer produtos ou serviços especiais, que impliquem obrigações duradouras. Os elementos mais importantes são a posição de catividade a que se submete o contratante — fica preso (cativo, de cativo) ao contrato — e a sua prolongação no tempo.

São contratos como os de crédito, seguro, prestação de serviços educacionais, assistência médica; envolvem normalmente obrigação de fazer, de forma contínua. Têm característica de adesividade e são realizados em massa. Geralmente, segundo Cláudia Lima Marques “prometem segurança e qualidade” (*Contratos no Código de*

Defesa do Consumidor, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, pág. 62).

Em recente artigo a autora exemplifica afirmando que esses contratos: “vinculam o consumidor de tal forma que, ao longo dos anos de duração da relação contratual complexa, torna-se este cliente ‘cativo’ daquele fornecedor ou cadeia de fornecedores, tornando-se dependente mesmo da manutenção daquela relação contratual ou verá frustradas todas as suas expectativas. *Em outras palavras, para manter o vínculo com o fornecedor aceitará facilmente qualquer nova imposição por este desejada*” (Contratos bancários em tempos pós-modernos — primeiras reflexões. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 25, pág. 27, jan./mar. 1998, grifou-se).

Nota-se, portanto, que a relação contratual dos autos é tipicamente cativa e de longa duração. Somente com esta consciência é que se pode equacionar de forma mais justa a questão.

Mas não basta. É preciso também verificar e destacar, tal como faz o direito norte-americano, os elementos sociológicos do contrato, por meio da teoria dos contratos relacionais. Cláudia Lima Marques, dissertando sobre essa teoria, anota:

“A mais importante contribuição destes estudos para a nova teoria contratual brasileira é a criação de um modelo teórico contínuo que engloba as constantes renegociações e as novas promessas, bem destacando que a situação externa e interna de catividade e interdependência dos contratantes faz com que as revisões, novações ou renegociações contratuais

naturalmente continuem ou perenizem a relação de consumo, não podendo estas, porém, autorizar abusos da posição contratual dominante, ou — pior — validar prejuízos sem causa ao contratante mais fraco ou tentar superar e descumprir deveres de cooperação, de solidariedade e de lealdade que integram a relação em toda a sua duração” (op. cit., págs. 32/33).

Por esses motivos, torna-se necessária a revisão dos contratos pretéritos, com a conseqüente declaração da abusividade das cláusulas que estabeleçam desvantagem exagerada ao consumidor. Além disso, é relevante lembrar que o antigo Código Civil já previa no art. 1.007 que “não se podem validar por novação obrigações nulas ou extintas”. E, se a nulidade de cláusula, em se tratando de direito do consumidor, é sempre absoluta (são nulas de pleno direito, conforme o art. 51, *caput*), não há a menor possibilidade de convalidação dos contratos anteriores contrários aos princípios básicos do direito contratual e do direito do consumidor.

Nesse sentido, assevera ainda Cláudia Lima Marques:

“A alegada novação da dívida não impede a revisão de toda a contratação entre as partes, se esta contém ou continha cláusulas nulas (...) A cláusula e a prática em contratos de adesão que permite a renegociação prejudicial ao consumidor e a revisão contratual abusiva de forma a fraudar o controle do conteúdo da relação contratual é contrária à boa-fé e à lealdade normal entre parceiros contratuais reiterados” (op. cit., pág. 36).

Pode-se até mesmo cogitar da figura da fraude à lei, pois os contratos que contenham cláusulas abusivas, ao serem novados, escondem as ilegalidades contínuas a que ficou submetido o consumidor.

Esta Câmara também tem posicionamento semelhante:

“Ocorre nulidade, fundada em desvio de finalidade e fraude à lei, quando a emissão de cédula de crédito comercial, em vez de destinar-se ao financiamento da atividade, extingue saldo devedor de contrato de abertura de crédito em conta corrente, de natureza diversa” (Ap. Cív. n. 97.003735-0, da Capital, relator o Subscritor, j. 10/5/2001).

No que tange à questão da novação e dos contratos cativos, o Tribunal de Alçada gaúcho já se manifestou a respeito:

“Contrato bancário — Revisão judicial deferida inclusive para contratos já quitados — Incidência do art. 965 do Código Civil. Se a prova revela que entre o banco e o devedor estabeleceu-se continuidade negocial em que os contratos subseqüentes quitavam os antecedentes, gerou-se situação jurídica continuativa, a possibilitar a revisão negocial em sua globalidade, inclusive para retirar juros inconstitucionais dos contratos já quitados. Inconstitucionalidade dos juros é nulidade que não convalesce. Considerações sobre a autonomia da vontade” (Ap. Cív. n. 194002903, Quarta Câmara Civil, rel. Des. Márcio Oliveira Puggina, j. 17/3/1994).

2.3. Cabe, portanto, examinar todo o período contratual, incluído aí o contrato de conta corrente e as cédulas de crédito.

2.3.1. Na peça de apelação pugnou-se pela minoração dos juros contratados para o patamar constitucional, pela exclusão da capitalização de juros e pela declaração de abusividade dos complexos cálculos indexadores que não permitem a compreensão do real valor dos juros.

No que diz respeito ao patamar de juros, a jurisprudência desta Quarta Câmara há muito é pacífica, não havendo necessidade de maiores discussões. O recente excerto abaixo demonstra o acolhimento da tese:

“As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar” (Ap. Cív. n. 97.010949-0, de Maravilha, relator o Subscritor. Julgado em 31/5/2001).

2.3.2. Quanto à capitalização de juros, há que se fazer uma distinção em função do reconhecimento da possibilidade de revisão dos contratos pretéritos. É que se tem no caso em tela duas cédulas de crédito e um contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente.

E, como sabido, nas cédulas de crédito como as dos autos (uma é de crédito comercial e outra de crédito industrial), permite-se por lei a capitalização semestral dos juros. O entendimento da Câmara também é uníssono e o assunto não requer maiores dilatações. Veja-se:

“A capitalização de juros da cédula de crédito industrial necessaria-



mente deverá seguir a determinação do art. 5º do Decreto-Lei n. 413/69, ou seja, somente poderá ocorrer semestralmente” (Ap. Cív. n. 97.010949-0, de Maravilha, relator o Subscritor. Julgado em 31/5/2001).

O caso *sub examine* encerra também um contrato de abertura de crédito e um termo de renegociação de dívida. Não há, portanto, motivo para a aplicação da exceção das leis permissivas, incidindo a Súmula 121 do STF: “É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada”.

Dessa forma, nos contratos de abertura de crédito em conta corrente não é admitida a capitalização de juros e, no caso das cédulas de crédito, permite-se-a apenas semestralmente.

2.3.3. Quanto aos ininteligíveis indexadores impostos pela instituição financeira, vale colher o entendimento de Cinara Palhares que, em artigo publicado na Revista Jurídica, traz interessante classificação de princípios de direito, demonstrando a existência do que chama “sobreprincípios do direito”.

Para a advogada “existem no ordenamento jurídico algumas linhas mestras que se mostram presentes em qualquer que seja o ramo do direito estudado. Isso ocorre devido à relevância dessas máximas no cotidiano dos indivíduos, influenciando diretamente em todas as suas relações. Esses vetores são denominados sobreprincípios, vez que pairam sobre todos os ordenamentos jurídicos, seja qual for o país, a época, a cultura, enfim, seja qual for a situação em que as pessoas se encontrem” (Princípios constitucionais e consumeristas informadores do

direito bancário. Revista Jurídica, São Paulo, n. 267, pág. 47).

A articulista salienta que “os sobreprincípios são verdadeiros axiomas do direito, na medida em que prescindem de verificação quanto a sua origem, não precisando ser demonstrados. De fato, valores como justiça, boa-fé e igualdade não comportam indagações sobre a sua origem ou existência” (*idem*).

Dessarte, assinala que os deveres de informação, lealdade e segurança são decorrentes do sobreprincípio da boa-fé, pois a transparência e a clareza das informações são imprescindíveis para a formação de vontade do contratante, haja vista a ponderação que há de ser feita entre as vantagens e os riscos do negócio.

Tal princípio vem consignado no art. 46 do Código de Defesa do Consumidor:

“Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”.

Não se pode deslembrar, de outro vértice, da teoria do dever de aconselhamento, recolhida da doutrina alemã por Cláudia Lima Marques e referida por Cinara Palhares: “é um dever mais forte e só existe nas relações entre um profissional, especialista, e um não-especialista. Cumprir ou não o dever de aconselhamento significa fornecer aquelas informações necessárias para que o consumidor possa escolher caminhos a seguir (por exemplo: diferentes tipos de planos,

diferentes carências, diferentes exclusões etc.) (*idem*, pág. 56)

Ora, não se pode crer que a instituição financeira alertou o consumidor para as decorrências do inadimplemento, principalmente quando ela própria ignorava quais as taxas que seriam aplicadas, dado seu caráter flutuante.

Ademais, o contrato estipula várias espécies de correção monetária pós-fixada, além de taxas de juros oscilantes, calculados pelo chamado método *hot money-mer* ou Lis-PJ.

Disso ressalta claramente a afronta ao dever de informação e ao dever de aconselhamento, pois analisando o contrato notam-se fórmulas matemáticas de grande dificuldade intelectual, obrigando muitas vezes este relator a socorrer-se da informação de técnicos da Corte para averiguar da veracidade dos cálculos apresentados pelas instituições financeiras.

Também afronta o dever de informação a terminologia utilizada, já que em várias oportunidades o contrato estabelece correção e juros calculados por métodos desconhecidos e vagos.

Amolda-se ao caso a observação de Roberto Ruozí, citado por Cívara Palhares:

“Estritamente conexo com o problema de acesso aos serviços bancários e financeiros é aquele da informação aos consumidores sobre ditos serviços, sobre o qual de resto, ainda que de modo fragmentado, já foi

dito anteriormente. (...) É necessário recordar que, nesse ponto, nem mesmo os consumidores mais evoluídos têm a capacidade de compreender a complexidade e as características de todas as inovações financeiras que foram produzidas e que se estão produzindo em âmbito nacional e internacional” (*op. cit.*, pág. 56).

Dessarte, para não defraudar a boa-fé do consumidor, a correção monetária do débito deve ocorrer exclusivamente pelos índices oficiais, ou seja, pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC) da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

3. Por todo o exposto, dá-se provimento ao recurso para revisar o contrato, excluindo-se qualquer capitalização de juros no contrato de abertura de crédito em conta corrente; nas cédulas de crédito industrial e comercial está autorizado o anatocismo, mas a periodicidade deve ser semestral. Todos os índices atualizadores devem ser calculados pelo INPC e os juros, em qualquer hipótese, não podem exceder o patamar de 12% ao ano. Fixam-se os honorários em 10% sobre o valor da causa.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cercato Padilha e Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 25 de outubro de 2001.

*Pedro Manoel Abreu,*  
*Presidente e Relator.*



**APELAÇÃO CÍVEL N. 96.001678-3, DE LAGES****Relator designado: Des. Orli Rodrigues**

*Usucapião — Sentença dando acolhimento ao pleito formulado na peça preliminar — Indemonstração pelo pretensor dos requisitos necessários para a aquisição do domínio pretendido — Provimento do recurso interposto, para que, reformada a decisão monocrática, seja o pedido posto em juízo julgado improcedente e condenado o postulante nas verbas de sucumbimento.*

*1. A declaração judicial do domínio só pode ser emitida quando os requisitos imprescindíveis à configuração da usucapião pretendida restarem demonstrados sem qualquer dúvida.*

*2. “A accessio possessionis exige a comprovação de atos efetivos de posse por todos os ocupantes do imóvel durante o lapso temporal exigível para a consumação do usucapião” (RT 606/1.081).*

*Voto vencido*

*Apelação cível — Usucapião extraordinário — Requisitos presentes — Sentença confirmada.*

*Não sendo atendido o ônus probante do apelante é de ser confirmada a decisão de primeiro grau.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.001678-3, da comarca de Lages, em que é apelante Espólio de Gilberto Paes de Albuquerque, sendo apelado Sérgio Alves:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por maioria de votos, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

**I — Relatório**

O relatório chancelado pelo relator originário retrata com fidelidade o conteúdo do caderno processual, razão pela qual o reproduzo por ora em sua totalidade:

“Trata-se de apelação interposta pelo Espólio de Gilberto Paes de Albuquerque, contra a sentença de fls. 200/211, que julgou procedente o pedido inicial formulado na ação de usucapião sob n. 205/88, condenando o ora apelante a arcar com as custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa.

“Aduz, em síntese, que exerce posse mansa e pacífica sobre o imóvel em tela, além do respaldo do título de propriedade outorgado pelo município de Lages, datado de 1952, que é suficiente para assegurar-lhe o usucapião ordinário, ou mesmo o extraordinário; que o magistrado *a quo* confundiu justo título com título legítimo, ante o fato de o imóvel passado por Carta de Aforamento a Gilberto Paes de

Albuquerque não pertencer ao município de Lages; que o lapso temporal necessário para o usucapião ordinário transcorreu manso e pacificamente; que Ana de Souza Padilha não ocupava a área em questão, mas sim uma extensão limítrofe; que na casa existente no bem em discussão permanecia um preposto de Gilberto Paes de Albuquerque, passando posteriormente a outrem, por contrato de comodato; que existem testemunhos nos autos que dão conta da sua posse.

“Houve contra-razões, onde se clamou pela manutenção da sentença de primeiro grau.

“Em seu parecer, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso”.

É o relatório.

## II — Voto

O Espólio de Gilberto Paes de Albuquerque, por intermédio de apelo, está buscando reverter o dispositivo da prestação jurisdicional que reconheceu o domínio da área de 9.053,115m<sup>2</sup>, situada no bairro Centenário (atrás do Morro Grande) na cidade de Lages, em favor de Sérgio Alves, porque este teria provado os requisitos de usucapião extraordinário.

O eminente relator — Des. Ruy Pedro Schneider — proferiu um brilhante voto, sustentando o acerto da sentença combatida; não obstante, peço vênia para divergir de Sua Excelência, para expor meu sufrágio divergente, assim fundamentado:

A área usucapienda foi adquirida pelo finado Gilberto Paes de Albuquerque em 11 de março de 1952,

conforme documento emitido pela Prefeitura do município de Lages, denominado Carta n. 7.029, assinado pelo então Prefeito Osni de Medeiros Régis (fl. 52), levado a Registro em 3 de novembro de 1959 (fl. 53).

Este imóvel, a partir do momento em que o titular do espólio/recorrente o adquiriu, passou a ser alvo de exteriorização de posse por parte do novo dono.

Nem Ana — que se identifica como Padilha de Souza, fl. 21, e de Souza Padilha, fl. 47 —, nem tampouco Sérgio Alves, que afirmou não ter relação de parentesco com aquela — fl. 15 — mas que veio a ser mencionado como sendo seu “genro”, exercitaram posse mansa, pacífica e ininterrupta sobre o imóvel pretendido.

Na audiência realizada para justificação da posse alegada na exordial, Ana de Souza Padilha foi ouvida e declarou que, quando passou a morar em terreno limítrofe ao usucapiendo, compareceu na Prefeitura Municipal e obteve consentimento para fechar o terreno “com a ressalva de que se aparecesse o proprietário, a depoente deveria desocupá-lo; que tal proprietário nunca apareceu...” (fl. 47).

Em 9 de maio de 1995, em nova audiência registrada nos autos, a mesma senhora foi inquirida novamente e declarou textualmente:

“A declarante foi quem cercou o terreno, sabendo que não era proprietária e que algum dia alguém com uma escritura poderia aparecer” (fl. 159v.).

O finado Gilberto Paes de Albuquerque nunca deixou o terreno abandonado. Tinha pessoa de sua extrema confiança encarregada de vigiar seu

patrimônio, como se infere dos seguintes excertos pinçados de depoimentos constantes dos autos:

“O pai da depoente, de nome José Américo Chaves, tinha naquele local vacas de sua propriedade, e assim agia com autorização de Gilberto Albuquerque. Assim procedeu por muitos anos. Não havia qualquer vínculo empregatício entre seu pai e Gilberto, pois este somente pediu àquele que cuidasse da área. Passou a morar nas proximidades há 22 anos atrás. Quando passou a residir naquele local, lá já moravam, no encontro da área objeto, com a estrada do Pinheirinho, um senhor de cor chamado Francisco e sua esposa. Que saiba seu pai ou Gilberto não arrendaram mediante pagamento referida área para outras pessoas. Viu o Sr. Gilberto Albuquerque várias vezes, quando este procurava seu pai (testemunha Sara Macedo Lopes Chaves, fl. 162).

“(…)

“Conhece a área objeto. Há cerca de 15 a 16 anos atrás, o depoente efetuou um loteamento no Morro Grande que lindava com o terreno usucapiendo, cuja extensão desconhece, parecendo-lhe que era algo em torno de 10 mil metros. Referido terreno era plano e depois ‘caía’. Recorda que quando do loteamento, o proprietário da área objeto, de nome Gilberto Albuquerque, pediu-lhe que incluísse o seu lote no loteamento que iria empreender. O negócio acabou não se realizando em função de doença de Gilberto. Gilberto se dizia proprietário do lote e o mesmo constava nessa condição no mapa que o depoente tinha do loteamento. A área objeto estava cercada na parte em que teve

acesso visual. Recorda que na época morava no meio da parte alta do terreno um ‘preto velho’, de apelido Chico, na companhia de uma companheira, que residia no local e que estava lá para cuidar do terreno pertencente a Gilberto” (testemunha Flávio Arruda Machado, fl. 162v.).

“(…)

“O terreno era fiscalizado por José Américo e inclusive renovadas as cercas quando necessário. Não sabe precisar, mas parece-lhe que uma senhora que puxa para a cor branca pediu autorização a Gilberto para colocar algumas vacas no terreno, no que não foi atendida” (testemunha Deoclécio Vieira, fl. 163).

O senhor identificado como Francisco ou Chico, nos depoimentos das testemunhas Sara Macedo Lopes Chaves e Flávio Arruda Machado, fls. 162 e 162v., é Francisco Ribeiro de Matos, que, num levantamento do Setor de Cadastro Técnico Imobiliário da Prefeitura do município de Lages, foi encontrado ocupando uma pequena casa de madeira, localizada no terreno pertencente ao finado Gilberto Albuquerque. Isso ocorreu no ano de 1980, conforme anotação constante do documento de fl. 55.

A prova autuada dá credibilidade à seguinte argumentação desenvolvida pelo procurador judicial do espólio apelante:

“Fato incontestável é que Ana de Souza Padilha nunca teve posse mansa e pacífica do imóvel objeto da ação. Não chegou a ter posse para poder ostentar a condição de antecessora do autor.

“Nunca chegou a ter posse porque o falecido Gilberto Paes de Albu-

querque, pessoalmente ou por prepostos seus, exercia o pleno domínio sobre o imóvel, ou seja, a propriedade e a plena posse.

“Logo após a aquisição do terreno, manteve a casa nele existente alugada para os trabalhadores empregados na extração de basalto do Morro Grande. Por volta de 1958, o cedeu a Francisco Ribeiro de Matos e sua mulher Sebastiana Matos. Residiam na casa, cultivavam pequena lavoura de manutenção e ela trabalhava como lavadeira. Ali residiram até falecerem no início dos anos 80. Depois de falecidos continuou como *comodatário* José Américo Chaves...” (fl. 184).

Ainda há referência nos autos de que a família Varela sustentou uma contenda exitosa contra o município de Lages, envolvendo o Morro Grande, mas Álvaro Ramos Vieira, testemunha idônea e irmão do Advogado Hélio Ramos Vieira, patrocinador da ação, informou que o terreno pertencente ao finado Gilberto Albuquerque foi excluído da disputa judicial (fl. 161v.).

Antes de ser prolatada a sentença de fls. 200/211, o Promotor de Justiça Dr. Donaldto Reiner apresentou parecer, assim se manifestando:

“Pelo que consta dos autos, o autor nunca teve posse; que se teve, sua posse foi precária, clandestina, não sendo pacífica ou ininterrupta; além do que, o tempo de posse não é suficiente para gerar usucapião — que o título do autor não é justo e que o mesmo não tem boa-fé e que a posse nunca foi exercida com ânimo de dono” (fl. 192).

Posteriormente, este mesmo parecerista admitiu ter cometido equívoco, argumentando que:

“Segundo nossa lei substantiva, possuidor, para efeito de aquisição do domínio através do usucapião extraordinário, é aquele que detém a posse efetiva do imóvel, com ânimo de dono, continuamente e sem oposição de quem quer que seja, pelo lapso temporal igual ou superior a 20 anos. A moradia habitual não é requisito necessário e muito menos essencial para caracterizar a posse na ação de usucapião” (fl. 268).

Mas, *data venia*, Sua Excelência, o digno Representante Ministerial, ante a robusta prova que milita em prol do espólio recorrente, não podia ter mudado o seu convencimento.

Por tudo isso, dá-se provimento ao recurso, porquanto inadequado se mostra o decreto monocrático de procedência da ação, invertendo-se os ônus da sucumbência.

### III — Decisão

Conclusivamente, a Câmara, após debates, decidiu, por maioria, nos termos do voto condutor do Des. Orli Rodrigues, dar provimento ao recurso formalizado às fls. 220 *usque* 225 do volume 2 dos autos, para o fim de reformar integralmente a respeitável sentença de primeira instância e julgar improcedente o pedido formulado na exordial, condenando o pretensor nas cominações legais (custas processuais e honorários advocatícios de 15% sobre o valor atribuído à causa devidamente atualizado).

Do julgamento presidido pelo Relator designado, participou com vo-

to vencedor o eminente Des. Wilson Augusto do Nascimento.

Ficou vencido o Excelentíssimo Relator originário, Desembargador Ruy Pedro Schneider, que votou pelo desprovemento do apelo interposto contra o julgado monocrático, mediante argumentação assim sintetizada:

“Compulsando os autos, percebe-se que inexistente prova que contrarie a alegada permanência de Ana de Souza Padilha no imóvel em querela. Pelo contrário, a prova testemunhal é quase unânime em indicar que a referida pessoa estabeleceu-se no imóvel em questão, ali permanecendo por mais de 20 (vinte) anos, de forma mansa e pacífica, antes de vendê-lo ao ora apelado. Há, somente, um único testemunho que sustenta que Ana de Souza Padilha não ocupava a área em litígio, mas se utilizava da água ali existente (fl. 162).

“Na questão em discussão, há de se confirmar a posse exercida anteriormente por Ana de Souza Padilha, ante a não comprovação do contrário, a contento, por parte do apelante.

“Portanto, a sentença *a quo* deve ser confirmada *in totum*” (excertos do voto minoritário sustentado por Sua Excelência, o illustre Relator originário).

A manifestação da douta Procuradoria-Geral de Justiça está chancelada pelo Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros.

Florianópolis, 4 de setembro de 2001.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Orli Rodrigues,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 99.010431-1, DE CRICIÚMA**

**Relator: Des. Orli Rodrigues**

*Responsabilidade civil — Danos morais — Vereador — Declarações realizadas na tribuna e imprensa contra irregularidades na administração pública — Ofensa à honra do prefeito municipal — Sentença condenando o edil à indenização de 150 salários mínimos — Recursos interpostos pelas partes — Inviolabilidade parlamentar em face do disposto no art. 29, VIII, da CF/88 — Impossibilidade jurídica do pedido — Matéria de interesse público — Extinção da ação sem análise do mérito — Julgamento das apelações prejudicado.*

*“Inviolabilidade do vereador. O vereador é inviolável em seus pronunciamentos. A inviolabilidade torna-o irresponsável civil e penalmente por suas manifestações. A prerrogativa não é do edil e sim do povo que ele representa. Não deve a tribuna se prestar para*

*manifestações pessoais, em que o autor da manifestação se arvora em acusador e juiz sem ensejar ao acusado direito de defesa. O abuso há de ser coibido através do instituto de 'decoro parlamentar', a cargo das casas legislativas. O que não se pode é, a pretexto de coibir abusos, eliminar o instituto da inviolabilidade parlamentar, que é de interesse público" (Ap. Cív. n. 590036786, de Constantina, rel. Des. Jorge A. Perrone de Oliveira, TJRS, in RJTJRS 150/562, tomo II).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.010431-1, da comarca de Criciúma (2ª Vara), em que é apelante/apelado Lúcio Ubialli, sendo apelado/apelante Marcos Luiz Porfírio Feltrin:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, extinguir *ex officio* a ação, sem julgamento do mérito, em razão da impossibilidade jurídica do pedido (art. 267, VI, do CPC), restando prejudicada a análise dos recursos interpostos pelas partes.

Custas na forma da lei.

### **I — Relatório**

Lúcio Ubialli propôs ação de indenização por danos morais em face de Marcos Luiz Porfírio Feltrin, aduzindo, em síntese, que o requerido, pelos veículos de informação, imputou-lhe fatos que acabaram por ofender sua honra e dignidade, abalando, dessa forma, seu prestígio na sociedade local.

Assim, requereu indenização no valor de 500 (quinhentos) salários mínimos, em razão dos prejuízos causados a sua imagem de pessoa pública, uma vez que na época do ocorrido

o autor ocupava o cargo de prefeito municipal de Siderópolis.

Juntou como provas de suas alegações documentos, recortes de jornais e gravações em fita cassete.

Em contestação, o requerido alegou que, cumprindo dever relacionado a seu cargo de vereador de Siderópolis, manifestou-se na tribuna da Câmara a respeito de irregularidades na prefeitura municipal, as quais foram confirmadas por meio de auditoria realizada pelo Tribunal de Contas do Estado.

Aduziu ainda que as afirmações divulgadas pela imprensa não foram condizentes com suas verdadeiras declarações, sendo matéria redigida por jornalista.

Quanto às gravações apresentadas na inicial, o réu argumentou que tal prova não poderia ser apreciada, já que não teve oportunidade de examinar seu conteúdo, encontrando-se a fita em envelope grampeado, tendo inclusive solicitado cópia. Acrescentou, demais disso, que, se a gravação realmente ocorreu, foi realizada em tom de discurso, conforme pronunciamento feito em tribuna.

Assinalou, também, que não houve, em momento algum, ânimo de caluniar, difamar ou injuriar o apelante, porquanto sua missão como vereador é de fiscalizar e criticar o Executi-



vo, sendo assim inadmissível sua condenação por danos morais.

Em impugnação (fls.72/77), o autor reafirmou o pleito inicial e requereu o julgamento antecipado da lide.

O MM. Juiz em saneador determinou a confecção e entrega ao réu de cópia da fita apensada à fl. 29 verso, para que este se manifestasse a respeito de seu conteúdo. No entanto, não houve pronunciamento do requerido nesse sentido, deixando transcorrer *in albis* o prazo determinado.

Logo após, sentenciou a ilustre magistrada singular, Dra. Rosália Hoyer, julgando procedente o pedido formulado pelo requerente, condenando o apelado no pagamento de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos a título de danos morais, assim como nas despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

Irresignadas, as partes apelaram. O autor, para elevação do *quantum* indenizatório, e o réu, para que a sentença seja reformada, julgando-se improcedente o pleito inicial ou, subsidiariamente, a diminuição do valor fixado a título de dano moral.

Contra-arrazoados os recursos, os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

## II — Voto

Em que pese o respeitável entendimento da ilustre Dra. Juíza de Direito *a quo*, a decisão em apreço merece ser reformada *in totum*.

Primeiramente se constata a existência de questão prejudicial que impede a análise do mérito da demanda.

Evidencia-se no caso vertente a falta de uma das condições da ação, qual seja, a possibilidade jurídica do pedido (art. 267, VI, do CPC).

A Constituição Federativa da República do Brasil, ao dispor em seu artigo 29, VIII, que os vereadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do município, vedou qualquer possibilidade dos edis serem acionados judicialmente em tais situações.

Luiz Manoel Gomes Júnior, em artigo publicado na Revista de Direito Administrativo Aplicado, a respeito da inviolabilidade constitucional dos vereadores e a responsabilidade civil por danos morais, esclarece:

“Na concepção jurídica do termo, a inviolabilidade seria a *impossibilidade jurídica* de restringir ou atingir, no entendimento mais comum, sob o ângulo penal, o Legislador Municipal por suas manifestações, palavras e votos exercidos em função de seu mandato” (vol. 17, 1998, pág. 279, g.n.).

No campo da responsabilidade civil, numa exegese do inciso VIII do art. 29 da CF/88, o vereador não responde por eventuais danos morais provocados em decorrência de suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do município, uma vez que o texto constitucional quando utilizou o termo “inviolabilidade” não restringiu a incidência do dispositivo apenas ao âmbito penal.

Nessa esteira tem-se que o vereador, ao expressar suas opiniões no exercício do mandato, está sob o amparo do texto constitucional supracitado, o que configura, ainda, conforme art. 160, I, do Código Civil, a prática de

ato juridicamente lícito pelo exercício regular de um direito reconhecido.

Dessa forma, a vedação expressa na Constituição Federal de 1988 (art.29, VIII) do pedido formulado pelo autor em sua inicial enquadra-se na impossibilidade jurídica do pedido (art. 267, VI, do CPC), o que, por seu turno, impede a apreciação do mérito da contenda.

Assim tem entendido nosso egrégio Tribunal de Justiça:

“Há impossibilidade jurídica do pedido quando se clama o que não é deferido, em abstrato, no ordenamento jurídico” (Ap. Cív. n. 35.080, de Criciúma, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, *in* JC 69/201).

No mesmo sentido:

“Consoante a doutrina processual a possibilidade jurídica do pedido deve ser localizada no pedido imediato, isto é, na permissão, ou não, do direito positivo a que se instaure a relação processual em torno da pretensão do autor”(Al n. 9.140, de Ituporanga, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, *in* DJ 17/10/96).

Importante ressaltar que por ser a impossibilidade jurídica do pedido uma das condições da ação — requisitos de admissibilidade do mérito — pode o magistrado a qualquer tempo declará-la, não havendo, nesse caso, preclusão.

A propósito:

“*Ex vi* do art. 267, § 3º, do CPC, é possível, em qualquer tempo e grau de jurisdição, *de ofício*, as condições da ação e os pressupostos subjetivos e objetivos serem examinados, porque não há preclusão no tocante ao toga-

do” (Ap. Cív. n. 48.966, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, g.n.).

*Mutatis mutandis*:

“A matéria relativa às condições da ação, dentre as quais se inclui a legitimidade das partes, não se acoberta pela preclusão, podendo ser conhecida a qualquer tempo e em qualquer nível de jurisdição, já que afeta à própria substância da lide” (Ap. Cív. n. 45.540, de Rio do Sul, rel. Des. Trindade dos Santos, *in* DJ 26/9/96).

Em situação análoga, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul tem decidido pela carência da ação em face da impossibilidade jurídica do pedido:

“Inviolabilidade do vereador. O vereador é inviolável em seus pronunciamentos. *A inviolabilidade torna-o irresponsável civil e penalmente por suas manifestações*. A prerrogativa não é do edil e sim do povo que ele representa. Não deve a tribuna se prestar para manifestações pessoais, em que o autor da manifestação se arvora em acusador e juiz sem ensejar ao acusado direito de defesa. *O abuso há de ser coibido através do instituto de ‘decoro parlamentar’*, a cargo das casas legislativas. O que não se pode é, a pretexto de coibir abusos, eliminar o instituto da inviolabilidade parlamentar, que é de *interesse público*” (Ap. Cív. n. 590036786, de Constantina, rel. Des. Jorge A. Perrone de Oliveira, *in* RJTJRS 150/562, tomo II, g.n.).

No mesmo sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

“Recurso extraordinário. Vereador. Inviolabilidade por suas manifestações no exercício do mandato e na circunscrição do município. Imunidade material absoluta. Interpretação do in-



ciso VI do art. 29 da Constituição Federal. 1. *Parlamentar. Inviolabilidade por suas opiniões, palavras e votos.* Imunidade de ordem material. Garantia constitucional que obsta sua submissão a processo penal por atos que se caracterizam como delitos contra a honra, em decorrência de manifestações havidas no exercício das funções inerentes ao mandato e nos limites da circunscrição do município que representa. 2. *Excessos cometidos pelo vereador em suas opiniões, palavras e votos, no âmbito do município e no exercício do mandato. Questão a ser submetida à Casa Legislativa, nos termos das disposições regimentais.* Recurso extraordinário conhecido e provido” (RE n. 140.867, do Mato Grosso do Sul, rel. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa, g.n.).

Também, em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal se manifestou acerca da inviolabilidade parlamentar de deputados, o que, *mutatis mutantis*, aplica-se ao caso vertente:

“1. Na interpretação do art. 53 da Constituição — que suprimiu a cláusula restritiva do âmbito material da garantia —, o STF tem seguido linha intermediária que, de um lado, se recusa a fazer da imunidade material um privilégio pessoal do político que detenha um mandato, mas, de outro, atende às justas ponderações daqueles que, já sob os regimes anteriores, realçavam como a restrição da inviolabilidade aos atos de estrito e formal exercício do mandato deixava ao desabrigo da garantia manifestações que o contexto do século dominado pela comunicação de massas tornou um prolongamento necessário da atividade parlamentar: *para o Tribunal, a inviolabilidade alcança toda manifestação do*

*congressista onde se possa identificar um laço de implicação recíproca entre o ato praticado, ainda que fora do estrito exercício do mandato, e a qualidade de mandatário político do agente.* 2. Esse liame é de reconhecer-se na espécie, na qual o encaminhamento ao Ministério Público de *notitia criminis* contra autoridades judiciais e administrativas por suspeita de práticas ilícitas em prejuízo de uma autarquia federal — posto não constitua exercício do mandato parlamentar *stricto sensu* —, quando feito por uma deputada, notoriamente empenhada no assunto, guarda inequívoca relação de pertinência com o poder de controle do parlamento sobre a administração da União. 3. *A imunidade parlamentar material se estende à divulgação pela imprensa, por iniciativa do congressista ou de terceiros, do fato coberto pela inviolabilidade.* 4. *A inviolabilidade parlamentar elide não apenas a criminalidade ou a imputabilidade criminal do parlamentar, mas também a sua responsabilidade civil por danos oriundos da manifestação coberta pela imunidade ou pela divulgação dela: é conclusão assente, na doutrina nacional e estrangeira, por quantos se têm ocupado especificamente do tema”* (RE n. 210.917, do Rio de Janeiro, rel. Min. Sepúlveda Pertence, in DJU de 18/6/2001, g.n.).

Por esses motivos é que a norma constitucional em destaque (art. 29, VIII, da CF/88) visa a garantir o exercício de um direito e, acima de tudo, de um dever inafastável do vereador, que é o de fiscalizar possíveis irregularidades cometidas pela administração municipal.

Nesse rumo, destaca-se a ensinância de Antônio Benedito do Nascimento e Eduardo Ferreira Valério:

“O Vereador, dentre tantos outros, tem o dever de fiscalizar a Administração Municipal, noticiando as possíveis irregularidades cometidas, e instando os órgãos responsáveis a apurá-las e a responsabilizar seus autores. A população tem especial interesse em que esta atividade seja bem desempenhada pelos Edis, mormente neste momento da história brasileira, em que se luta pela supremacia dos princípios éticos básicos na atividade pública; neste momento em que se tenta, na verdade, fazer sobreviva a nossa capacidade de indignação diante dos descabros da corrupção e da malversação do dinheiro público. Foi por isso que o legislador constituinte deliberou afastar de vez a lâmina de guilhotina armada sobre o pescoço destes representantes do povo, pronta para ser derribada sempre que não conseguissem demonstrar cabalmente a veracidade de suas reclamações.

“Importa sublinhar, ainda dentro desta ordem de idéias, que *não se inclui dentre suas atribuições individuais comprovar e demonstrar as irregularidades*: para isto há as comissões de inquérito no âmbito parlamentar, e o sistema policial-judicial. *Cumpra-lhe argüir tais questões, exatamente com o propósito de provocar o funcionamento destes*. Ora, se tal não ocorre, seja por causas políticas (ex.: falta de interesse de um partido político majoritário na instauração de uma Comissão Especial de Inquérito), seja por causas

técnicas (ex.: impossibilidade de se resgatar indispensável corpo de delito para submetê-lo a exame e comprovar a materialidade de eventual delito), *não pode o Edil ser criminalmente responsabilizado porque desempenhou sua tarefa de tornar conhecida a questão*” (Da Inviolabilidade dos Vereadores na Constituição de 1988, in RT 701/261, g.n.).

Diante das razões expostas, tem-se como prejudicada a análise das apelações, em face da impossibilidade jurídica do pedido descrito na inicial, resultando assim na extinção da ação sem julgamento do mérito.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, após debates, decidiu à unanimidade de votos extinguir *ex officio* a ação, sem julgamento do mérito, em razão da impossibilidade jurídica do pedido (art. 267, VI, do CPC), restando prejudicada a análise dos recursos interpostos pelas partes.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Ruy Pedro Schneider.

Florianópolis, 21 de agosto de 2001.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente, com voto;*  
*Orli Rodrigues,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 99.011702-2, DE BRUSQUE****Relator: Des. Orli Rodrigues**

*Indenização por dano moral — Transporte aéreo — Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor — Atraso no voo e extravio de bagagem — Ausência de excludentes da responsabilidade — Dever de indenizar da companhia caracterizado — Sentença reformada tão-somente com relação ao quantum indenizatório.*

1. “A Convenção de Varsóvia, como todas as outras normas que fazem parte do ordenamento nacional, sofre o controle de constitucionalidade. O CDC, quando em conflito com a Convenção, sobre ela tem prevalência, tendo em vista ser lei hierarquicamente superior (editada nos termos do art. 5º, inc. XXXII, da Constituição Federal), especial (regulando toda relação de consumo) e posterior (editada em 11/9/1990 e com vigência em 13/3/1991, enquanto que a Convenção ingressou no ordenamento nacional em 24/11/1931)” (Ap. Cív. n. 98.008188-2, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

2. “O atraso significativo do voo configura descumprimento do contrato de prestação de serviços e constitui ato ilícito capaz de ensejar evidente dano moral aos passageiros, haja vista o desconforto e angústias a que estes foram submetidos, sendo desnecessária a prova da ocorrência do dano, em face da dificuldade de ser explorado o campo tão íntimo do ser humano” (Ap. Cív. n. 01.007737-0, de Joinville, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.011702-2, da comarca de Brusque (1ª Vara/Infância Juventude e Registros Públicos), em que é apelante/apelado Varig S.A. Viação Aérea Rio-Grandense, sendo apelado/apelante Leônidas Pereira:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso da Varig e dar provimento ao de Leônidas Pereira, para elevar a indenização por danos morais para o equivalente a 100 (cem) salários mínimos.

Custas na forma da lei.

**I — Relatório**

Leônidas Pereira ajuizou ação de indenização por dano moral contra Varig S.A. Viação Aérea Rio-Grandense, alegando, em suma, que estando em Vitória/ES, no dia 23/3/98, embarcou no Voo n. 393 da empresa ré, com destino a Guarulhos/SP, onde pegaria o Voo n. 236, também da companhia aludida, com destino a Navegantes/SC, quando seguiria por sua conta a Brusque/SC, lugar em que tem domicílio instalado.

Aduziu que o Vôo 393 fez a escala prevista no aeroporto do Galeão/RJ, quando, inesperadamente, teve de trocar de aeronave e embarcar na referente ao Vôo 832, com destino a Tóquio/Japão, e escala em Guarulhos/SP. Afirmou que em razão dessa troca acabou perdendo o vôo com destino a Navegantes, vindo a embarcar somente no dia seguinte, às 9h35min.

Sustentou que, em face do noticiado acima, não pôde comparecer aos compromissos que havia agendado como advogado, tendo que contratar para tanto outros profissionais, às suas expensas. Disse ainda que sua bagagem foi extraviada, causando-lhe bastante desconforto.

Após outras considerações, que por brevidade incorporo a este relatório, alega ter sofrido danos de ordem moral, pedindo a respectiva indenização.

À inicial vieram acostados os documentos de fls. 14/20.

Citada, a requerida ofertou contestação, argüindo preliminarmente a inépcia da inicial diante da ausência de pedido quantitativo da indenização. No mérito, impugnou totalmente o pleito ressarcitório, aduzindo que a mudança de aeronave deu-se por problemas operacionais, e que, em razão do imprevisto, providenciou ao autor traslado, alojamento e alimentação na noite em que precisou ficar em São Paulo para viajar na manhã seguinte a Navegantes. Asseverou também que não houve prova do dano moral sofrido, ou mesmo do expendido na inicial. Terminou defendendo a improcedência do pedido.

Em audiência de conciliação, restando esta inexitosa, as partes desistiram da produção de provas e

requereram o julgamento antecipado da lide.

Assim procedendo, o MM. Juiz *a quo*, após afastar a preliminar de inépcia da inicial, acolheu o postulado pelo requerente, condenando a demandada a pagar a este, a título de indenização por dano moral, a quantia de 30 salários mínimos. Condenou ainda a requerida em custas e honorários de advogado.

Insatisfeita com a solução dada ao litígio, apela a companhia ré, pleiteando a reforma total da sentença, com a inversão dos ônus de sucumbência. Para tanto, repisa os argumentos expostos em primeiro grau.

Por sua vez, o autor interpôs recurso adesivo, requerendo a elevação do *quantum* indenizatório.

Ambas as insurgências foram preparadas e respondidas.

## II — Voto

Cumprime-me *ab initio* examinar a preliminar de inépcia da inicial argüida pela companhia apelante.

Segundo preceitua o parágrafo único do art. 295 do Código de Processo Civil, considera-se inepta a petição inicial quando lhe faltar pedido ou causa de pedir; quando da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; quando o pedido for juridicamente impossível; ou, ainda, quando contiver pedidos incompatíveis entre si.

Na hipótese, não se configura aludida irregularidade. O autor narrou os fatos que justificam o pleito indenizatório por dano moral, e deixou a critério do magistrado o arbitramento do respectivo *quantum*.

João Roberto Parizatto, na obra “Dano Moral”, Editora Parizatto, assina-

la que “acórdão inserido na RT 730/307 entendeu irrelevante o fato de não constar da inicial o pedido genérico de indenização para dano moral, frisando que tal valor será fixado pelo prudente arbítrio do juiz da causa” (fl. 97). Há ainda na doutrina registro de precedente do colendo Superior Tribunal de Justiça: REsp n. 175.362-RJ, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior.

Outrossim já decidiu esta Casa:

“O arbitramento do valor do dano moral deflui do prudente arbítrio do juiz, ao examinar o nível econômico dos autores, porte da empresa ré e o dano ocorrido dentro da especificidade do caso concreto” (Ap. Cív. n. 98.010409-2, de Blumenau, rel. Des. Eder Graf).

Não há falar, portanto, em inépcia.

Com relação à matéria de fundo, melhor sorte não assiste à companhia ré, eis que patente seu descumprimento contratual e a obrigação de responder pelo desconforto causado ao autor.

À fl. 15 encontra-se bilhete aéreo adquirido pelo demandante, emitido pela empresa ré, no qual se registra que o autor viajaria no dia 22/3/98 de Navegantes/SC para Vitória/ES, fazendo escala em São Paulo/SP, e que no dia 23/3/98 embarcaria de Vitória/ES a Navegantes/SC, fazendo também escala em São Paulo.

Segundo narrou o autor, e não contestou a ré, quando estava retornando de Vitória/ES, já no dia 23/3/98, o avião fez uma escala, não prevista, no Galeão/RJ, e lá os passageiros, incluindo o requerente, tiveram que mudar de aeronave, o que fez com que o autor chegasse em São Paulo após o

tempo previsto, perdendo o voo a Navegantes/SC.

Isso obrigou o demandante a pernoitar em São Paulo/SP, já que somente no dia seguinte poderia embarcar ao seu destino final, o que sem dúvida lhe gerou padecimento e desconforto.

O fato de a demandada custear a estadia do autor não a exime de responder por outros prejuízos, como o de ordem moral. Na verdade nada mais fez do que atenuar uma situação irregular que ela própria provocou.

Nem o autor nem o Juízo obtiveram da ré qualquer justificativa relevante acerca do atraso. Não há documentos, não há depoimentos, não há qualquer prova nesse sentido, apesar de a requerida ter tido oportunidade de produção. Ela apenas se restringe a defender que seu comportamento diante do indigitado fato está respaldado na Convenção de Varsóvia, que não exige indenização em tal caso.

Contudo este Pretório, por intermédio do eminente Des. Pedro Manoel Abreu, enunciou que “a Convenção de Varsóvia, como todas as outras normas que fazem parte do ordenamento nacional, sofre o controle de constitucionalidade. O CDC, quando em conflito com a Convenção, sobre ela tem prevalência, tendo em vista ser lei hierarquicamente superior (editada nos termos do art. 5º, inc. XXXII, da Constituição Federal), especial (regulando toda relação de consumo) e posterior (editada em 11/9/1990 e com vigência em 13/3/1991, enquanto que a Convenção ingressou no ordenamento nacional em 24/11/1931)” (Ap. Cív. n. 98.008188-2, da Capital).

Assim, o Código de Defesa do Consumidor, cuja aplicabilidade mostra-se evidente, prescreve em seu art. 14:

“O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

Logo em seguida, está disposto no § 3º:

“O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

“I — que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

“II — a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

Na hipótese, tais excludentes de responsabilidade não se verificaram, nem tampouco caso fortuito ou força maior, mesmo porque, repito, a requerida não apresentou qualquer justificativa plausível com relação à troca de aeronave e ao atraso.

Da mesma forma, a indenização deve abranger o extravio da bagagem do autor, que também não foi impugnada pela ré, sequer explicado.

Em recente julgado, a Primeira Câmara Civil deste egrégio Tribunal assim se manifestou:

“O atraso significativo do voo configura descumprimento do contrato de prestação de serviços e constitui ato ilícito capaz de ensejar evidente dano moral aos passageiros, haja vista o desconforto e angústias a que estes foram submetidos, sendo desnecessária a prova da ocorrência do dano, em face

da dificuldade de ser explorado campo tão íntimo do ser humano” (Ap. Cív. n. 01.007737-0, de Joinville, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Do corpo do acórdão, extrai-se precedente da Superior Corte de Justiça:

“O atraso, significativo, já seria em si mesmo suficiente para o reconhecimento do dano moral, por ser evidente que causou desconforto e aflição aos autores” (REsp n. 21.4824/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

Ainda é bom lembrar que “a indenização por dano moral é constitucionalmente assegurada (art. 5º, V, da CF), não exigindo doutrina e jurisprudência o reflexo patrimonial para a respectiva caracterização, impondo-se a reparação tanto que confirmada a ilicitude do procedimento do autor” (Ap. Cív. n. 39.689, de Joinville, rel. Des. João José Schaefer).

Por último, também consta do caderno processual correspondência com timbre da empresa requerida, subscrita por preposto seu, disponibilizando ao requerente um crédito de R\$ 505,00. A explicação está no próprio documento, *in verbis*:

“...em razão dos problemas ocorridos em nosso voo de 23 de março” (fl. 110).

Como se vê, a própria requerida reconhece não ter prestado o serviço contratado como deveria.

Por esses motivos é que outra não poderia ter sido a solução da demanda que não a sua procedência.

A sentença monocrática apenas comporta revisão no que tange ao *quantum* indenizatório.



É certo que nos casos referentes a danos puramente morais existe uma linha tênue que segrega o correto ressarcimento destes — que visa a amenizar a dor do espírito — e o enriquecimento indevido da vítima — que poderá transformar o ofensor em lesado.

Conforme alerta o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, o dano moral não pode ser fonte de enriquecimento sem causa (REsp n. 171.084).

Dessa forma, analisadas as circunstâncias essenciais para a quantificação da indenização por danos morais, dentre elas especialmente a extensão do prejuízo suportado, a repercussão na vida da vítima e a capacidade econômica do ofensor, há que se majorar o valor indenizatório para 100 (cem) salários mínimos, importância esta que encontra respaldo em outro julgado deste Tribunal, a exemplo da já citada Ap. Cív. n. 98.008188-2, da Ca-

pital, tendo como relator o Des. Pedro Manoel Abreu.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, após debates, decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso da Varig e dar provimento ao de Leônidas Pereira, para elevar a indenização por danos morais para o equivalente a 100 (cem) salários mínimos.

Além dos signatários, participou do julgamento, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Ruy Pedro Schneider.

Florianópolis, 14 de agosto de 2001.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente, com voto;*  
*Orli Rodrigues,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 00.019689-4, DE JARAGUÁ DO SUL

**Relator: Des. Trindade dos Santos**

*Arrendamento mercantil — Antecipação do VRG — Descaracterização do contrato — Operação de compra e venda em prestações — Reintegração de posse — Inviabilidade jurídica — Extinção do processo — Apelo desagasalhado.*

*A antecipação da cobrança do Valor Residual Garantido, seja de uma única vez, seja pela sua diluição em parcelas mensais, desnatura o contrato de arrendamento mercantil, recaracterizando-o como mera operação de compra e venda em prestações. Presente essa desnaturação, nula, por abusividade jurídica, é a cláusula resolutória expressa, inserida no ajuste contratual com o fim precípuo de autorizar a utilização, pela arrendante, da via interdita para o desfazimento da celebração e para a recuperação do bem transacionado.*



*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.019689-4, da comarca de Jaraguá do Sul (2ª Vara e Fazenda Pública), em que é apelante Bandeirantes S.A. Arrendamento Mercantil, sendo apelada Silvana Machado do Amaral:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas legais.

### I — Relatório

Com fundamento no art. 926 e segs. do CPC c/c os arts. 499 e 506 do Código Civil, Bandeirantes S.A. — Arrendamento Mercantil aforou, contra Silvana Machado do Amaral, ação de reintegração de posse, sustentando, em resumo, ter dado em arrendamento mercantil à acionada, por meio do contrato n. 04980974/1, firmado em 30/11/98, pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, um veículo marca Fiat, modelo Tempira Ouro, 16v, cor preta, ano de fabricação 1994, modelo 1995, à gasolina, chassi n. 9BD159000R9083618, placa LYG 6119, com a arrendatária recebendo o veículo lisado em perfeitas condições de uso e funcionamento.

No entanto, a requerida, a partir da parcela vencida em 30/1/2000, deixou de pagar as contraprestações ajustadas, bem como os resíduos nas mesmas datas, estando inadimplente até a presente data.

Notificada pelo Cartório de Registro de Títulos e Documentos da comarca, a demandada manteve-se inerte.

E, por força de cláusula resolutoria expressa, a inadimplência da requerida é de modo a ensejar a rescisão *pleno jure* do negócio jurídico celebrado, independentemente de qualquer procedimento judicial.

Via de conseqüência, sobreveio para a requerida a obrigação de promover a devolução do bem arrendado.

Não o fazendo, e tendo descumprido as obrigações de sua responsabilidade, configurado resta o esbulho praticado por esta, legitimando a utilização, pela postulante, da via possessória.

Requeriu, por isso, o deferimento em seu favor da reintegração liminar na posse do bem arrendado, independentemente da realização de audiência de justificação prévia, com a posterior citação da acionada e, seguidos os trâmites legais, a procedência da ação, consolidando-se o domínio e a posse do bem questionado em seu favor, com a condenação da demandada nos encargos da sucumbência.

O MM. Juiz de Direito singular, por entender descaracterizado o contrato de arrendamento mercantil, ante a cobrança antecipada do Valor Residual Garantido, julgou extinto o processo, sem conhecimento do mérito, com supedâneo no art. 267, I, c/c o art. 295, I, do Código de Processo Civil, indeferindo a inicial, por inepta.

Condenou a autora ao pagamento das despesas do processo.

Irresignada com a solução emprestada ao pleito por si formulado, a autora interpôs recurso de apelação, argumentando, de início, ser nula a sentença prolatada, uma vez que, ao reconhecer de ofício a transmutação

do contrato de arrendamento mercantil em contrato de compra e venda, a Julgadora singular feriu o art. 267, § 3º, do CPC, eis que, não se tratando de matéria de ordem pública, o seu conhecimento dependia de dedução pela parte adversa. Disse, mais, ser nula a sentença proferida, em face da impossibilidade jurídica de discutir-se, no âmbito possessório, a revisão do contrato firmado. No mérito, expôs que, ao contrário do entendimento externado pela Sentenciante singular, o contrato firmado entre as partes é, não de financiamento, mas de arrendamento mercantil, com a cobrança antecipada do VRG não lhe operando a descaracterização. E, uma vez descumprido o contrato pela arrendatária e constituída ela em mora, a sua posse tornou-se espúria, autorizando perfeitamente o uso da ação de reintegração de posse para a recuperação do bem.

A decisão atacada foi mantida pelo despacho de fl. 85.

## II — Voto

É de negar-se provimento à manifestação recursal externada pela apelante.

Insurge-se ela, resta ver, contra o provimento jurisdicional emitido nos autos da ação de reintegração de posse proposta contra a apelada e que, por reconhecer descaracterizado o contrato de arrendamento mercantil firmado entre as partes, em face da cobrança antecipada do Valor Residual Garantido, decretou a extinção do pleito reintegratório.

Sem razão, contudo, a insurgente!

Coloque-se de início que, ao contrário de épocas antanhas, as atuais teorias contratuais baseiam-se na função social do contrato; não há subsistir, diante do nosso Texto Magno e, mormente, das avançadas concepções trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor, a vetusta concepção civilista/patrimonialista, que tinha no princípio do *pacta sunt servanda* o seu enunciado motivador.

A própria Carta Magna, atendendo aos anseios da sociedade, fixou um novo horizonte, mais humanista e eficaz na consecução dos direitos políticos, incorporando também diversos direitos sociais. Por esses motivos ficou expressamente consignado em seu preâmbulo:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

Nos tempos atuais, inquestionável é que se impõe erradicada dos contratos a total prevalência do princípio da autonomia da vontade, erigido como um dos pilares da segurança jurídica, retirando-lhe aquele caráter de inviolabilidade que tinha, inviolabilidade essa que, ligada ao apanágio absoluto da liberdade contratual, gerava,

em nome desta, distorções, desequilíbrios e injustiças de toda a sorte.

Como com total propriedade deixou ensinado o emérito Clóvis Couto e Silva:

“Sustentar sempre a prevalência da vontade, ainda que só a sua manifestação, ou puramente o preceito que decorre do contrato, seria uma solução que não atenderia, as mais das vezes, às situações da vida” (A obrigação como processo. São Paulo : José Bushatsky Editor, 1976, pág. 43, *apud* MARTINS, Guilherme Magalhães. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n. 9, pág. 77).

É uma grande mistificação, enfatize-se, pretender que no mundo atual coexista sempre a liberdade contratual, haja vista que, na maioria das vezes, o ser humano é obrigado a contratar, como forma única de uma subsistência mais digna. Essa liberdade contratual é nenhuma, ou quase nenhuma, nos contratos bancários, por exemplo, nos de água, luz, telefone, transporte etc. Para as empresas comerciais a obtenção de crédito, por exemplo, é questão de subsistência, ao passo que para as pessoas físicas é, acima de tudo, integrante da cidadania.

Por isso mesmo — e a lição aqui é de Paulo Luiz Neto Lôbo:

“O contrato, que exercera uma função individual, segundo o ideário do liberalismo, passa por uma transformação estrutural, para atender uma função social, segundo a ideologia igualitarista” (O contrato: exigências e concepções atuais. São Paulo: Saraiva, 1986, pág. 17).

Conclui-se, então, que toda a base teórica e ideológica sobre o qual

se assentava o princípio do *pacta sunt servanda*, dogmatizando o liberalismo, pregando a não-intervenção nos contratos e cultuando o elemento vontade das partes, decorrente da doutrina do *laissez-faire*, há que ser repensada à luz da função social do contrato.

Ponderado isso, diremos que, o posicionamento hoje ostensivamente majoritário nos Tribunais Pátrios apregoa a efetiva descaracterização do contrato de *leasing* quando existente a cobrança antecipada do Valor Residual Garantido (VRG), com a sua transmutação em mero contrato de compra e venda a prazo.

É de ressaltar-se que, no nosso País, os contratos de arrendamento mercantil não têm uma legislação regente específica, sendo eles, de modo subsidiário, regulados e disciplinados pela Lei n. 6.099, de 12/9/74, com as alterações decorrentes da Lei n. 7.132, de 26/10/83, e do Regulamento Anexo à Resolução n. 980, de 13/12/84, do Banco Central do Brasil, editadas para a regulamentação dos efeitos fiscais de tais contratos.

Destarte, a tais celebrações são aplicáveis as regras gerais de direito atinentes aos contratos em geral e, em especial, aos de adesão, como soem ser os pactos de *leasing*.

O arrendamento mercantil, na forma em que está concebido no direito pátrio, é contrato de natureza complexa, posto que, na sua essência originária, é ele de locação, mas com opção de compra do bem lisado, ao final do período contratual, pelo arrendatário, por preço previamente ajustado pelas partes. E não só: ao término do prazo de arrendamento, o

arrendatário poderá optar por devolver o bem ou, então, por renovar o próprio arrendamento.

Regulamentando o arrendamento mercantil no nosso direito, a Lei n. 6.099, de 12/9/74, com as alterações introduzidas pela Lei n. 7.132, de 26/10/83, definiu o instituto como sendo:

“(…) o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta”.

Referido diploma legal coloca, em seu art. 5º, a opção de compra como requisito essencial do contrato.

Nesse contexto, afirme-se que, quando a parte arrendatária paga, a título de entrada, o valor inicial, equivalente à parte da compra do bem, e paga mensalmente parcelas do Valor Residual Garantido (VRG), por óbvio já foi feita a opção de compra, restando ela como proprietária de parte do bem, o que descaracteriza a figura do arrendamento mercantil, que na verdade é uma locação, com possibilidade de compra no final do prazo contratual.

Assim, como ocorreu na espécie, trata-se, não mais de um arrendamento mercantil, mas sim de uma compra e venda a prazo, posto que o arrendatário já pagou, por meio da entrada, parte do valor da opção de compra, e está a pagar mensalmente, por intermédio das parcelas do Valor Residual Garantido, o preço da aquisição do bem e não somente o valor da locação.

Este raciocínio é por demais lógico, haja vista que já havendo as par-

tes acordado, por meio do próprio contrato, que a opção de compra seria feita de imediato, pelo pagamento da entrada, e/ou no decorrer do arrendamento, pelas antecipações do Valor Residual Garantido, diluído, porém individualizado, nas prestações, na verdade se está a configurar um contrato de compra e venda a prazo, disfarçado sob a denominação de arrendamento mercantil.

Aliás, quem já adquiriu bens na modalidade de *leasing*, sabe perfeitamente que valor residual garantido nada mais é, na prática, do que uma complementação da prestação, não havendo, na realidade, a estipulação de nenhum resíduo. Ao término dos pagamentos, a propriedade do bem passa automaticamente ao arrendatário, retirada a opção de compra — já que ninguém irá adquirir novamente o bem já integralmente pago —, a de devolução do bem, pois ninguém em sã consciência irá devolver um bem que já é seu e cujo preço está totalmente quitado, bem como não irá optar por arrendar novamente um bem que já lhe pertence.

Tal fato fica evidente, ante o comando da Lei n. 6.099, de 12 de setembro de 1974, quando dispõe, no § 1º, do artigo 11:

“A aquisição pelo arrendatário de bens arrendados em desacordo com as disposições desta Lei, será considerada operação de compra e venda a prestação”.

A Resolução 980, de 13 de dezembro de 1984, que disciplina as operações de arrendamento mercantil, prescreve no item e de seu art. 90:

“Os contratos de arrendamento mercantil devem ser formalizados

por instrumento público ou particular, devendo constar obrigatoriamente, no mínimo, as especificações abaixo relacionadas:

“e) as condições para o exercício, por parte da arrendatária, do direito de optar, após cumprido o prazo do arrendamento, pela renovação do contrato, pela devolução dos bens ou pela aquisição dos bens arrendados”.

O item *g* e seu inciso 1º, definindo a questão, preceituam:

“g) as despesas e os encargos adicionais que ficarem por conta da arrendatária ou da entidade arrendadora, admitindo-se:

“1º — a obrigação da arrendatária de pagar, no final do prazo de arrendamento, um valor residual garantido, sempre que optar pelo não exercício da opção de compra”.

Finalmente, em seu art. 11, define claramente a Resolução 980/84:

“A operação será considerada de compra e venda à prestação se a opção de compra for exercida antes do término da vigência do contrato de arrendamento”.

Segundo Arnoldo Wald, arrendamento mercantil é o contrato pelo qual determinada empresa:

“(…) desejando utilizar determinado equipamento, ou um certo imóvel, consegue que uma instituição financeira adquira o referido bem, alugando-o ao interessado por prazo certo, admitindo-se que, terminado o prazo locativo, o locatário possa optar entre a devolução do bem, a renovação da locação, ou a compra pelo preço residual fixado no momento inicial do contrato” (RT 415).

Da mesma forma, enfatiza Celso Benjó que o arrendamento mercantil:

“(…) consiste no negócio jurídico bilateral pelo qual uma das partes, necessitando utilizar um determinado bem, procura uma instituição financeira para que promova a compra do mesmo para si e, posteriormente, lhe entregue em locação, mediante uma remuneração periódica, em geral, no seu somatório, superior ao preço da aquisição. Ao final do prazo contratual, via de regra, surgem três opções para o locatário: a de tornar-se proprietário mediante o pagamento de uma quantia, a de renovar a locação por um valor inferior ao primeiro período locativo ou a de devolver a coisa locada” (o *leasing* na sistemática jurídica nacional e internacional, Revista Forense, abril a junho de 1981, pág. 15).

Observa o aplaudido Dejalma de Campos que:

“(…) o que caracteriza a operação de arrendamento que se denomina *leasing* é o seguinte: 1º) forma contratual do tipo complexo (locação de coisas, promessa unilateral de venda e, eventualmente, uma venda); 2º) pagamento periódico pelo arrendatário de quantia prefixada (prestações locativas); 3º) opção de compra no final, por preço residual. Consistente no preço da venda inicial acrescido do custo financeiro, descontadas as prestações locativas já pagas” (ISS Um Aspecto Tributário do *Leasing*, Revista de Direito Tributário 19/20, pág. 334).

Afirma, de modo idêntico, Jorge Pereira Andrade:

“É característica essencial do contrato de *leasing* a oferta unilateral da arrendante à arrendatária de três

opções ao final do contrato, sendo que uma delas obrigatoriamente deverá ser exercida:

“a) comprar o bem por valor residual adremente determinado;

“b) devolver o bem;

“c) renovar o contrato” (Arrendamento Mercantil *Leasing*, in *Contratos Nominados*, coord. por Yussef Said Cahali, São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 216).

Não divergindo, preleciona a brilhante Maria Helena Diniz:

“Infere-se daí que no arrendamento mercantil apresentam-se os seguintes elementos jurídicos essenciais à sua caracterização:

“(…)

“5º. O arrendatário, findo o prazo do arrendamento, tem a tríplice opção de: a) adquirir os bens, no todo ou em parte, por preço menor do que o bem de sua aquisição primitiva convencionando no próprio contrato, levando-se em conta os pagamentos feitos a título de aluguel; b) devolvê-los ao arrendador, ou c) prorrogar o contrato, mediante o pagamento de renda muito menor do que o do primeiro arrendamento (...). É preciso, ainda, não olvidar, que nada impede (Res. n. 980/84, art. 11, e Lei n. 6.099, art. 11, §§ 1º a 3º) o exercício da opção antes do término contratual, mas o contrato deixará de ser *leasing* financeiro, e passará a ser considerado compra e venda à prestação” (Tratado Teórico e Prático dos Contratos, São Paulo, Saraiva, 1993, vol. 2, págs. 358 e 359).

Outro não é o ensinamento do preclaro Tavares Paes, quando diz:

“O *leasing* é um contrato de arrendamento, mas com peculiaridades: o fabricante dos bens fecha o contrato de *leasing* (instituição financeira) e não diretamente com o locatário. É um contrato mediante o qual uma pessoa jurídica que deseja utilizar determinado bem ou equipamento, por determinado lapso de tempo, o faz por intermédio de uma sociedade de financiamento, que adquire o aludido bem e lhe aluga. Terminado o prazo locativo, passa a optar entre a devolução do bem, a renovação da locação, ou a aquisição pelo preço residual fixado inicialmente” (Contratos, RT, 2ª ed., 1993, pág. 15).

Não é, entretanto, o que ocorre nos contratos de *leasing* postos em prática pelas instituições financeiras pátrias.

Na verdade, o valor residual garantido não tem sustentação legal. Não é previsto na Lei n. 6.099/12/9/74 nem na Lei n. 7.132/26/10/83, que alterou a Lei n. 6.099.

Foi criado pela Resolução n. 980/13/12/84, do Bacen, que, no art. 9º, g, I, do seu regulamento, criou, como despesa ou encargo adicional, “a obrigação da arrendatária de pagar, no final do prazo de arrendamento, um valor residual garantido, sempre que optar pelo não exercício da opção de compra”.

Tal disposição foi mantida pela Resolução n. 2.309/28/8/96, *ex vi* do seu art. 7º, VII, letra a, do seu regulamento.

A lei prevê apenas, em sendo assim, o pagamento pelo arrendatário do Valor Residual ao término do contrato, acaso opte por adquirir o bem arrendado.



Os diplomas legais de regência não encartam qualquer previsão acerca do valor residual garantido, a ser pago sempre que não haja a opção, do arrendatário, pela aquisição do bem.

O Valor Residual Garantido resulta, insista-se, de uma previsão decorrente de Resolução, editada a pretexto de regulamentar a lei. Como os regulamentos não podem esbordar o teor da lei regulamentada, obviamente o VRG, na forma como colocado, não se faz válido nem eficaz.

Nessa esteira, Rodolfo de Cargomo Mancuso observa que:

“...O VRG constitui-se em um ônus suplementar carreado ao arrendatário, a latere do pagamento que já constituiria encargo adjeto à opção de compra, não tendo sustentação em texto legal, senão apenas em ordens jurídicas menores (Portaria MF n. 564/78, Resolução Bacen n. 2.309/96, art. 7º, VI)” (*Leasing*, 2ª ed., RT, 1999, pág. 172).

Na seqüência, expressa o mesmo jurista:

“O poder regulamentar, em que pese ser importante e necessário, somente se legitima quando se contém nos seus lindes próprios, que é o de explicitar a norma, atendo-se à extensão e compreensão dela mesma. No caso, se as leis de regência apenas previram um único valor residual pago, cujo momento azado seria o exercício da opção de compra pelo arrendatário, parece claro que jamais o não exercício dessa faculdade poderia ser erigido em causa para um ônus financeiro diverso. Se a norma legal estabeleceu uma *facultas agendi*, um poder de agir — e não uma obrigação — segue-se que o não exercício de uma

faculdade não pode engendrar encargo algum, e é por isso que se encontra em nossa cultura jurídica o aforismo ‘quem exerce direito não causa gravame’. A deliberar pela não aquisição da coisa, ao final do contrato, o arrendatário exerce opção que, em termos de valor jurídico, é equivalente à qual pelo qual poderia ter adquirido a coisa; se, neste último caso, só lhe poderia ser exigido o valor residual prefixado em contrato, não há justificativa para que, na hipótese anterior, lhe seja exigido, como um *plus*, o valor residual garantido. Para mais, o dito VRG, sendo aferível a partir de cálculos e diligências laborados pelo arrendante, aproxima-se de uma condição potestativa, modalidade vedada pelo direito das obrigações: CC, art. 115, 2ª parte e art. 1.125; CDC — Lei n. 8.078/90 — art. 51, X” (ob. cit., págs. 154 e 155).

É esdrúxulo, inconsistente juridicamente, constituindo-se em uma verdadeira aberração legal, que a alguém seja imposta qualquer sanção — e o VRG aí é posicionado como sanção — em razão de exercer um direito que a lei lhe confere, qual seja, o de, ao encerramento do contrato de *leasing*, não optar pela aquisição do bem, devolvendo-o ou renovando o arrendamento.

Na hipótese aqui sob apreciação, o Valor Residual Garantido (VRG), que deveria corresponder ao valor resultante da diferença entre o preço do arrendamento em si e o valor previamente ajustado para o exercício da opção de compra, ao final, pelo arrendatário, é imposto antecipadamente, sendo pago em parcelas mensais conjuntas com o preço da locação em si. Ou seja, o arrendatário paga, em conjunto com o valor da locação, par-



celas destinadas à amortização do valor residual, estando, em verdade, a pagar antecipadamente o preço de aquisição do bem.

Com isso, retira-se do arrendatário as duas outras opções inerentes ao contrato de arrendamento mercantil, quais sejam, a da devolução pura e simples do bem ou a renovação da locação.

E, inexistente essa tríplice faculdade do arrendatário de adquirir o bem, devolvê-lo ou renovar o arrendamento do contrato, convenhamos, não é de *leasing*, travestindo, sob a capa de um contrato de arrendamento, um mero contrato de compra e venda a prazo, com o completo desvirtuamento da lei, uma vez que, ainda que se trate de compra e venda a prazo, contrato esse cuja inadimplência gera para a parte vendedora o direito de, apenas, rescindir o contrato ou cobrar os valores inadimplidos, fica a arrendatária com o direito de reintegrar-se, desde logo, na posse do bem lizado.

Estando a parte arrendatária a pagar parcelas para amortizar o capital juntamente com o valor residual, resta evidente que está ela, na verdade, pagando o preço de aquisição do bem, não se tratando de verdadeiro *leasing*.

Em situações tais, incidente faz-se o art. 11, § 1º, da Lei n. 6.099, de 12/9/74, a cujo teor:

“A aquisição pelo arrendatário de bens arrendados em desacordo com as disposições desta lei, será considerada operação de compra e venda à prestação”.

Da mesma forma, dispõe o art. 10 da Resolução n. 2.309/96, que:

“A operação de arrendamento mercantil será considerada como de compra e venda à prestação se a opção de compra for exercida antes de decorrido o respectivo prazo mínimo estabelecido no art. 8º desse Regulamento”.

Este, por sua vez, fixa, para o contrato de *leasing* financeiro, o prazo mínimo de 24 (vinte e quatro) meses, em se tratando de bens de vida útil igual ou inferior a 5 (cinco) anos ou 36 (trinta e seis) meses bens de maior duração.

Nesse contexto, impondo a arrendante ao arrendatário o pagamento antecipado do Valor Residual Garantido (VRG), valor esse destinado à quitação da compra e venda, prestacionado esse valor, de forma a ser completada a aquisição quando da últimação do pacto de arrendamento, retirada está, pois, do arrendatário a tríplice opção, resultando descaracterizado, inquestionavelmente, o ajuste de arrendamento mercantil.

Logicamente, não há qualquer ilegalidade nisso. Apenas e somente, o pagamento antecipado do VRG, forçando a opção antes do término do contrato de arrendamento, transmuda esse contrato em contrato de compra e venda em prestações.

Com a autoridade que lhe é peculiar, assinala o emérito Arnaldo Rizzardo:

“Percebe-se que nada impede o exercício da opção antes do término do contrato. Mas, uma consequência advirá: o contrato não continuará como de arrendamento mercantil. Passará a considerar-se como de compra e venda à prestação” (*Leasing Arrendamento Mercantil no Direito Brasileiro*, RT, 2ª ed., pág. 77).

Por igual, Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca registra que, para que se tenha como caracterizado o arrendamento mercantil ou *leasing*:

“Do contrato deve constar expressamente a tríplice opção a favor do arrendatário: adquirir o bem, renovar o contrato ou devolver o bem.

“Tal opção deve ser exercida apenas por ocasião do término do contrato sob pena de a operação vir a ser considerada como compra e venda à prestação” (O Contrato de *Leasing* — *in* Novos Contratos Empresariais, Carlos Alberto Bittar (coordenador), São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1990, pág. 106).

Da mesma forma, ressalta o Professor J. A. Penalva Santos:

“...com boa razão, no parágrafo único do art. 10, a Resolução (n. 351/75) capitulou que o exercício da opção, em desacordo com o disposto no *caput* do artigo, ou seja, antes do término da vigência do contrato (*recitius*: da opção) será considerado como de compra e venda à prestação. A *ratio* de tal dispositivo tem por finalidade evitar a prática de expediente como uma simples compra e venda mascarada de arrendamento mercantil” (*Leasing*, Revista Forense, abril/março/junho de 1975, pág. 48).

Em idêntico diapasão, preleciona Orlando Gomes:

“O elemento essencial de caracterização do *leasing* é a faculdade reservada ao arrendatário de adquirir, no fim do contrato, os bens que alugou. Se não existe, o contrato não é o de *leasing*” (Contratos, n. 391, Ed. Forense, 1993, pág. 524).

Guardando consonância com esses abalizados pronunciamentos, registre-se da jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça as seguintes manifestações:

“A opção de compra com o pagamento do valor residual ao final do contrato é uma característica essencial do *leasing* financeiro. Com esse entendimento, a Turma, prosseguindo o julgamento, por maioria de votos, entendeu que a cobrança antecipada do valor residual, embutida na prestação mensal, desfigura o contrato, transformando-o em compra e venda a prazo” (REsp n. 178.272/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 18/3/99).

“*Leasing*. Financeiro. Valor residual. Pagamento antecipado. TR. Juros. Limite.

— A opção de compra, com o pagamento do valor residual ao final, é uma característica essencial do contrato de *leasing*. A cobrança antecipada dessa parcela, embutida na prestação mensal, desfigura o contrato, que passa a ser de compra e venda a prazo (art. 5º, c, combinado com o art. 11, § 1º, da Lei n. 6.099, de 12/9/74, alterada pela Lei n. 7.132, de 26/10/83), com desaparecimento da causa do contrato e prejuízo do arrendatário.

— Aplicação da Súmula 596/STF para a limitação da taxa de juros em operações das instituições financeiras.

— Matéria não prequestionada sobre a Lei n. 9.069/95 (TR).

— Recurso conhecido em parte (Súmula 596/STF) e nessa parte provido” (REsp n. 181.095/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 18/3/99, pág. 172).

“*Leasing* financeiro. Valor residual. Cobrança antecipada. Desconfiguração do contrato de arrendamento mercantil. Juros. Súmula 596/STF.

“1. A opção de compra, com o pagamento do valor residual ao final do contrato, é uma característica especial do *leasing*. A cobrança antecipada dessa parcela, embutida na prestação mensal, desfigura o contrato que passa a ser uma compra e venda a prazo (art. 5º, c, combinado com o art. 11, § 1º, da Lei n. 6.099, de 12/9/74, alterada pela Lei n. 7.132, de 26/10/83), com o desaparecimento da causa do contrato e prejuízo ao arrendatário.

“2. (...)” (REsp n. 192.079/RS, DJU de 9/8/99).

“Civil. Arrendamento mercantil. *Leasing* financeiro. Ação de reintegração de posse ajuizada pelo arrendante. Descaracterização do contrato pelo pagamento antecipado do Valor Residual Garantido. Compra e venda a prestações. Art. 11, § 1º, da lei n. 6.099/74. Impossibilidade jurídica do pedido de reintegração.

“I — A antecipação do VRG ou o adiantamento ‘da parcela paga a título de preço de aquisição’ faz influir sobre o contrato o disposto no § 1º do art. 11 da Lei 6.099/74, operando de mudança, *ope legis*, no contrato de arrendamento mercantil para uma operação comum de compra e venda à prestação. Há o desaparecimento da figura da promessa unilateral de venda e da respectiva opção, porque imposta a obrigação de compra desde o início da execução do contrato ao arrendatário.

“II — A ausência de justa causa para expedição de mandado de reintegração de posse é a abusividade da

cláusula — e que pode ser objeto de controle judicial *ex officio* — que faculta a opção da aquisição do bem ‘tendo a arrendatária cumprido todas as suas obrigações’, se o valor residual — com valor e vencimento já discriminados no frontispício do contrato padrão —, é exigido desde o início da sua execução, e não só no momento da opção. Se esta opção é predefinida pelas partes, pelo pagamento antecipado e continuado do VRG, não há mais que se falar em tríplice opção (adquirir os bens mediante o pagamento do Valor Residual corrigido; renovar o arrendamento pelo prazo e condições que as partes ajustarem, tendo como base o Valor Residual corrigido; restituir os bens à arrendante com o pagamento do Valor Residual corrigido)” (REsp n. 194.160/RS, 3ª Turma, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, rel. para o acórdão, Min. Nancy Andrighi, j. 14/11/2000).

“*Leasing* financeiro. Valor residual. Pagamento antecipado. Juros. Limite.

“— A opção de compra, com o pagamento do valor residual ao final, é uma característica essencial do contrato de *leasing*. A cobrança antecipada dessa parcela, embutida na prestação mensal, desfigura o contrato, que passa a ser uma compra e venda a prazo (art. 5º, c, combinado com o art. 11, § 1º, da Lei n. 6.099, de 12/9/74, alterada pela Lei n. 7.132, de 26/10/83), com desaparecimento da causa do contrato.

“— Recurso conhecido em parte e nessa parte provido” (REsp n. 218.041/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 25/10/99, pág. 91).

“Direito comercial — Agravo no recurso especial — Ação de consignação em pagamento — Contrato de arrendamento mercantil (*leasing*) — Valor residual de garantia (VRG) — Exigência adiantada — Descaracterização.

“A antecipação do VRG ou o adiantamento ‘da parcela paga a título de aquisição’ faz influir sobre o contrato o disposto no § 1º do art. 11 da Lei n. 6.099/74, operando demodificação, *ope legis*, no contrato de arrendamento mercantil para uma operação comum de compra e venda à prestação. Há o desaparecimento da figura da promessa unilateral de venda e da respectiva opção, porque imposta a obrigação de compra desde o início da execução do contrato ao arrendatário” (AGREsp n. 214.833/RS, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19/2/2001).

“*Leasing financeiro*. Valor residual. Compra e venda.

“A cobrança antecipada do valor residual desfigura o contrato de *leasing*” (REsp n. 205.504/RS, DJU de 28/7/99).

Enveredando pela mesma linha de entendimento, assim tem dito este Sodalício:

“O valor residual garantido representa o exercício da opção de compra e venda do bem arrendado no término do prazo contratual, devendo ser exigido somente nesta ocasião.

“O seu pagamento instantâneo ou progressivo descaracteriza o contrato para uma compra e venda a prazo, não existindo razão para que seja considerado como uma garantia à instituição financeira arrendante caso o arrendatário opte pela não aquisição do bem no término do contrato” (Ap.

Cív. n. 98.015941-5, de Gaspar, rel. Des. Silveira Lenzi).

“Arrendamento mercantil. Valor residual. Cobrança antecipada. Conseqüências.

“Findo o prazo do contrato de arrendamento, apresentam-se ao arrendante três opções: adquirir o bem, devolvê-lo, ou renovar o pacto. A oferta unilateral desta tríplice opção constitui característica essencial deste tipo de avença.

“Em sendo assim, a cobrança antecipada do valor residual descaracteriza o *leasing*, considerando-se que o contratante está, na verdade, pagando o preço de aquisição do bem parceladamente.

“Disso decorre a sua transmutação em contrato de compra e venda a prazo, sendo incabível o uso da ação de reintegração de posse” (Ap. Cív. n. 99.007656-3, de Piçarras, rel. Des. Vanderlei Romer).

“Arrendamento mercantil. Reintegração de posse. Cobrança do valor residual juntamente com as prestações. Inadmissibilidade. Descaracterização do contrato. Precedentes. Apelo desprovido.

“Segundo recente e firme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (...) a antecipação do pagamento do Valor Residual Garantido descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, este passando a configurar mera compra e venda a prazo, não mais prevalecendo as regras do *leasing*’ (Al n. 00.004585-3, de Criciúma, rel. Des. Nilton Macedo Machado)” (Ap. Cív. n. 00.018451-9, de Quilombo, rel. Des. Sérgio Paladino).

Ademais, diga-se, que a eliminação da opção pelo arrendatário equivale à imposição a ele da obrigação de aquisição do bem lisado, sem qualquer outra alternativa.

O insigne Min. José Augusto Delgado, ao considerar a hipótese de ser imposta ao arrendatário a obrigação de aquisição, com eliminação da opção, assim se pronunciou:

“Tenho a cláusula que impõe obrigatoriedade do exercício de tal manifestação (compra) como leonina. Não se pode deixar de considerar que essa opção deve ser entendida como em harmonia com os interesses negociais do arrendatário, inclusive de suas condições financeiras. A imposição do arrendador viola o princípio da livre manifestação e o da razoabilidade negocial” (*Leasing: Doutrina e Jurisprudência*, Juruá, 1997, pág. 128).

Certo se faz que a já citada Resolução n. 2.309/96, em seu art. 7º, VII, a, prevê a possibilidade de o arrendatário pagar o Valor Residual Garantido em qualquer momento durante a vigência do contrato, sem que esse pagamento caracterize o exercício da opção de compra, com o que poderia parecer, à primeira vista, que a cobrança antecipada do VRG, em qualquer hipótese, não implicaria no exercício dessa opção antes do término do contrato e, pois, não estaria a descaracterizar o ajuste de *leasing*. Isso, entretanto, desde que esse pagamento decorra, não de imposição contratual, mas de opção única e exclusiva do próprio arrendatário, dentro de uma manifestação de vontade livremente exercitada.

Ademais, uma mera resolução não pode, a pretexto de regulamentar

a lei, antagonizar-se com esta, desdizendo o que nela está expressamente consignado. São coisas de Brasil!!!

Manifestando-se a respeito, o preclaro Des. Irineu Mariani, ilustre integrante do colendo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ensina:

“Cobrança antecipada e descaracterização do *leasing*.”

“Admitamos, no entanto, para argumentar, se já legal a cláusula que institui garantido o VR. Surge, então, o problema da cobrança antecipada, modo instantâneo (à vista) ou modo progressivo (parceladamente), e da descaracterização do *leasing*, visto que em teor a operação fica idêntica à compra e venda mercantil à prestação, tal como diz o § 1º ao art. 11 da Lei. Aliás, nem precisava dizer, pois as coisas em Direito se definem pelo conteúdo, e não pelos nomes ou emblemas.

“O adiantamento do VR sem descaracterizar o *leasing* também não está na lei. Assim como a garantia, passou a ser objeto de referência nos regulamentos.

“A Portaria n. 140, de 27/7/1984, do MF, portanto anterior ao antigo Regulamento, aprovado pela Res. n. 980/84, do Bacen, e logicamente aplicável no âmbito fiscal, apenas dispunha que as parcelas de antecipação do Valor Residual Garantido ou do pagamento por opção de compra são tratados como passivo do arrendador e ativo do arrendatário, não sendo computável na determinação do lucro real. Possibilitava a cobrança antecipada. Isso desapareceu com o antigo regulamento, uma vez que falava em VRG, mas pago apenas no final do prazo de arrendamento.

“O novo regulamento, aprovada pela Res. n. 2.309, de 28/8/1996, do Bacen, fez constar no art. 7º, VII, a, a previsão de a arrendatária pagar o Valor Residual Garantido em qualquer momento durante a vigência do contrato, não caracterizando o pagamento do valor residual, garantido o exercício da opção de compra.

“Não diz que pode ser cobrado de modo instantâneo ou progressivo, como vêm sustentando os defensores da não descaracterização, e sendo pactuado nos contratos, cujo caráter adesivo impõe o adiantamento. É possível tão-só a previsão como faculdade do arrendatário. Poderá, este, quando entender conveniente, antecipar o pagamento, sem que isso caracterize opção de compra. Essa conveniência pode ocorrer quando for eleito o VR de mercado. Exemplo: uma greve nas montadoras de veículos paralisa o setor durante diversos meses. O aquecimento no comércio dos usados é efeito natural, elevando o preço. Nessa moldura, convém ao arrendatário, máxime se o contrato estiver na fase final, pagar o preço de mercado *sic stantibus*, antes que os efeitos se façam sentir. Em suma, é uma regra que traduz proteção aos interesses do arrendatário, e não imposição da vontade da arrendadora.

“A única chance de vermos na lei a possibilidade de o VR ser antecipado estaria no § 2º do art. 11, mas não é possível. Diz o art. 11: ‘Serão consideradas como custo ou despesa operacional da pessoa jurídica arrendatária as contraprestações pagas ou creditadas por força do contrato de arrendamento mercantil. § 1º. A aquisição pelo arrendatário de bens arrendados em desacordo com as

disposições desta Lei será considerada operação de compra e venda à prestação. § 2º. O preço de compra e venda, no caso do parágrafo anterior, será o total das contraprestações pagas durante a vigência do arrendamento, acrescido da parcela paga a título de preço de aquisição’.

“Começa que o § 2º se refere à situação do § 1º, ou seja, aquisição em desacordo com a lei. Mas poder-se-ia pensar que a expressão parcela paga a título de preço de aquisição significa também parcela do valor residual, como quantia do preço de aquisição. Porém, embora haja certa ambigüidade do texto, não é essa a compreensão aceitável, e por duas razões. Pela primeira, se parcela paga do preço de aquisição se refere a valor da contraprestação, o sentido é restrito à sua parte fixa, *rectius*, soma das quotas de depreciação, conforme exposto no item 3. Pela segunda, evidencia-se que, em face do desvirtuamento da operação de *leasing* para a qual (operação) há vantagens tributárias, a lei não apenas as exclui, como ainda aumenta a base de cálculo: total das contraprestações pagas, mais aquilo que a arrendadora tiver pago a título de preço de aquisição. De outro modo: parcela paga a título de preço de aquisição nada tem a ver com valor residual, mas com o preço de aquisição a que se refere o art. 12, ou seja, o preço de compra pela arrendadora.

“Por fim, sustenta-se que a antecipação do VR tem apenas caráter de caução, decorrente do fato de que é um valor garantido, e que por isso não significa opção de compra. Ora, o VR não é garantido. Se não é garantido, descabe falar em caução. E



seja qual for o *nomen juris* dado — caução ou qualquer outro —, na prática, deturpa, desnatura o instituto do *leasing*, pois exige que o arrendatário desembolse desde logo os valores, tal qual na compra e venda mercantil à prestação. E aí, se o § 1º do art. 11 da Lei não for suficiente, vale repetir a parêmia de que em Direito as coisas se definem pelo conteúdo, e não pelos títulos ou emblemas” (RT 756/83).

Outrossim, não assiste razão à corrente doutrinária e jurisprudencial que afirma ter o Valor Residual Garantido caráter de caução, nada mais representando do que uma garantia para a instituição financeira arrendante na hipótese de o arrendatário, ao término do contrato, não optar pela compra do bem.

Ora, a opção de aquisição do bem é uma faculdade do arrendatário, constituindo-se, mesmo, em pressuposto do contrato de arrendamento mercantil; e o valor residual somente deve ser pago no caso de ele optar pela compra do bem arrendado. A lei é clara nesse sentido, sendo que resoluções dizendo o contrário não têm qualquer eficácia, posto não terem elas legitimidade para disporem de forma diversa e além do que a própria lei permite. Aliás, seria uma verdadeira excrescência jurídica a admissibilidade de que o arrendatário tivesse que prestar qualquer garantia à arrendante pelo exercício de um direito que lhe é conferido pela própria lei: a de não opção, ao término da celebração contratual, pela aquisição do bem arrendado.

Como com total propriedade assinala o já citado Des. Irineu Mariani:

“O VR não é garantido. Se não é garantido descabe falar em caução. E seja qual for o *nomen juris* dado — caução ou qualquer outro —, na prática deturpa, desnatura o instituto do *leasing*, pois exige que o arrendatário desembolse desde logo os valores tal qual na compra e venda mercantil à prestação. E aí, se o § 1º do art. 11 da Lei não for suficiente, vale repetir a parêmia de que em Direito as coisas se definem pelo conteúdo, e não pelos títulos ou emblemas” (*op. cit.*, pág. 84).

Colhe-se do texto do acórdão proferido pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 178.272/RS, do qual foi relator o eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, o ensinamento a seguir:

“Além das razões de ordem fiscal que levaram o legislador a manter a opção de compra, com o pagamento do valor residual como uma das características do contrato de *leasing* operacional, existem outras duas a considerar: a) o negócio de *leasing* fica sem causa, isto é, desaparece a razão do negócio se o arrendatário paga integralmente o preço do bem no curso da execução do contrato, uma vez que a finalidade básica do *leasing* financeiro é ‘sempre o financiamento de investimentos produtivos’ (Fábio Konder Comparato, Contrato de *Leasing*, Forense, 250/10) e não a compra e venda, sendo que a existência de uma promessa unilateral de venda por parte da instituição financeira serve para diferenciá-lo da locação e da compra e venda a crédito; b) o arrendatário perde com a inclusão da pres-



tação mensal da parcela correspondente ao valor residual, pois desembolsa antecipadamente aquilo que pagaria apenas no caso de exercer uma das três opções que a lei lhe reserva, ao final do contrato. E isso lhe pode ser ainda mais prejudicial se considerarmos que tal parcela serve para compor o valor da prestação mensal, sobre a qual incidirão juros e outros acréscimos. E a inadimplência, que resulta do não-pagamento da prestação mensal assim composta, terá graves reflexos na economia do contrato, com possibilidade de perda da posse do bem, embora uma parte do valor não pago constitua cobrança antecipada do que somente seria exigível a final. Uma consequência dessa cobrança antecipada é que se elimina a opção de compra, pois é a única alternativa que restou a quem já pagou antecipadamente o preço”.

Adite-se a isso que a simples rotulação do contrato firmado entre os litigantes como sendo de arrendamento mercantil é absolutamente irrelevante, quando ressalta tratar-se, na realidade, de um contrato de compra e venda a prestações.

Isso porquanto, nos termos do art. 85 do Código Civil:

“Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”.

E, descaracterizado o contrato de arrendamento mercantil, não há falar, na hipótese de inadimplência do arrendatário, na configuração de esbulho, eis que, tratando-se de mero contrato de compra e venda a prazo, esse inadimplemento acarreta a possibilidade de rescisão do contrato, pelas vias processuais adequadas; e so-

mente então, uma vez rescindido judicialmente o contrato, é que nascerá o direito da arrendante à sua reintegração na posse do bem.

Inexistente essa ação específica de rescisão, carecedora da ação de reintegração de posse é a companhia de *leasing*.

Ora, a ação de reintegração de posse, ação essa de procedimento especial, tem como desiderato exclusivo a proteção da posse como pura situação de fato, pelo que, à parte que busca a proteção interdita, por meio de uma das ações específicas previstas na Codificação Processual Civil, impõe-se a ostentação, como requisito indiscutível à possibilidade jurídica do pedido que deduz, da condição de possuidor. Não contando ela como posse direta ou indireta sobre o bem objeto do pleito possessório, a utilização deste mostra-se inviável.

Como exposto antecedentemente, a partir do momento em que há a cobrança antecipada do Valor Residual Garantido, o contrato de arrendamento mercantil resulta descaracterizado, passando a tratar-se de um mero contrato de compra e venda em prestações, não mais subsistindo para a financeira arrendante nem sequer a condição de possuidor indireto, inexistindo, pois, a impossibilidade da utilização do veículo possessório de reintegração.

O que subsiste, para a arrendadora, isso sim, é exclusivamente o direito de proprietária, direito esse para cuja tutela é inadequada a via possessória.

Destarte, se nem sequer conta a arrendante com a posse indireta do bem contratado, não há, sob a ótica

do binômio necessidade/utilidade, interesse processual em vir a Juízo requerer a almejada tutela possessória, o que conduz à extinção do feito, com aplicação do art. 267, inciso VI, do Digesto Procedimental Civil.

Na mesma linha de entendimento, tem dito esta Corte:

“*Leasing*. Ação de reintegração de posse. Cobrança antecipada do valor residual. Descaracterização do arrendamento. Recurso desprovido.

“A cobrança antecipada do VRG (Valor Residual Garantido) nos contratos de *leasing* o desnatura, posto que ao fim da avença não resta ao arrendatário outra opção senão receber o bem pelo qual já pagou seu valor integral” (Ap. Cív. n. 99.013694-9, da Capital, rel. Des. Anselmo Cerello).

“*Leasing*. Cobrança antecipada do valor residual. Descaracterização do arrendamento. Recurso desprovido.

“O pagamento antecipado do Valor Residual Garantido (VRG) em contratos de arrendamento mercantil (*leasing*), desnatura o próprio instituto, uma vez que, ao final do pacto, outra alternativa não resta ao arrendatário senão a de receber o bem pelo qual já pagou seu valor integral” (Ap. Cív. n. 99.013431-8, da Capital, rel. Des. Anselmo Cerello).

“*Leasing*. VRG. Antecipação. Simulação reconhecida. Contrato de compra e venda. Caracterização. Ação de reintegração de posse. Carência de ação.

“A exigência e a aceitação da antecipação do pagamento do VRG caracteriza o exercício da opção de compra do bem. Por isto, o contrato passa a ser de compra e venda a pra-

zo, incidindo o regramento peculiar a este tipo de avença.

“Descaracterizado o contrato de arrendamento mercantil, descabida é a utilização da ação de reintegração de posse, pois ao alienante não restou sequer a posse indireta do bem. Conseqüentemente, ausente o interesse de agir na modalidade adequação, o que leva à extinção do feito com base no inciso VI, do art. 267, do CPC” (Ap. Cív. n. 99.019373-0, de La- ges, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Mais recentemente, assim pronunciou-se a egrégia Quarta Câmara Civil deste Tribunal, por acórdão da lavra do brilhante Des. Pedro Manoel Abreu:

“Reintegração de posse. Contrato de *leasing*. Valor Residual Garantido. Diluição nas prestações. Descaracterização do contrato. Compra e venda em prestações. Indeferimento da inicial. Possibilidade.

“É 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).

“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’ (15ª cláusula abusiva Portaria n. 3 da Secretaria de Direito Econômico).

“Descaracterizado o contrato de arrendamento mercantil, descabi-

da 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)” (AI n. 00.007054-8, de Balneário Camboriú).

E:

“Reintegração de posse. Arrendamento mercantil. Cobrança antecipada do Valor Residual Garantido. Desvirtuamento daquele contrato em compra e venda a prazo. Pagamento, ademais, das prestações em atraso, com a efetiva sustação do protesto das notas promissórias às mesmas vinculadas. Mora não caracterizada. Decisão deferitória da liminar reformada. Agravo provido.

“No contrato de arrendamento mercantil, devem ser preservadas algumas características essenciais, sem as quais perde a natureza de *leasing*, como: a) aquisição do bem, a final, pelo pagamento do valor residual adredeamente determinado; b) devolução do bem, ou c) renovação do contrato.

“Outra alternativa não resta à arrendatária ao final do contrato, se não, após pago o preço integralmente com a soma das prestações de locativos mais Valor Residual Garantido — VRG, receber o objeto pelo qual já fizera a opção pela compra.

“Se as principais características do contrato de arrendamento mercantil são a opção de compra ao final do pacto ou a devolução do bem, transfigura-se o contrato para compra e venda à prestação, diante dos pagamentos

antecipados pela arrendatária, dos valores do VRG, cumulados com as contraprestações locativas do bem.

“O Estado em tema de contratos deve interferir para assegurar a ordem pública e a igualdade dos contratantes, tendo em vista o equilíbrio social. (Apelação Cível n. 98.005629-2, de Itajaí, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. em 18/11/99)” (AI n. 99.007330-0, de São José, rel. Des. Gaspar Rubik).

Ou:

“Reintegração de posse. Arrendamento mercantil. Valor Residual Garantido. Cobrança antecipada, concomitante às prestações locativas. Descaracterização do contrato para compra e venda a prazo. Reconhecimento de ofício. Publicização do contrato. Descabimento do interdito possessório. Carência de ação. Ausência do interesse de agir na modalidade adequação. Extinção do processo.

“A cobrança antecipada do VRG desfigura o contrato de *leasing*, transmudando-o em uma compra e venda a prazo, uma vez que, ao arrendatário, não resta alternativa ao final do contrato senão a aquisição do bem.

“A descaracterização do contrato de arrendamento mercantil pode ser feita de ofício pelo órgão julgador, consoante a teoria da função social do contrato, proclamada pela doutrina e jurisprudência modernas, permitindo ao Estado a intervenção naquele para assegurar a ordem pública através da igualdade entre os contratantes.

“Uma vez reconhecido o desvirtuamento do contrato de *leasing* para uma compra e venda a prazo, inadequado é o ajuizamento da ação de re-

integração de posse pelo arrendante para reaver o bem. Faltando-lhe a posse da coisa, ausente está um dos requisitos para o manejo do interdito, impondo-se a extinção do feito sem julgamento do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC, por falta de interesse de agir na modalidade adequação” (Ap. Cív. n. 96.007266-7, de Taíó, rel. Des. Alcides Aguiar, DJSC de 19/3/2001).

No mesmo diapasão, registramos no acórdão referente ao julgamento da Apelação Cível n. 99.019645-3, da comarca de Lages:

“Arrendamento mercantil. Inadimplimento. Valor Residual Garantido. Cobrança antecipada. Descaracterização do contrato de *leasing*. Transmutação em contrato de compra e venda a prazo. Proteção possessória. Inviabilidade. Carência. Extinção do feito. *Decisum* incensurável. Insurgência recursal desacolhida.

“Os contratos de *leasing* ou arrendamento mercantil têm, como característica básica e essencial à sua própria conformação jurídica, a possibilidade pela arrendante, ao arrendatário, do exercício, ao término do período contratual, de uma das seguintes opções: a aquisição do bem pelo valor residual previamente estabelecido, a sua devolução ou a renovação do ajuste. Não ensejada ao arrendatário nenhuma dessas opções, as quais somente poderiam ser exercidas ao término do contrato, frustradas elas *ab initio*, pela cobrança antecipada e progressiva do Valor Residual Garantido, diluídos esses valores nas parcelas mensais, a operação ajustada não é de arrendamento mercantil, mas sim de compra e

venda à prestação. É o que resulta da dicção do art. 11, § 1º, da Lei n. 6.099, de 12/9/74, bem como do art. 10 da Resolução n. 2.309/96.

“Operada essa descaracterização, a inadimplência do contrato rende ensejo ao uso, pela arrendante, dos meios processuais próprios para a cobrança de seus haveres ou para a resolução do ajuste; não tem ela, entretanto, direito a ser reintegrada na posse do bem contratado, direito esse do qual é ela carecedora”.

Em outros precedentes, tornamos a acentuar, no mesmo sentido:

“Arrendamento mercantil — Interdito de reintegração — Posse mantida com a arrendadora — Antecipação do Valor Residual Garantido — Desnaturação do contrato — Transformação em compra e venda — Inadequação da medida judicial intentada — Carência — Extinção, de ofício, da ação possessória.

“É da essência do arrendamento mercantil a oferta unilateral, da arrendante à arrendatária, ao término do contrato, de uma tríplice opção, uma das quais deverá ser, obrigatoriamente, exercida: a) a aquisição do bem por valor residual adredeamente estabelecido; b) a devolução do bem; c) a renovação do contrato. Impondo a arrendante à arrendatária, já de início, a antecipação do Valor Residual Garantido, seja de uma só vez, seja parceladamente em conjunto com as prestações mensais do arrendamento, erradica ela da própria relação contratual a possibilidade da opção do arrendatário por uma dessas opções, pois já lhe retirou a companhia de *leasing* qualquer possibilidade de devolução do bem ou de renovação do ajuste

de arrendamento. Com essa imposição, descaracterizado resulta o contrato de arrendamento mercantil, que vê-se transformando em mero contrato de compra e venda a prazo.

“É de se frisar, ademais, que a cláusula que impõe a antecipação do VRG, impondo automaticamente a obrigatoriedade antecipada do exercício da opção pela aquisição do bem, é cláusula acentuadamente leonina, vulnerando os princípios da livre manifestação e da razoabilidade negocial.

“Transformado o contrato de *leasing* em contrato de compra e venda, descabido faz-se o uso, pela arrendante, do interdito de reintegração de posse, posto que, na compra e venda a prazo, posse alguma resta à alienante, sequer a indireta. E não se pode reintegrar alguém numa posse que jamais deteve ele. Nesse contexto, a utilização, pela arrendante, do feito possessório mostra-se inadequado, pois, faltante a posse e não configurado o esbulho, integrados não se fazem os pressupostos legais, consubstanciando-se, então, a falta de interesse de agir, na modalidade adequada, autorizando a extinção do feito possessório sem julgamento do mérito, como previsto no art. 267, VI, do CPC. Essa extinção pode e deve ser decretada de ofício, uma vez que ao Estado cabe, em tema contratual, interferir nas relações privadas para assegurar a igualdade jurídica dos contraentes, com vistas à manutenção do equilíbrio social” (AI n. 2000.021827-8, de Itajaí).

“Execução. Arrendamento mercantil. Saldo devedor. Penhora. Agravo de instrumento provido. Descaracterização, de ofício, do contrato de

*leasing*. Compra e venda em prestações. *Quantum debeatur*. Revisão.

“A recusa, pelo credor, de bem nomeado à penhora pelo executado se justifica quando, estando ele em condomínio e sendo de difícil comercialização, outros existem melhores localizados e sem os percalços da comunhão.

“O contrato de arrendamento mercantil resulta descaracterizado quando a arrendante, ao impor ao devedor o pagamento parcelado do Valor Residual Garantido, retira-lhe a opção de devolver o bem ou renovar o contrato ao término do prazo ajustado. O contrato, em tal hipótese, transforma-se em mero contrato de compra e venda em prestações, correspondendo as parcelas do financiamento ao resultante do preço do bem, acrescido de juros de 6% ao ano e de correção monetária pelos índices oficiais, dividido pelo número de meses que integram o período convencionado” (AI n. 2000.011931-8, de Sombrio).

“Agravo de instrumento — Arrendamento mercantil — Reintegração de posse — Liminar-concessão — Cobrança antecipada, entretanto, do Valor Residual Garantido — Transformação do contrato em compra e venda em prestações — Ação possessória incabível — Reclamo recursal acolhido — Extinção, de ofício, do pleito possessório.

“A opção de compra, com o pagamento do valor residual ao término do contrato, é característica fundamental do *leasing* financeiro, pelo que a antecipação do pagamento desse valor residual, com a sua diluição nas parcelas mensais, deturpando e desnaturalizando o contrato, transforman-

do-o em compra e venda em prestações. E, uma vez operada a transmutação do contrato de arrendamento mercantil, inviabilizada resulta a ação de reintegração de posse, porquanto à arrendante nem sequer restou a posse indireta do bem lisado, impondo-se extinto o pleito possessório, por ausência do interesse de agir na modalidade adequação” (AI n. 2001.003928-1, de São José).

No mesmo norte, disse o egrégio Tribunal de Justiça de Goiás:

“*Leasing*. Valor Residual Garantido antecipado. Descaracterização para compra e venda. 1 — O valor residual instituído pela Resolução n. 2.309 deve representar quantia mínima, estabelecida a título de segurança para o arrendador. 2 — Se o Valor Residual Garantido, representando o valor estipulado para opção de compra, vier diluído nas prestações, opera-se a descaracterização do pacto, tornando-se verdadeira compra e venda, afastando, desta forma, a reintegração de posse. Agravo conhecido e improvido” (AI n. 15.045-6/180, rel. Des. Castro Filho, j. 6/4/99).

Enveredando pela mesma tripla de entendimento, assim se pronunciava o extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul:

“A retirada da opção de compra do contrato, substituindo-a pelo pagamento do resíduo antecipadamente junto com as contraprestações, descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, tornando-o uma compra e venda a prestações ou mútuo. A opção de compra é requisito do contrato, conforme letra c do art. 5º da Lei n. 6.099/74.

“Deixando de ser arrendamento mercantil deixa de existir contrato de depósito entre as partes.

“Não havendo esbulho possessório não pode haver reintegração de posse” (AI n. 196148571, rel. Juiz Gaspar Marques Batista, j. em 27/11/96).

“*Leasing*. VRG pago juntamente com o valor da locação. Compra e venda. Lei n. 6.099/74. Res. n. 980/84 (art. 11). Não é cabível ação de reintegração de posse. Em contrato de arrendamento mercantil, onde o Valor Residual Garantido é pago mensalmente, juntamente com as prestações da locação, a operação transforma-se em compra e venda, não sendo cabível reintegração de posse” (Ap. Cív. n. 196196778, rel. Juiz Rubem Duarte, j. 5/12/96).

“Arrendamento mercantil. Ação de reintegração de posse. Descabimento.

“Não cabe ação de reintegração de posse se a retirada da opção de compra do contrato, substituída pelo pagamento do resíduo periodicamente junto com as contraprestações, descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, tornando-o um contrato atípico propriamente dito, muito semelhante a uma compra e venda a prestações ou a um mútuo. A opção de compra é requisito do contrato, conforme letra c do artigo 5º da Lei n. 6.099/74” (Ap. Cív. n. 196212963, rel. Juiz Gaspar Marques Batista, j. em 14/5/97).

“A cobrança antecipada do VRG configura a opção de compra, descaracterizando o contrato, que passa a ser de compra e venda a prazo. Inviável, nessas condições, a rein-



tegratória de posse, por ausentes os requisitos do art. 927 do CPC. Apelo improvido” (Ap. Cív. n. 197145105, rel. Juiz Ulderico Cecatto, j. em 2/10/97).

“Ação de revisão contratual. Arrendamento mercantil.

“Se, junto com as prestações do arrendamento do veículo, o arrendatário também passa a pagar o valor residual, resta descaracterizado o contrato de arrendamento mercantil, constituindo-se em operação de compra e venda à prestação...” (TARGS 103/149).

“Contrato. Ação de revisão. Pagamento do valor residual junto com as prestações. Contrato de arrendamento mercantil. Descaracterização...

“Se, junto com as prestações do arrendamento do veículo, o arrendatário também passa a pagar o valor residual, resta descaracterizado o contrato de arrendamento mercantil, constituindo-se em operação de compra e venda à prestação” (TARS, 2º Grupo Cível, EI n. 196102743, rel. Juiz Léo Lima, JTARS 103/149-157).

“Arrendamento mercantil. Ação de reintegração de posse. Liminar.

“A retirada da opção de compra do contrato substituindo-a pelo pagamento do resíduo antecipadamente junto com as contraprestações descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, tornando-a uma compra e venda à prestação ou mútuo. A opção de compra é requisito do contrato, conforme letra c do art. 5º da Lei n. 6.099/74.

“Deixando de ser arrendamento mercantil, deixa de existir contrato de depósito entre as partes.

“Não havendo esbulho possessório não pode haver reintegração de posse.

“Decisão atacada desconstituída.

“Agravo provido” (3ª Câm. Cív., Agravo de Instrumento n. 196148571).

“Agravo de instrumento. Contrato de *leasing*. Descaracterização. Impedimento de reintegração de posse. Descaracterizado o contrato de arrendamento mercantil por cláusula típica de mútuo ou promessa de compra e venda, como a de vencimento antecipado do contrato ou a antecipação total ou parcial do residual, que faz o arrendatário proprietário, impossível a reintegração de posse do bem. Recurso improvido” (AGI n. 196048029, de Caxias do Sul, rel. Juiz Adalberto Medeiros Fernandes, j. 7/5/96).

“Arrendamento mercantil — Contrato atípico.

“Previsto o pagamento do valor residual em parcelas, juntamente com as contraprestações, descaracteriza-se o contrato de arrendamento mercantil pelo desaparecimento da opção de compra, tornando-se contrato atípico propriamente dito. Assim, aplicam-se as regras do mútuo, em face da teoria da aplicação analógica, incidindo o § 3º do art. 192 da Constituição Federal, não podendo o financiador usufruir lucro superior a 12% ao ano, por ser usurário tal procedimento. Apelação parcialmente provida” (Ap. Cív. n. 196.152.029, de Porto Alegre, 3ª Câm. Cív. rel. Juiz Gaspar Marques Batista).

Da fundamentação do acórdão por último transcrito, colhe-se:



“O arrendamento mercantil é um contrato típico, cujos contornos foram dados pela Lei n. 6.099/74. No art. 5º, letra c, da referida lei, diz que os contratos conterão opção de compra ou renovação de contrato, como faculdade do arrendatário. No § 5º, do art. 16, diz que poderão ser autorizados contratos sem opção de compra, quando celebrados com entidades domiciliadas no exterior.

“Dessas disposições, deduz-se que deixa de ser contrato típico de arrendamento mercantil, o pacto a que faltar a opção de compra, isto é, se a compra e venda já tiver se operando desde a formação do contrato.

“Jorge Pereira Andrade diz que é característica essencial do contrato de *leasing*, a oferta unilateral da arrendante à arrendatária de três opções ao final do contrato, sendo que uma delas deve obrigatoriamente ser exercida: a) comprar o bem por valor residual adremente determinado; b) devolver o bem; c) renovar o contrato.

“O contrato que se encontra às fls. 41 e segs. não é arrendamento mercantil, portanto, não é típico, eis que não contempla as três opções que caracterizam o *leasing*. Pelo contrato em questão, o valor residual já vai sendo pago ao longo do cumprimento do contrato, desaparecendo as demais opções. Não há obrigatoriedade de optar pela aquisição do bem, pois a aquisição já ocorre no momento da formação do contrato, diretamente do fornecedor, figurando a arrendante como mera financiadora, numa simples operação de empréstimo.

“Fosse um genuíno contrato de arrendamento mercantil, ou uma

compra e venda a prestações, seria de concordar-se com os termos da veneranda sentença, pois na locação e na compra e venda, não há limite no lucro do vendedor ou do locador, que podem estabelecer os preços que forem convenientes, conforme as oscilações do mercado. Mesmo assim, é de lembrar-se de outra passagem ditada por Jorge Pereira Andrade, que diz: “apesar da forma jurídica do *leasing*, disciplinada pelas Leis ns. 6.099/74 e 7.132/83 atribuir tratamento tributário semelhante ao aluguel, a essência da operação é um financiamento para obtenção de um bem do ativo fixo”.

E, do Tribunal de Justiça gaúcho:

“Arrendamento mercantil. Ação de reintegração de posse. Natureza efetiva da contratação.

“Contrato de compra e venda com pagamento parcelado, em face do recolhimento antecipado do valor residual. Descaracterização do contrato de *leasing*.

“Carência de ação possessória pela descaracterização do contrato de *leasing*.

“Apelação provida” (Ap. Cív. n. 598.247.369, de Uruguaina, 14ª Câmara Cível, rel. Des. Henrique Osvaldo Poeta Rönick, j. 3/9/98).

E dúvidas não restam que o Estado, em tema de contratos, ainda que particulares, deve interferir para assegurar a ordem pública e a igualdade dos ajustantes, tendo em vista o equilíbrio social, relegando-se a um plano secundário a teoria do *pacta sunt servanda*, que, endeusando o elemento volitivo, prega, justamente, a não-intervenção estatal nos contra-

tos, devendo ser, antes, guardada total obediência aos termos da pactuação.

Entretanto, hodiernamente, não mais se admite um apego estrechado ao princípio do *pacta sunt servanda*, princípio esse que vai cedendo terreno, cada vez mais, à denominada socialização da teoria contratual, segundo a qual, como observa Cláudia Lima Marques:

“(...) se redescobre o papel da lei, que não será mais meramente interpretativa ou supletiva, mas cogente (veja art. 1º do CDC). A lei protegerá determinados interesses sociais e servirá como instrumento limitador do poder da vontade” (Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 2ª ed., SP, RT, 1995, pág. 282).

Ou, como assinala o preclaro Caio Mário da Silva Pereira, com a percuciência que lhe é peculiar:

“(...) o princípio da liberdade contratual tem perdido terreno em favor do sentido de justiça, capaz de oferecer segurança, paz, ordem e prosperidade ao Estado. Em contraposição ao dogma do Código Napoleão, que considerava sagrado o acordo de vontades, o direito moderno consagra a intervenção do Estado, para anular ou para modificar aquele acordo, conforme as exigências do interesse coletivo” (Lesão nos Contratos, Rio, Forense, 1959, pág. 141).

E descaracterizado o contrato de arrendamento mercantil, transformado em mero contrato de compra e venda em prestações, não subsiste em favor da companhia de arrendamento qualquer posse indireta do bem, a autorizar a caracterização, em razão da mora da compradora, da prática de qualquer esbulho.

Inexistente base jurídica para o uso, pela credora, dos mecanismos legais de proteção à posse, extinta impunha-se, como realmente foi, a ação de reintegração possessória aforada, confirmada pelo acórdão embargado.

E nem se alegue a impossibilidade de reconhecimento de ofício da matéria por este órgão julgador, posto que, em sede de direito contratual, a moderna doutrina e jurisprudência têm iterativamente admitido a intervenção do Estado nas relações contratuais particulares, como forma de assegurar a absoluta igualdade jurídica de todos os contratantes, asseguração essa que é matéria de ordem pública.

Segundo o alentado Fran Martins:

“64. Interferência do estado nos contratos. Publicização do contrato — Por outro lado, para fazer face a contingências oriundas de novas situações econômicas e políticas da humanidade, surgidas principalmente com as guerras que, nos últimos decênios, têm abalado a estrutura da sociedade, o Estado vem interferindo, de maneira decisiva, nos negócios contratuais, já impedindo que os indivíduos contratem livremente, já, muitas vezes, substituindo a vontade das partes pela imposição de regras que devem ser cumpridas pelos contratantes. Assim age o Estado, tendo em vista manter o equilíbrio social. Mas o faz tão discricionariamente que já se chegou a falar na falência do Direito motivada pela interferência do poder público nos contratos, cada vez mais restringindo a livre manifestação das partes contratantes para imperar, sobre elas, a vontade estatal.

“Indiscutivelmente, há uma evidente ingerência do Estado em questões que, antes, eram reguladas soberanamente pelas partes, mas tal ingerência não aniquilou ainda o princípio da autonomia da vontade. Interfere o Estado em assuntos que dizem respeito ao bem-estar social, deixando ainda largo campo para que, de modo privado, possam as partes livremente contratar. Esse fato, não é novo, apenas tendo sido ultimamente ampliado, dadas as radicais transformações socioeconômicas dos povos nos últimos anos. O próprio Código Civil francês, que consagrou o princípio da autonomia da vontade, já havia, também, estipulado restrições a esse princípio, ao estatuir, no art. 6º, que ‘não se pode derogar, por convenções particulares, leis que interessem à ordem pública e aos bons costumes’, e quando o Estado interfere na livre manifestação da vontade dos contratantes, impondo regras que deverão ser por eles cumpridas, o faz tendo em vista assegurar o equilíbrio social, que deve ser superior aos interesses de ordem privada.

“Inegável, entretanto, é que, dia a dia, em face mesmo das transformações por que passa a humanidade, o Estado vai aprofundando cada vez mais a sua ingerência nos negócios privados, sobretudo no campo dos contratos. Este está, aos poucos, se publicizando, com graves repercussões na liberdade das partes contratantes. Exemplo dessa interferência do Estado no setor dos contratos comerciais são as medidas adotadas pelo poder público para a fixação dos preços de determinadas mercadorias, nos contratos de compra e venda, a prorrogação dos contratos

de locação de imóveis utilizados para fins comerciais e, assim, partes integrantes do fundo de comércio do comerciante, as restrições de importações ou exportações e muitas outras medidas que são periodicamente adotadas pelo Estado para que seja mantido o equilíbrio social” (Contratos e Obrigações Comerciais, 13ª ed. rev. e aum., 1995, págs. 82 e 83).

Frise-se, por outro lado, que fiscalização da existência das condições da ação, por ser matéria de ordem pública, não preclui, e pode ser exercida *ex officio*, ainda que em sede recursal, permitindo o nosso Diploma Processual Civil, em seu art. 267, § 3º, o exame, em qualquer tempo e grau de jurisdição, das condições da ação, dispondo *in verbis*:

“O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI”.

Anota, a respeito, o lapidar Egas Moniz de Aragão:

“Tais itens extravasam do poder dispositivo das partes, ficando incluídos entre os que se sujeitam à investigação de ofício pelo Estado, como uma das conseqüências de ser a ação um direito contra ele exercitável que, por isso, lhe dá o poder respectivo de examinar de ofício os pressupostos do processo e as condições da ação, mesmo que ocorra a revelia do réu” (Comentários ao Código de Processo Civil, Ed. Forense, vol. II, pág. 536).

É o entendimento defendido por este Tribunal nos acórdãos assim ementados:

“As condições da ação, sendo requisitos de legitimidade da própria atuação do Poder Jurisdicional (arts. 2º e 3º), podem ser examinadas a qualquer tempo, não se sujeitando à preclusão, enquanto não houver sentença de mérito, ainda mesmo que o saneador reste irrecorrido” (Ap. Cív. n. 49.409, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

“Ação anulatória de ato jurídico. Preliminares afastadas no saneador. Acolhimento pela sentença. Preclusão. Inocorrência. Matéria de ordem pública reconhecível, de ofício e em qualquer grau de jurisdição, inclusive. Inteligência do art. 267, § 3º, do CPC.

“Ainda que afastadas em saneador, as matérias de ordem pública, tais como ilegitimidade *ad causam* e pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, podem ser reanalisadas por ocasião da sentença, não precluindo enquanto não proferida a sentença de mérito, nos exatos termos do art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil” (Ap. Cív. n. 97.010159-7, de Piçarras, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Mantendo a mesma linha de entendimento, gizou o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“A matéria relativa a pressupostos processuais, perempção, litispendência, coisa julgada e condições de admissibilidade da ação pode ser apreciada, de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária, enquanto não proferida a sentença de mérito (art. 267, § 3º). Suscitada a questão sobre ilegitimidade de parte, não pode o Tribunal eximir-se de apreciá-la, sob alegação de preclu-

são, sendo-lhe possível, no caso, examiná-la de ofício” (REsp n. 5.735/PR, j. em 4/12/90, DJU de 4/2/91, pág. 576, rel. Min. Waldemar Zveiter).

“A sentença de mérito proferida em primeiro grau não impede que o Tribunal conheça dessas matérias (as do art. 267, IV, V e VI) ainda que ventiladas, apenas, em fase de recurso, ou mesmo de ofício” (RSTJ 89/193, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

“Em se tratando de condições da ação e de pressupostos processuais, não há preclusão para o magistrado, mesmo existindo expressa decisão a respeito, por cuidar-se de matéria indisponível, inaplicável o enunciado n. 424 da Súmula/STF à matéria que deva ser apreciada de ofício” (4ª Turma, REsp n. 43.138/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 19/8/97).

Recentemente, assim enfatizou o mesmo Superior Tribunal de Justiça:

“Direitos comercial e econômico. Contrato de arrendamento mercantil. *Leasing*. VRG. Cobrança antecipada. Descaracterização para compra e venda à prestação. Julgamento *extra petita*. Inocorrência. Recurso desprovido.

“I — O contrato de *leasing* tem como característica essencial a oferta unilateral do arrendante ao arrendatário, no termo do contrato, da tríplice opção de adquirir o bem, devolvê-lo ou renovar o contrato.

“II — A cobrança antecipada do Valor Residual Garantido, obrigação prevista em normas regulamentares, que garante ao arrendador o recebimento da quantia final de liquidação do negócio, caso o arrendatário opte por não exercer o direito de

compra ou prorrogar o contrato, implica na descaracterização do contrato de arrendamento mercantil, uma vez que tal exigência não deixa ao devedor exercer outra opção senão a aquisição do bem.

“III — A imposição da cobrança do VRG, antecipadamente, exorbita os limites da Lei n. 6.099/74, com as alterações da Lei n. 7.132/83, sendo o pagamento de tal parcela mera faculdade do arrendatário.

“IV — Inexiste julgamento *extra petita* se o juiz, analisando a cláusula contratual que se pretendia fazer valer na inicial, a declara nula, aplicando o direito que entendeu incidente na espécie.

“V — O julgador, nos limites dos fatos postos pelas partes, aplica o direito, avaliando a demanda sob todos os pontos de vista juridicamente possíveis” (REsp n. 235.306/RS, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio Figueiredo Teixeira, j. 27/6/2000).

No atual estágio do direito contratual brasileiro, acentue-se, há que ser emprestada total recepção à teoria da função social do contrato, pela qual se vê arredada ou até mesmo erradicada dos contratos a concepção patrimonialista que os presidia até então.

Não podemos olvidar que, com a promulgação da Carta Magna em vigor, a preocupação maior dos aplicadores da lei, como deveria ser dos legisladores também, é a de proporcionar uma sociedade mais justa, em que impere uma total equidade entre seus integrantes.

Mercê dessa nossa visão, das novas concepções surgidas, o princípio da autonomia da vontade dos contratantes, antes inatingível em função

da segurança jurídica que pregava, mas que, com isso, propagou e fomentou as desigualdades e injustiças, hoje apresenta-se limitado, senão mesmo banido, pela teoria da função social do contrato, teoria essa que se harmoniza à perfeição com os preceitos embutidos na Constituição da República e com aqueles inseridos no Código de Defesa do Consumidor.

Em caso análogo ao vertente, este Tribunal teve o mesmo posicionamento, ao fixar que:

“Ação de reintegração de posse. Arrendamento mercantil (*leasing*). Pagamento do Valor Residual Garantido — VRG, antecipadamente. Descaracterização do contrato. Transfiguração para contrato de compra e venda à prestação. Recurso desprovido.

“No contrato de arrendamento mercantil devem ser preservadas algumas características essenciais, sem as quais perde a natureza de *leasing*, como: a) aquisição do bem, a final, pelo pagamento do valor residual adrede determinado; b) devolução do bem, ou c) renovação do contrato.

“Outra alternativa não resta à arrendatária ao final do contrato se não, após pago o preço integralmente com a soma das prestações de locativos mais Valor Residual Garantido — VRG, receber o objeto pelo qual já fizera a opção pela compra.

“Se as principais características do contrato de arrendamento mercantil são a opção de compra ao final do pacto ou a devolução do bem, transfigura-se o contrato para compra e venda à prestação, diante dos pagamentos antecipados pela arrendatária, dos valores do VRG, cumulados com as contraprestações locativas do bem.

“O Estado em tema de contratos, deve interferir para assegurar a ordem pública e a igualdade dos contratantes, tendo em vista o equilíbrio social” (Ap. Cív. n. 98.005629-2, de Itajaí, rel. Des. Nelson Schaefer Martins).

Mesmo porque ao Estado, e essa é uma de suas funções básicas, cumpre zelar pelos valores preconizados pela Constituição Federal; e a intervenção nas relações contratuais particulares tem por objeto único o de equalizar os interesses das partes contratantes, evitando eventuais injustiças, com o predomínio da vontade de uma delas sobre a da outra.

É a admissão dessa intervenção, de ofício, do órgão judicante na relação contratual dos litigantes, que permite ao Judiciário decretar a desfiguração do contrato de arrendamento mercantil para uma compra e venda a prazo.

Em se tratando de uma compra e venda, insistimos, a posse do bem foi transmitida ao adquirente no momento de sua tradição, pelo que abstrai-se da pretensão do alienante um dos pressupostos indispensáveis à propositura do interdito possessório, qual seja, o esbulho de sua posse.

O autor da ação reintegratória, no contexto exposto, sequer detinha a posse indireta do bem.

E o pedido feito na inicial da ação possessória por ela deduzida impunha-se idôneo a alcançar o fim buscado.

Da ensinança do emérito Humberto Theodoro Júnior colhe-se:

“O interesse processual, a um só tempo, haverá de traduzir-se numa relação de necessidade e também de

adequação do provimento postulado, diante do conflito de direito material trazido à solução judicial.

“Mesmo que a parte esteja na iminência de sofrer um dano em seu interesse material, não se pode dizer que exista o interesse processual, se aquilo que se reclama do órgão judicial não será útil juridicamente para evitar a temida lesão. É preciso sempre que o pedido apresentado ao juiz traduza formulação adequada à satisfação do interesse contrariado, não atendido, ou tornado incerto” (Curso de Direito Processual Civil, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 22ª edição, 1997).

A conclusão óbvia, então, é que a apelada elegeu via inadequada para ver prevalecer o direito que apregoa ter.

Faltante, no pleito possessório por ela ajuizado, uma das condições da ação, qual seja, o interesse de agir na modalidade adequação, a extinção do processo sem o conhecimento do mérito da causa era medida que se impunha.

Os Tribunais pátrios assim têm julgado:

“Processual civil — Ação de reintegração de posse — Contrato de *leasing* — Descaracterização — Inadequação da via eleita. — Ausência de uma das condições da ação.

“O contrato de *leasing* pressupõe o pagamento de determinada quantia mensal, a título de aluguel, com a possibilidade de, ao final do prazo convencionado, ser o bem adquirido pelo arrendatário, ao qual é facultado, ainda, renovar o contrato ou devolver o seu objeto.



“Se o arrendante impõe o pagamento antecipado do ‘Valor Residual Garantido — VRG, resta clara a descaracterização do negócio jurídico, que se revela como compra e venda a prazo. Descaracterizado como *leasing*, não há como admitir a reintegração de posse sem antes obter-se expressa declaração judicial da rescisão do contrato. Sendo inadequada a via eleita, afigura-se ausente uma das condições da ação (interesse de agir), devendo o processo ser extinto sem exame de mérito (TJDF, Ap. Cív. n. 1998.01.1.032424-4, rela. Des. Vera Andrighi, DJU de 11/10/2000, pág. 42).

“Comercial. Arrendamento mercantil. Preliminares de inépcia e carência da ação. *Leasing*. Direito à purga da mora. Valor Residual Garantido. Descaracterização do contrato. Improcedência do pedido de reintegração de posse. As condições da ação se afere em tese, de acordo com o afirmado e documentado na inicial. Na ótica desta, cuidando-se de *leasing*, rescindido antecipadamente o contrato, caracterizado o esbulho com a não devolução do bem, possível juridicamente o pedido. É evidente o interesse de agir, diante da resistência do arrendatário em devolver o veículo. Presentes todas as condições da ação, apta a inicial, rejeitam-se as preliminares renovadas no apelo. A opção de compra, com pagamento do valor residual ao fim do contrato, é uma das características essenciais do *leasing*. Ao fim do *leasing*, cabe ao arrendatário optar por uma de três situações: a) a compra do bem, pagando o valor residual estipulado; b) renovação do contrato; c) restituição do bem arrendado. Valor residual é o que paga o arrendatário, findo o contrato,

quando opta pela aquisição do bem arrendado. Se esse valor residual, todavia, como no caso, é antecipado, sendo pago antes do final do prazo contratual do arrendamento, fica descaracterizado o *leasing*, desaparecida a causa contratual, passando a haver mera compra e venda com pagamento a prazo, nos termos do art. 5º, c, combinado com o art. 11, § 1º, da Lei n. 6.099, de 12/9/74, alterada pela Lei n. 7.132, de 26/10/83, sendo inoperante cláusula contratual em sentido contrário. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Inexistindo *leasing*, mas compra e venda a prazo, não há cogitar de posse da arrendadora, na realidade vendedora, e esbulho do arrendatário, na verdade comprador. Improcede o pedido de reintegração de posse. O bem objeto do contrato é a propriedade do adquirente. Não cometeu este esbulho. O remédio jurídico de que dispõe a vendedora para fazer valer seu direito — creditício e não possessório — é outro que não a ação possessória. Apelo provido, julgado improcedente o pedido de reintegração de posse” (TJDF, 4ª Câmara, Ap. Cív. n. 1999.01.1.039572-6, rel. Des. Mário Machado).

Expresse-se, por derradeiro, que a cláusula contratual previsora da rescisão automática do contrato, na hipótese de inadimplência do arrendatário, vem sendo considerada pelos Tribunais Pátrios como extremamente abusiva, o que acarreta a sua invalidade legal, sendo de nenhuma eficácia os efeitos funcionais contratuais derivados dessa cláusula, posto que viciada ela de abusividade, tanto no âmbito dos negócios jurídicos em geral, como, principalmente e em particular,



nos contratos de arrendamento mercantil.

Possui o tema, resta ver, relevância vital no contexto executório de qualquer negócio jurídico, tratando-se a cláusula questionada de previsão encartada em um complexo de cláusulas verdadeiramente abstratas, que confere direito ao credor de considerar vencida antecipadamente a totalidade das obrigações pecuniárias avençadas, com a conseqüente rescisão unilateral do contrato, constituindo referida cláusula em uma porta de acesso a autorizar o aforamento, pela companhia arrendante, de ação de reintegração de posse, com a sua concessão *initio litis*.

Ao Judiciário, uma vez prevalente a cláusula em apreço, apenas e somente cabia homologá-la, com a desconstituição do contrato e a conseqüente consolidação da posse ou da propriedade, ou de ambas, do bem arrendado em favor da companhia de *leasing*.

Ora, os princípios, normas e regras que informam o Diploma Protetivo do Consumidor — Lei n. 8.078/90 — asseguram ao arrendatário o exercício dos direitos que lhe são inerentes em face da natureza e da finalidade da negociação celebrada, isso independentemente da previsão contratual de cláusula resolutória expressa, cláusula essa abstrata e imposta unilateralmente.

A cláusula resolutória expressa, embutida nos contratos de arrendamento mercantil, na medida em que expressa, no plano de eficácia contratual, a negação de qualquer direito do arrendatário, configura nulidade decorrente de abusividade contratual,

abusividade essa reprimida nas relações de consumo, *ex vi* do disposto no art. 51, *caput*, e incisos I, IV e IX, § 1º, incisos II e III e § 2º do CDC.

Decorrentemente, em litígios judicializados é de reconhecer-se, mesmo de ofício, a nulidade dos efeitos contratuais unilaterais abusivos derivados de cláusula resolutória a qual simplesmente aderiu a parte arrendatária.

Com incidência nos planos legal e contratual, o art. 51 do Código de Proteção ao Consumidor estabelece serem nulas de pleno direito as cláusulas que “impliquem renúncia ou disposição de direitos (inc. I) (...)” estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (inc. IV)” ou “deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor (inc. IX)”.

De outro lado, ainda que no mesmo diapasão e com idênticas sanções, o mesmo art. 51 estabelece, em seu § 1º, que “Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: ofende os princípios do sistema jurídico a que pertence (inc. I), restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual (inc. II), ou que “se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso (inc. III).

E adiante, o mesmo Estatuto, estabelecendo um verdadeiro mecanismo de freios e de contrapesos no

âmbito das relações consumeristas, enuncia, em seu art. 51, § 2º, que “a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivos a qualquer das partes”.

Trata-se, aqui, de um princípio de preservação, por integração, dos negócios jurídicos nas relações de consumo, que têm por pressuposto a existência de nulidade contratual de ordem formal e/ou material.

As sanções assim previstas, registre-se, decorrem dos princípios, normas e regras tutelares que animam o Código de Defesa do Consumidor, dentre as quais avulta de importância aquela inserida no art. 6º, inc. VI, ao prever ser direito básico do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

Da sua própria literalidade, resulta que a norma em questão opera sobre diversos fatores, sendo que, na hipótese específica aqui em discussão, diz ela respeito à efetiva prevenção de dano patrimonial individual ao arrendatário, em razão de cláusula contratual que lhe veda o exercício de direitos subjetivos legais e/ou contratuais, gerando-lhe um efetivo desfalque patrimonial.

Inquestionavelmente, existe norma jurídica aplicável ao caso, cuja observância liga-se à regra pública mandatória inculpada no art. 53 do CDC, de incontornável aplicação aos contratos de arrendamento mercantil, subsumindo o exercício, pelo arrendatário, de uma faculdade, que é direito subjetivo seu, quanto à aquisição do bem arrendado, mediante pagamento

em prestações, independentemente de sua fase locatícia, sendo nula a cláusula contratual que estabeleça a “perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado”.

Na hipótese dos contratos de *leasing*, a detração patrimonial do arrendatário ocorrerá, ou pela perda do bem em razão da impossibilidade de solucionar à vista o saldo do preço ajustado ou fato de ter de desembolsar à vista esse mesmo saldo, circunstâncias essas que revelam, acima de tudo, um absoluto desequilíbrio na relação jurídica negocial, desequilíbrio esse que não pode ser placitado judicialmente, uma vez que a sua natureza, exagerada e abusiva, repousa nos efeitos difusos embutidos na cláusula resolutória entranhada no contrato, cuja nulificação é imposta pela equidade eleita pela legislação consumerista, não como uma fonte subsidiária da aplicação do direito, mas como fator direto do equilíbrio contratual decorrente do princípio da boa-fé que deve presidir as relações negociais.

Impende afirmar, portanto, que, no âmbito do sistema protetivo instituído pelo Código de Defesa do Consumidor, avulta de importância a total necessidade de restauração judicial do equilíbrio contratual inexistente no contrato ou perdido em face das condições nele impostas, restauração esta representada no confronto entre os valores sufragados em normas públicas mandatórias de direito privado e aqueles inseridos unilateral e abusivamente em cláusulas contratuais, impondo-se, nesse confronto, prevale-

cente o princípio enunciado no art. 51, §§ 1º e 2º, do CDC.

Exemplo do novo posicionamento, que considera eivada de abusividade, mormente nos contratos de arrendamento mercantil, a cláusula resolutória expressa, são os acórdãos a seguir transcritos:

“Agravado de instrumento.

“(…)

“Arrendamento mercantil. Direito subjetivo do arrendatário à purga da mora. Nulidade parcial dos efeitos de cláusula contratual abusiva.

“Os princípios, normas e regras que fundamentam o Código de Defesa ao Consumidor (Lei n. 8.078/90) asseguram ao arrendatário, até prova concreta sobre matéria de fato em sentido contrário o direito subjetivo de purgação da mora, independentemente da existência de cláusula resolutória expressa no contrato de arrendamento mercantil firmado.

“Essa cláusula resolutória, na exata medida em que expressa, no plano da sua eficácia contratual, a negação desse ou de qualquer outro direito do arrendatário, configura nulidade decorrente de abusividade negocial mandatoriamente proibida nas relações de consumo por força do disposto no art. 51, *caput*, e incisos I (2ª hip.), IV e IX, § 2º, e art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, todos conjugados com o art. 959, inc. I, do Código Civil Brasileiro.

“Purga de mora deferida. Decisão incidental de ofício. Declaratória da nulidade parcial da cláusula resolutória no plano dos efeitos contratuais pretendidos.

“(…)

“Agravado provido” (TJRS, AG n. 598.175.275, de Porto Alegre, 14ª Câm. Civ., rel. Des. Aymoré Roque Pottes de Mello, j. 3/9/98).

“Arrendamento mercantil. (...) Cláusulas de descaracterização do contrato de *leasing* em face da antecipação do VR e invalidade do efeito interdital da cláusula resolutória expressa de ação de reintegração de posse.

“A fixação do valor residual em percentual irrisório e/ou a sua diluição através de pagamentos antecipados, juntamente com as contraprestações do arrendatário têm a propriedade de desnaturar o contrato de *leasing* financeiro, que, nos limites do litígio judicializado a partir da interpretação material das cláusulas avençadas e mediante a aplicação do princípio da preservação dos negócios, suprimento da vontade viciada e integração jurisdicional *quantum satis* nas relações de consumo (art. 51, § 2º, do CDC), é recaracterizado como uma venda e compra a prazo mediante financiamento, âmbito em que o efeito interdital inserido na cláusula resolutória expressa da avença é nulo por abusividade jurídica e excessividade negocial, resultando na carência da pretensão possessória de reintegração deduzida judicialmente pela empresa financiadora” (TJRS, Ap. Civ. n. 197.061.682, rel. Des. Aymoré Roque Pottes de Mello, j. 10/9/98).

“Arrendamento mercantil — Ação de reintegração de posse — Carência de ação — Indeferimento da petição inicial — Aplicação do Código de Defesa do Consumidor — Cláusula resolutória expressa — Nulidade — Antecipação do valor residual — Descaracterização do *leasing*. Por conceder vantagem unilateral, em infringên-

cia ao CDC, nula é a cláusula que, pelo inadimplemento, impõe resolução automática do contrato de arrendamento mercantil. Inocorrendo esbulo, também porque a cobrança antecipada do valor residual faz caracterizar, não contrato de *leasing*, mas de compra e venda parcelada, há carência de ação possessória. Recurso não provido” (TJRS, AC n. 598518108/RS, 1ª Câm. Cív., rel. Des. Marco Antônio Bandeira Scapini, j. 11/6/99).

Em conclusão, pois: a fixação do valor residual em percentual irrisório ou a sua diluição por meio de pagamentos antecipados concomitantemente com as contraprestações assumidas pelo arrendatário conduzem à desnaturação do contrato de *leasing* financeiro, fazendo com que, nos lindes de litígio judicializado, a partir da interpretação das cláusulas ajustadas e mediante a aplicação do princípio da preservação dos negócios, do suprimento da vontade viciada e da integração jurisdicional *quantum satis* nas relações de consumo (art. 51, § 2º,

CDC), é recaracterizado como uma venda e compra em prestações mediante financiamento, hipótese em que, como visto, o efeito interdital inserido em cláusula resolutória expressa no contrato é nulo por abusividade jurídica e por excessividade negocial, resultando na carência da pretensão possessória deduzida pela empresa arrendante.

### III — Decisão

À vista do exposto, nega-se provimento ao recurso deduzido.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, a Exma. Sra. Des. Maria do Rocio Santa Ritta e o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 23 de agosto de 2001.

*Pedro Manoel Abreu,*  
*Presidente;*  
*Trindade dos Santos,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 97.007076-4, DE TANGARÁ

**Relator: Des. Silveira Lenzi**

*Direito bancário. Revisão contratual. Relação jurídica continuativa. Documentos passíveis de revisão. Magistrado a quo que deixa de apreciar pedido de exibição incidental de documentos comuns às partes. Inteligência do art. 355 do CPC. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Preliminar acolhida. Sentença nula.*

*São passíveis de revisão judicial os contratos bancários encadeados, que se sucedem no tempo, cujos conteúdos, na maioria das vezes, apenas alteram a forma de pagamento e os encargos.*

*Caracteriza cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, quando a parte requer ao magistrado a quo que o réu exhiba*

*os documentos comuns que estão em poder deste e aos quais não teve acesso, a fim de que possa revisá-los, pois, ainda que pudesse ter ajuizado cautelar preparatória de exibição de documentos, de acordo como o art. 844 do CPC, não pode ser obrigada a utilizar-se de tal procedimento, se o art. 355 do CPC lhe faculta a exibição desses contratos incidentalmente.*

*Recurso da autora provido. Recurso do banco prejudicado.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.007076-4, da comarca de Tangará, em que são apelantes e, reciprocamente, apelados o Banco Bradesco S.A. e NLP Transportes e Comércio Ltda.:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, acolher a preliminar de cerceamento de defesa, declarando nula a sentença.

Custas na forma da lei.

## I — RELATÓRIO

Trata-se de ação de revisão de contratos bancários cumulada com declaratória de nulidade de cláusulas abusivas e inexigibilidade de débito, e de ação de consignação em pagamento com pedido liminar de depósito ajuizada por NLP Transportes e Comércio Ltda., em que figura como réu Banco Bradesco S.A.

Sentenciando, o Togado *a quo* julgou improcedente o pedido consignatório e procedente, em parte, o pedido revisional.

Irresignada, apela a autora, alegando, preliminarmente, a nulidade da sentença, pela ocorrência de cerceamento de defesa. No mérito sustenta que: a) é aplicável o CDC; b) a multa é excessiva; c) é vedada a ca-

pitalização dos juros; d) é potestativa a cláusula que prevê a comissão de permanência; e) é aplicável o limite de 12% ao ano, previsto no art. 192, § 3º, da CF/88; f) a TR não pode ser usada como fator de correção monetária; g) não podem ser cumuladas a comissão de permanência com a multa e a correção monetária.

Também inconformado, apela o banco, sustentando que: a) o art. 192, § 3º, da CF/88 carece de regulamentação; b) os juros e a comissão de permanência foram pactuados entre as partes; c) o contratado não fere qualquer dispositivo legal.

Devidamente preparados os recursos, e oferecidas as contra-razões por ambas as partes, os autos ascenderam a esta Superior Instância.

## II — VOTO

### 1. Recurso da autora

São passíveis de revisão judicial os contratos bancários encadeados, que se sucedem no tempo, cujos conteúdos, na maioria das vezes, apenas alteram a forma de pagamento e os encargos, como já teve oportunidade de assentar o Superior Tribunal de Justiça:

“Crédito rural. Juros. Limitação. Súmula 596/STF. Revisão judicial de contratos bancários renegociados

(possibilidade). Capitalização permitida, quando pactuada. Comissão de permanência não prevista na legislação sobre crédito rural. TR permitida para a correção (ressalva do relator).

“Recurso conhecido em parte e provido” (REsp n. 205532/RS, Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 22/6/99, DJU de 23/8/99, pág. 132).

Ainda leciona o preclaro julgador que: “admite-se a revisão dos contratos bancários elaborados em substituição ao outro, como a renegociação da dívida através de termos aditivos, retificações ou confissões. Não existe no ordenamento jurídico nacional regra que determine a extinção do direito de promover a revisão judicial de cláusulas de contrato parcial ou integralmente cumprido, o que significaria limitar o exercício da defesa em juízo. O cumprimento de uma obrigação não é causa impeditiva de sua revisão judicial, pois o obrigado pode muito bem submeter-se à exigência extrajudicial para discutir em juízo os termos que lhe foram impostos. Tratando-se de uma relação negocial que se prolonga no tempo, em que a formação do débito finalmente apurado decorre de renovações de prazos e de condições, a partir de um contrato básico, parece bem evidente que a revisão do débito depende do reexame dos fatores anteriores que determinaram a última negociação, quando ela é a expressão dessa relação continuativa”.

Prossegue o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, afirmando que: “em se tratando de contratos bancários, com aditivos de retificação e de ratificação, todos os seus termos podem ser reexaminados em juízo, assim como nos contratos de abertura de cré-

dito, com periódica apuração de saldo devedor e composição de dívida”.

No caso dos autos, a autora, ora apelante, ajuizou ação de consignação em pagamento e sucessivamente ação de revisão contratual, a fim de revisar as cláusulas constantes em vários contratos bancários firmados com o apelado, desde 1993. Contudo, carrou aos autos da revisional, tão-somente, o contrato denominado “Termo de Renegociação de Operações de Crédito”, firmado em 22/9/1995 (fls. 27/29 da revisional).

Declarou a recorrente, na exordial da consignatória e da revisional, que necessitava da apresentação, por parte da instituição financeira, de todos os contratos que estavam em poder desta, conforme lhe facultava o art. 355 do CPC, com o intuito de demonstrar a abusividade das cláusulas constantes nesses documentos, pois não teve acesso a eles em razão da negativa do banco.

Em que pese haver nos autos pedido para que o Juiz ordenasse ao réu a exibição incidental dos documentos necessários ao deslinde do feito, essas provas não foram juntadas, em razão do julgamento antecipado da lide, sem apreciação do pedido.

Em verdade, equivocou-se o Togado *a quo* ao não aplicar o disposto no art. 355 do CPC, prerrogativa que lhe é facultada, inclusive, *ex officio*, se considerar o processo deficientemente instruído. Sobre o tema, colhe-se da doutrina de José Carlos Barbosa Moreira:

“De ofício ou a requerimento de qualquer das partes, constante da petição inicial ou posteriormente formulado, pode o juiz determinar a exibição



ção, pela outra parte, de documento ou coisa que se supõe estar em seu poder” (Novo Processo Civil Brasileiro, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997. pág. 61).

A par disso, forçoso constatar a ocorrência de cerceamento de defesa, porquanto ainda que a autora, ora apelante, pudesse ter ajuizado cautelar preparatória de exibição de documentos, de acordo com o art. 844 do CPC, não pode ser obrigada a utilizar-se de tal procedimento, se o art. 355 do CPC lhe possibilita a exibição desses contratos incidentalmente, por meio de determinação judicial:

“Art. 355. O juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa, que se ache em seu poder”.

A respeito da exibição incidental de documentos, Sérgio Fadel Leciona que: “a exibição da coisa ou documento, regulada pelo dispositivo em questão, é medida requerida na pendência da lide, nos próprios autos da ação. Não é medida cautelar, autônoma e preparatória, prevista nos arts. 844/845. [...] Pendente uma causa, estando o documento ou a coisa, indispensável ou necessária a fazer prova, em poder da parte contrária, o interessado pleiteará ao juiz ordene aquela que exiba em juízo, lavrando-se o competente termo de exibição” (Código de Processo Civil Comentado, Rio de Janeiro, José Konfino Editor, 1975, 3ª ed., tomo II, pág. 215).

Nesse mesmo norte, colhe-se julgado desta Corte de Justiça:

“O pedido de exibição de documentos pode dar-se no curso do processo, como incidente da fase probatória (arts. 355/363, CPC), ou

antes do ajuizamento da causa, a título de medida preparatória (arts. 844 e 845, CPC).

“Como incidente da fase probatória, a parte autora deve demonstrar o interesse jurídico na exibição e observar os requisitos do art. 356 e incisos do estatuto processual, ou seja, deve individualizar os documentos tanto quanto possível, indicando a finalidade da prova e os fatos que se relacionam bem como as circunstâncias em que se funda para afirmar que os documentos existem e que se acham em poder da parte contrária” (AI n. 98.001772-6, de Jaraguá do Sul, Des. Nelson Schaefer Martins, julgado em 8/4/99).

Dessa forma, como os contratos são documentos comuns a ambas as partes (art. 358 do CPC), e a autora, ora apelante, cumpriu as exigências do art. 356 do CPC, especificando as cláusulas abusivas que pleiteava revisar e individualizando os contratos que pretendia ver exibidos pelo banco — quais sejam, os contratos bancários vinculados à conta corrente n. 14196-2, e firmados com a instituição financeira desde o ano de 1993 até 22 de setembro de 1995, quando então pactuou o termo de renegociação de operação de crédito —, o Magistrado *a quo* deve ordenar sua exibição nos autos, a fim de a prestação jurisdicional almejada — revisão de toda a contratualidade — não se tornar inócua, convalidando cláusulas provavelmente abusivas, suplantadas por novas renegociações contratuais.

### III — DECISÃO

Do exposto, acolhe-se a preliminar de cerceamento de defesa, de-



clarando a nulidade da sentença, pelo julgamento antecipado da lide, em razão da ausência de apreciação do pedido de apresentação dos documentos a revisar. Outrossim, resta prejudicado o recurso do réu.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra e Sérgio Paladino.

Florianópolis, 18 de setembro de 2001.

*Silveira Lenzi,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.011821-0, DE MAFRA**

**Relator: Des. Silveira Lenzi**

*Ação de cobrança. Cooperativa. Exclusão de sócio. Restituição das quotas-partes subscritas por este. Atualização monetária. Ausência de vedação no estatuto. Possibilidade.*

*“Não viola a lei nem o estatuto social a decisão que determina a correção monetária do valor das quotas-partes efetivamente subscritas pelo associado que se desliga da cooperativa” (STJ).*

*Recurso adesivo. Inexistência de preparo. Deserção. Inteligência do parágrafo único do art. 500 do CPC.*

*A interposição de recurso adesivo destituído de preparo acarreta a sua deserção, constituindo-se em óbice ao conhecimento da pretensão recursal.*

*Recurso adesivo não conhecido. Recurso principal desprovido. Cooperativa Regional Agrícola Norte Catarinense Ltda.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.011821-0, da comarca de Mafra, em que são reciprocamente apelantes e apelados Coopernorte — Cooperativa Regional Agrícola Norte Catarinense Ltda., sendo apelado Arley Renato Schultz:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, não conhecer do recurso adesivo interposto por Arley Renato Schultz e negar provimento ao recurso de Coopernorte —

Custas na forma da lei.

### **I — Relatório**

Trata-se de ação de apuração de haveres aforada por Arley Renato Schultz contra Cooperativa Regional Agrícola Norte Catarinense Ltda. — Coopernorte, julgada parcialmente procedente pela sentença de fls. 156/157.

Irresignada apela Cooperativa Regional Agrícola Norte Catarinense

Ltda., sustentando que: a) a natureza legal e a estrutura jurídica das cooperativas são completamente diversas das sociedades de capital, pois não visam a lucro; b) a Lei n. 5.764/71 remete ao estatuto das cooperativas a definição da subscrição das quotas-partes, e somente a partir de 12/12/89 o seu Estatuto autorizou a atualização monetária destas; c) deve vigorar o § 6º do art. 19 da reforma estatutária, estabelecendo que o valor da correção monetária das quotas-partes de associados que se desligaram da sociedade até 31/12/89 não será incorporado a estas.

Apresentadas as contra-razões, o autor interpôs recurso adesivo, declarado deserto pelo Togado *a quo*.

## II — Voto

O recurso adesivo interposto por Arley Renato Schultz, como ressaltou o Magistrado *a quo*, não pode ser conhecido, porquanto destituído de preparo, inobservando o parágrafo único do art. 500 do CPC, que expressa: “ao recurso adesivo se aplicam as mesmas regras do recurso independente, quanto às condições de admissibilidade, preparo e julgamento no tribunal superior”.

Portanto, encontrando-se deserta a irrisignação adesiva, não deve esta ser conhecida.

Do amalhado nos autos verifica-se que o apelado foi sócio da Cooperativa apelante de 14/4/80 a 22/12/93, sendo excluído desta, tendo aforado ação de cobrança — objetivando a restituição das quotas-partes por si integralizadas — julgada parcialmente procedente pelo Togado *a quo*.

A irrisignação recursal manifestada pela Cooperativa Regional Agrícola Norte Catarinense Ltda. cinge-se à verificação da possibilidade de incidência de correção monetária nos valores correspondentes às quotas-partes que devem ser restituídas ao apelado.

Em que pese a apelante não ser sociedade de capital, não objetivando lucros, é certo que, mesmo sendo sociedade de pessoas, é regida pelo seu Estatuto, que deve ser observado para a solução das questões conflituosas.

No presente caso, em que pese a afirmação da recorrente de que a reforma estatutária vedou a atualização monetária dos sócios que se desligaram da cooperativa até 31/13/89, não foi carreado aos autos cópia do referido documento, inexistindo, portanto, qualquer prova da alegada vedação efetuada pela reforma estatutária.

Em contrapartida, o apelado juntou no processo o Estatuto da Cooperativa, aprovado pela Assembleia-Geral de Constituição realizada no dia 25/12/70 e alterado nas Assembleias-Gerais Extraordinárias realizadas nos dias 26/3/73, 1º/5/76, 28/8/77 e 23/4/84, no qual inexistente qualquer limitação ou impedimento à incidência de correção monetária nas quotas-partes, que devem ser restituídas ao sócio excluído da cooperativa, razão pela qual não há óbice a sua incidência.

Nesse sentido tem decidido reiteradamente o Superior Tribunal de Justiça:

“Cooperativa. Retirada de sócio. Quotas-partes. Reembolso. Correção monetária.

“Não viola a lei nem o estatuto social a decisão que determina a corre-

ção monetária do valores das quotas-partes efetivamente subscritas pelo associado que se desliga da cooperativa.

“Recurso não conhecido” (REsp n. 101409/SP, Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 17/12/96).

Do corpo do acórdão, extrai-se:

“De outra parte, não foi indicada norma legal que tivesse sido contrariada pelo v. acórdão recorrido, pois as que foram trazidas a confronto definem a entidade como cooperativa, mas nenhuma delas veda o reembolso das quotas-partes pelo seu valor corrigido. *Não há dúvida de que se trata de uma sociedade de pessoas, que se destina à prestação de serviços, que não tem intuito de lucro, que não reavalia o seu capital, mas isso não afasta a realidade de que um patrimônio se formou, no decurso do exercício das suas atividades, e que servirá, no caso de dissolução ou liquidação, ‘para reembolsar os cooperados do valor de suas quotas-partes’ (art. 73). E ainda que o restante seja destinado a outras entidades, nada autoriza que se entenda violador de dispositivo legal a decisão que determina o reembolso pelo valor corrigido.* Há, é verdade, um grande esforço de interpretação dessas regras, que não chega, porém a caracterizar a violação do dispositivo de lei. Sequer o argumento de que a cooperativa funciona no regime de caixa-zero tem maior relevo quando se considera que formou um patrimônio, sobre o qual o associado tem um direito de retirada equivalente ao valor de sua quota. *E se esse patrimônio não é corrigido contabilmente, nem por isso pode proibir, à falta de lei ou de cláusula*

*estatutária, que o seja a quota do sócio que se retira”* (grifo nosso).

Ainda:

“Na linha de precedentes da Corte, previsto no estatuto da cooperativa o pagamento sem correção monetária quando da retirada do cooperado não há falar em violação a nenhuma regra federal, sendo matéria da competência interna da cooperativa” (REsp n. 213.189/SP, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 17/12/99, pág. 359).

Não discrepa o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“Cobrança — Exclusão de sócio de cooperativa — Haveres com correção monetária — Tablita (DL n. 2.284/86) — Interesse público evidenciado — Inaplicabilidade ao caso pela inexistência de inserção no crédito de taxas inflacionárias — Apelo desprovido.

“*Constituindo-se apenas em fator de atualização do valor da moeda, corroída pela inflação, a correção monetária integra os haveres de sócio excluído das cooperativas (...)*” (Ap. Cív. n. 33.468, de São Miguel do Oeste, Des. Alcides Aguiar, julgada em 5/9/91) (grifamos).

Desse modo, caberia à apelante trazer aos autos cópia da mencionada reforma estatutária que, segundo suas alegações, vedou a incidência da correção monetária no caso de desligamento do associado. Não o fazendo, incide à espécie o Estatuto colacionado às fls. 17/42, no qual inexistente vedação de que a devolução dos valores correspondentes às quotas-partes do sócio excluído seja feita com atualização monetária, razão pela qual esta

deve ser realizada, em conformidade com a orientação jurisprudencial acima destacada.

### III — Decisão

Do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs.

Des. Cláudio Barreto Dutra e Maria do Rocio Santa Ritta.

Florianópolis, 11 de dezembro de 2001.

*Silveira Lenzi,*  
*Presidente e Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 01.001007-6, DE SOMBRIO

**Relator: Des. Silveira Lenzi**

*Ação monitória. Inépcia da inicial. Inocorrência. Adequação da via eleita. Observância dos pressupostos do art. 1.102a, do CPC.*

*Nota promissória. Alegada quitação parcial do débito. Ausência de comprovação. Ônus da prova incumbe a quem alega.*

*Incumbe ao devedor o ônus da prova do fato extintivo do direito do credor, e, tratando-se de monitória ajuizada com base em título executivo extrajudicial, a regra deve ser aplicada com rigor, uma vez que o simples fato da posse da cártula pelo credor indica o inadimplemento.*

*Recurso desprovido.*

### I — Relatório

Trata-se de ação monitória ajuizada por Augusto Clezar Borba, contra Luiz de Lucca e Cia. Ltda., representada por Luiz de Lucca e Vincente de Lucca, julgada procedente pela sentença de fls. 42/43.

Irresignada, apela a vencida alegando, preliminarmente, que o título executivo extrajudicial não é hábil para embasar a demanda monitória; ilegitimidade passiva *ad causam* dos sócios da empresa; e que, por ser uma sociedade limitada, os bens de

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 01.001007-6, da comarca de Sombrio, em que é apelante Luiz de Lucca e Cia. Ltda., sendo apelado Augusto Clezar Borba:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

seus sócios não podem responder pelas dívidas desta. No mérito aduz que o débito em litígio já foi quitado.

Em contra-razões, o apelado pugna pela manutenção do *decisum*.

Devidamente preparado o recurso, alçaram os autos a esta Superior Instância.

## II — Voto

Inicialmente, deve ser afastada a preliminar de impropriedade do procedimento eleito pelo apelado.

Os fundamentos da ação monitória encontram-se previstos no art. 1.102a do CPC:

“A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita, sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel”.

No caso sob julgamento, o autor da ação instruiu-a com prova escrita — nota promissória (fl. 7) — que por ter sido preenchida irregularmente não constitui título executivo, objetivando pagamento de determinada soma em dinheiro. Conclui-se, portanto, que todos os requisitos para o manejo do procedimento monitório encontram-se presentes.

Importa colacionar a lição de Calamandrei, transcrita por José Rogério Cruz e Tucci:

“Acrescenta, a propósito, Calamandrei que, para ser admitida a inicial, basta que o crédito alegado, exigível no momento do ajuizamento da demanda, apresente-se determinado (soma de dinheiro ou quantidade de coisa fungível), posto que o requisito da certeza, necessário para a execu-

ção forçada, constitui, não um pressuposto, mas uma consequência do procedimento monitório, mediante o qual, por falta de oportuna impugnação do suposto devedor, o mandado de pagamento adquire a eficácia de uma verdadeira e própria declaração judicial de certeza” (Ação Monitória, São Paulo, RT, 1995, pág. 40).

Ademais, ainda que se pudessem considerar que a referida nota promissória tem preenchidos os requisitos necessários capazes de configurá-la como título executivo, no caso em tela, extinguir a ação monitória, neste momento, acabaria pondo por terra a função instrumental do processo, uma vez que atualmente o título estaria prescrito.

Uma das características do processo é a sua instrumentalidade, que envolve tanto o aspecto positivo de sua significação, como um caminho à realização da justiça, quanto o aspecto negativo de o processo não ser um fim em si mesmo, ou seja, de não dever jamais ser considerado independentemente de sua finalidade precípua. Consagrando o princípio da instrumentalidade das formas, que nada mais é que uma projeção do aspecto negativo da instrumentalidade do processo, o próprio estatuto processual civil foi expresso em atribuir validade aos atos e termos processuais realizados sem obediência à forma prescrita em lei, se atendida sua finalidade essencial.

Vale destacar:

“Quem vem a juízo tem, em princípio, o direito a uma prestação judiciária quanto ao mérito. Assim toda ênfase deve ser posta em tal sentido, evitando-se, tanto quando possível,

destruir o processo com questões prejudiciais e nulidades que destroem a seiva que dá vida ao processo, com prejuízo para as partes e desprestígio para o Judiciário” (RF 254/288).

Ou:

“A concepção moderna do processo, como instrumento de realização de justiça, repudia o excesso de formalismo, que culmina por inviabilizá-la” (REsp n. 15.713, Min. Sálvio de Figueiredo).

Com a radicalização da interpretação do rito, como um fim em si mesmo, ou seja, subvertendo-se o meio em fim, corre-se o risco de não alcançar a justiça, mas a sua antinomia.

Assim, o princípio da instrumentalidade do processo deve ser preservado, evitando-se o ajuizamento de nova ação monitória, o que levaria, por puro formalismo, a repetição de atos processuais.

Quanto à preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* dos sócios da apelante, esta não merece maiores considerações, uma vez que ação foi proposta somente contra a pessoa jurídica, tornando totalmente imprópria tal alegação.

Ressalte-se, também, que a questão acerca da possibilidade ou não da desconsideração da personalidade jurídica da empresa apelante, como corretamente salientou o Togado *a quo*, por ora não pode ser analisada, uma vez que a matéria deve ficar adstrita ao momento em que houver a execução do título que a monitória visa a constituir. Isso porque, somente na execucional verificar-se-á a solvência ou não da pessoa jurídica, e se estão presentes os requisitos via-

bilizadores da quebra da responsabilidade limitada.

Quanto ao mérito, no tocante à alegação da apelante de que o débito já teria sido parcialmente quitado, a razão igualmente não lhe socorre.

Dispõe o art. 940 do Código Civil:

“A quitação designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com assinatura do credor, ou do seu representante”.

A lei é clara ao exigir que conste da quitação o valor e a espécie da dívida quitada, justamente para que se possa identificar qual o débito adimplido.

Todavia, dos documentos juntados não se extrai qualquer relação com o título objeto da ação.

Conforme o art. 333 do CPC, cabe ao autor provar o fato constitutivo de seu direito, e ao réu o fato extintivo do direito do autor.

Forçoso concluir que o autor comprovou a existência de um débito, representado pela nota promissória, e que o réu não logrou êxito em evidenciar que efetivamente pagou a dívida, de modo que o pedido foi acertadamente julgado procedente.

Frise-se, por fim, que admitir a tese do apelante sem que tenha produzido qualquer prova de veracidade dos fatos afirmados, representaria um privilégio ao devedor que não paga sem relevante razão de direito, em detrimento das legítimas expectativas do credor, o que é inadmissível, haja vista que o Poder Judiciário não é valha-couto de maus pagadores.

Portanto, não tendo sido comprovado qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, restringindo-se a defesa em menções vazias sem qualquer prova capaz de demonstrar o alegado, e, ao contrário, estando evidenciado que o título em questão é líquido, certo e perfeitamente cabível para embasar a ação monitória, não há mais o que se discutir, devendo ser mantida a sentença.

### III — Decisão

Diante do exposto, não se  
**APELAÇÃO CÍVEL N. 00.000341-7, DE ITAJAÍ**  
 Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra

*Alienação fiduciária — Conversão da ação de busca e apreensão em depósito — Petição hígida, não havendo necessidade de repetir o que contém a inicial da busca e apreensão — Valor a ser pago em substituição ao bem — saldo devedor em aberto — Notificação premonitória — Desnecessidade da indicação do valor do débito (Súmula 245 do STJ) — Contrato — Ausência de testemunhas instrumentárias — Irrelevância — Bem integrante do patrimônio do devedor — Ausência de óbice (Súmula 28 do STJ) — Ameaça de prisão civil — Inexistência de constrangimento ilegal — Precedentes do STF — Recurso desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.000341-7, da comarca de Itajaí (1ª Vara), em que é apelante Charles Roberto Costa, sendo apelado Banco Fiat S.A.:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por maioria de votos, desprover o recurso.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra e Sérgio Paladino.

Florianópolis, 4 de dezembro de 2001.

*Silveira Lenzi,*  
*Presidente e Relator.*

### I — Relatório

Ação de busca e apreensão proposta por Banco Fiat S.A. contra Charles Roberto Costa, aduzindo que concedeu financiamento por meio de contrato garantido por alienação fiduciária, sendo que o devedor tornou-se inadimplente com suas obrigações, por isso que, após constituí-lo em mora, pretende reaver o bem que foi dado em garantia do negócio.

Valorou a causa e juntou documentos (fls. 5/9).



Concedida a liminar (fl. 9v.).

A instituição financeira requereu a conversão da busca e apreensão em depósito, deferida à fl. 14.

Citado, o réu ofereceu resposta, argüindo, preliminarmente, a nulidade do feito pela irregularidade na citação, e o defeito de procuração. No mérito sustenta a imprestabilidade da notificação, uma vez que não declinou o valor em mora. Alegou que o contrato não foi assinado por duas testemunhas, não se revestindo de formalidade essencial, por isso inexigível. Defende, ainda, a impossibilidade de impingir a ameaça de prisão civil por infidelidade no depósito.

Houve réplica (fls. 23/30).

Na audiência prévia, diante da possibilidade de composição, o processo foi suspenso por 60 dias (fl. 34).

Prosseguindo o feito, foi realizada a audiência de instrução e julgamento. Infrutífera a proposta conciliatória, as partes desistiram das provas.

O Juiz de direito julgou procedente o pedido.

Apelou o vencido, pugnando pela reforma do *decisum*. Aduziu que no pedido de conversão a ré deveria ter atribuído valor à causa, bem como deveria ter indicado o valor da dívida na notificação premonitória. Asseverou que o contrato não contém requisito essencial: assinatura de duas testemunhas. Alegou que o bem já lhe pertencia, e que ilegal a ameaça de prisão.

Contra-arrazoado o recurso, ascenderam os autos a este Tribunal.

## II — Voto

O recurso não merece prosperar.

Primeiramente, impende ressaltar que desnecessário constar da petição que requereu a conversão para ação de depósito o valor atribuído à causa, uma vez que “a petição em que se pleiteia a conversão de uma demanda em outra não precisa repetir o que se contém na inicial da busca e apreensão. Deve, entretanto, ser formulado pedido adequado à ação de depósito, obedecido o que, a propósito, determina a lei processual” (REsp n. 11.697/AL, rel. Min. Eduardo Ribeiro, *in* DJU de 16/12/1991, pág. 18.535).

Da lição de Oswaldo Optiz e Sílvia Optiz:

“A petição de busca e apreensão já preenche os requisitos do art. 282, de modo que o pedido de conversão se limitará a pedir a citação do devedor fiduciante, para no prazo de 5 (cinco) dias: I) entregar a coisa que lhe pertence e tem a posse precária, depositá-la em Juízo ou consignar-lhe o equivalente em dinheiro; ou II) contestar a ação (art. 901 do CPC)” (*in* Alienação Fiduciária em Garantia, 4ª ed., Porto Alegre, Editora Síntese Ltda, pág. 255).

Não destoam esta Corte:

“Preenchendo a inicial da ação de busca e apreensão as exigências do art. 282 do Código de Processo Civil, uma vez não localizados os bens alienados fiduciariamente, a petição de conversão da ação em depósito estará apta a produzir todos os efeitos quando pedida a citação da devedora para que, no prazo de cinco dias, entregue a coisa alienada, deposite-a

em juízo ou consigne judicialmente o equivalente em dinheiro. Totalmente dispensável a atribuição de novo valor à causa, eis que tal valor é o mesmo conferido à de busca e apreensão” (Ap. Cív. n. 99.011258-6, de Capinzal, rel. Des. Trindade dos Santos).

Inconsistente a afirmação do apelante de que o valor buscado é o da coisa depositada, visto que a expressão “equivalente em dinheiro” quer significar o equivalente ao saldo devedor em aberto. A respeito, colhe-se da lição de Adroaldo Furtado Fabrício: “A obrigação do depositário, basicamente, é a de restituir e para esse norte é que se oriente a ação” E mais adiante continua: “O equivalente em dinheiro a que se refere o art. 902 não será o valor da coisa ficticiamente depositada, mas o saldo devedor” (*in* Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1980, vol. VII, t. III, pág. 115).

Do Superior Tribunal de Justiça:

“Civil. Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Conversão em depósito. CPC, arts. 902 e 904, CPC. Interpretação. Valor do saldo devedor em aberto. Orientação da Quarta Turma. Doutrina. Recurso provido.

— Nos termos do entendimento fixado na Quarta Turma, frustrada a busca e apreensão e convertida essa em ação de depósito, o equivalente em dinheiro de que falam os arts. 902 e 904, CPC, corresponde ao valor do saldo devedor em aberto, e não ao valor da coisa alienada” (REsp n. 237.313/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *in* DJU de 20/3/2000, pág. 78).

“Civil e processual civil. Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Conversão em depósito. Valor a ser

pago em substituição ao bem. Montante do saldo devedor contratual. DL n. 911/69, art. 40. CPC, arts. 902, I, e 904.

“I. Nos casos de conversão de busca e apreensão decorrente de alienação fiduciária em depósito, o objeto perseguido pela autora é o pagamento da dívida, de sorte que em tais casos interpreta-se a equivalência em dinheiro prevista nos arts. 902, I, e 904, da Lei Adjetiva Civil, como a do saldo devedor do contrato.

“II. Precedentes do STJ.

“III. Recurso especial conhecido e provido” (REsp n. 176.943/SP, rel. Aldir Passarinho, *in* DJU de 17/12/1999, pág. 374).

Quanto ao defeito na notificação premonitória, a questão não comporta maiores discussões após a edição da Súmula 245 do Superior Tribunal de Justiça, vazada nos seguintes termos: “a notificação destinada a comprovar a mora nas dívidas garantidas por alienação fiduciária dispensa a indicação do valor do débito” (RT 787/183).

No que tange ao vício apontado no contrato, o entendimento jurisprudencial dominante consolida que não desnatura o contrato de alienação fiduciária a falta de testemunhas instrumentárias:

“Civil. Alienação fiduciária em garantia. Requisitos. Registro.

“1. Os elementos do contrato de alienação fiduciária em garantia são os do art. 66 da Lei n. 4.728/65, redação do DL n. 911/69, entre os quais não se acha a exigência de assinaturas de duas testemunhas.

“2. O registro do título somente é de exigir-se para lhe emprestar validade em relação a terceiros” (REsp n. 25757/MG, rel. Min. Dias Trindade, *in* DJU de 13/10/1992, pág.17.696).

Esta Corte não discrepa deste entendimento:

“*Busca e apreensão — Alienação fiduciária em garantia — Indeferimento da inicial — Ausência de testemunhas instrumentárias — Irrelevância.*”

“Os elementos de o contrato de alienação fiduciária em garantia são os do art. 66 da Lei n. 4.728/65, redação do DL n. 911/69, entre os quais não se acha a exigência de assinaturas de duas testemunhas’ (STJ)” (Ap. Cív. n. 99.002274-9, de Sombrio, deste Signatário).

O simples fato de o bem supostamente já pertencer ao patrimônio do devedor não descaracteriza a garantia da operação de crédito. A respeito já sumulou o Superior Tribunal de Justiça: “o contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor” (Súmula 28).

Por último, a celeuma sobre o cabimento da prisão civil do depositário infiel, tratando-se de alienação fiduciária, mesmo quando convertida em ação de depósito, foi superada a partir do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 72.131, proferido na Sessão Plenária de 22/11/95, no sentido de ser “*legítima a prisão civil do devedor fiduciante que não cumprir o mandato judicial para entrega da coisa ou seu equivalente em dinheiro*”.

Ainda da jurisprudência do excelso Pretório:

“*Habeas corpus. Prisão civil. Depositário infiel.*”

“1 — A jurisprudência do Tribunal firmou-se no sentido da constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel (DL n. 911/69). A equiparação entre devedor fiduciante e o depositário infiel não foi revogada pela CF, art. 5º, LXVII e nem pelo art. 7º, n. 7, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). O Decreto-Lei n. 911/69 está em conformidade com a Constituição” (HC n. 76561/SP, rel. Min. Nelson Jobim, *in* DJU de 2/2/01, pág. 294)

“*Habeas corpus.*”

“— Esta Corte, por seu Plenário (HC n. 72.131), já firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária, bem como que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se ao disposto no artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel.

“— A essas considerações, acrescenta-se outro fundamento de ordem constitucional para afastar a pretendida derrogação do Decreto-Lei n. 911/69 pela interpretação dada ao artigo 7º, item 7º, desse Pacto. Se se entender que esse dispositivo, que é norma infraconstitucional, revogou, tacitamente, a legislação também infraconstitucional interna relativa à prisão civil do depositário infiel em caso de depósito convencional ou legal, essa interpretação advirá do entendimento, que é inconstitucional, de que a legisla-

ção infraconstitucional pode afastar exceções impostas diretamente pela Constituição, independentemente de lei que permita impô-las quando ocorrer inadimplemento de obrigação alimentar ou infidelidade de depositário. *Habeas corpus* indeferido” (HC n. 79.870/SP, rel. Min. Moreira Alves, *in* DJU de 20/10/00, pág. 270).

“Recurso extraordinário. Alienação fiduciária em garantia.

“Ação de depósito. Prisão civil. 2. O Plenário do STF decidiu, por maioria de votos, em 23/11/95, ser legítima a prisão civil do devedor fiduciante que não cumprir o mandado judicial para entrega da coisa ou seu equivalente em dinheiro (HC n. 72131). Recepção do Decreto-Lei n. 911/69 pela Constituição Federal. 3. Precedentes de ambas as Turmas. RE n. 206.086-1 e HC n. 74.831. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido” (RE n. 229.856/SP, rel. Min. Néri da Silveira, *in* DJU de 9/6/00).

Esta Corte não destoa:

“*Habeas corpus* — Ameaça de prisão civil — Alienação fiduciária — Depositário infiel — Constituição Federal — Pacto de São José da Costa Rica — Inaplicabilidade — Inexistência de constringimento — Precedentes do STF — Ordem denegada” (HC n. 01.007354-4, de Imaruí, deste Signatário).

Conforme tal entendimento, o devedor fiduciante investe-se na função de depositário do bem dado em alienação fiduciária. Os arts. 1º (art. 66 da Lei n. 4.728/65) e 4º do Decreto-Lei n. 911/69 definem o devedor alienante fiduciário como depositário, porque o domínio e a posse direta do bem continuam em poder do proprie-

tário fiduciário ou credor, em face da natureza do contrato, estabelecendo um depósito legal em mãos do devedor, que também se responsabiliza pelos encargos que lhe incumbem, nos termos das leis civis.

Destarte, não depositando o bem ou o equivalente em dinheiro, configurada está a infidelidade do depósito. A prisão civil, em decorrência, é medida totalmente lícita, que resguarda o interesse e o prestígio da Justiça.

### III — Decisão

Posta a questão nesses termos, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino.

Florianópolis, 16 de outubro de 2001.

*Silveira Lenzi,*

*Presidente com voto vencedor;*

*Cláudio Barreto Dutra,*

*Relator.*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino.

Dissenti da doutra maioria por entender incabível a prisão civil na ação de depósito fundada no art. 4º do Decreto-Lei n. 911/69, à luz do preceito insculpido no art. 5º, LXVII, da CF, visto que o devedor fiduciário não pode ser considerado depositário infiel, consoante os termos do cânone constitucional referido.

Nesse rumo, veja-se a lição de Álvaro Villaça Azevedo, *verbis*:

“A conclusão, portanto, é de que não existe, na alienação fiduciária em garantia, a figura do depositário, pois, em verdade, o alienante (fiduciante) é o proprietário, porque, desde o início negocial, sofre ele o risco da perda do objeto.

“Ninguém pode ser condenado, portanto, como depositário infiel, se correr o risco da perda da coisa; isto, porque, reafirme-se, o depositário deve guardar bem alheio e não bem próprio” (Prisão civil por dívida, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1993, pág. 109).

Diante disso, revela-se inconstitucional, relativamente ao ponto controvertido, o Decreto-Lei n. 911/69, na esteira da jurisprudência dos tribunais superiores, na trilha da qual é incabível a prisão civil na hipótese de alienação fiduciária em garantia.

A respeito assentou a Suprema Corte:

“Prisão civil — A regra constitucional é no sentido de não haver pri-

ção civil por dívida. As exceções, compreendidas em preceito estrito e exaustivo, correm à conta do inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e da figura do depositário infiel — inc. LXVII do art. 5º da CF. Supremacia da realidade, da organicidade do Direito e glosa do aspecto formal, no que o legislador ordinário, no campo da ficção jurídica, emprestou a certos devedores inadimplentes a qualificação, de todo imprópria, de depositário infiel.

“O fato de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, situado no mesmo patamar da legislação ordinária, resultou na derrogação desta no que extrapolava a hipótese de prisão civil por inadimplemento de prestação alimentícia” (Revista Jurídica, n. 250, 1998, pág. 49).

Pelas razões expostas, dava provimento parcial ao recurso.

*Sérgio Paladino*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 99.001847-4, DE CORREIA PINTO**

**Relator: Des. Newton Trisotto**

*Administrativo — Servidor público em estágio probatório — Exoneração — Processo administrativo inexistente — Nulidade — Reintegração no cargo — Vencimentos atrasados.*

1. “Funcionário em estágio probatório não pode ser exoneração nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade” (STF, Súmula 21).

2. Anulado o ato de demissão do servidor, deve ele ser reintegrado no cargo, sendo-lhe assegurado o direito aos vencimentos atrasados. Porém, do montante deverão ser deduzidos os rendimentos resultantes do exercício de trabalho ou atividade de qualquer natureza, inclusive pro labore, obtidos no período do afastamento. A

*solução se impõe como corolário do princípio, universalmente aceito, que veda o enriquecimento injusto.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.001847-4, da comarca de Correia Pinto, em que é apelante Celso Fernandes de Barros e apelado o município de Correia Pinto:*

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, reformar parcialmente a sentença sob reexame necessário (CPC, art. 475, II), para que do montante dos vencimentos atrasados a serem pagos ao autor sejam descontados os rendimentos que auferiu em razão de trabalho ou atividade de qualquer natureza, inclusive *pro labore*, durante o período de afastamento do cargo, e para isentar o Município do pagamento das custas processuais (LC n. 156/97).

### I — Relatório

Celso Fernandes de Barros ajuizou “ação de nulidade de ato administrativo c/c reintegração funcional e indenizatória” contra o município de Correia Pinto.

Na petição inicial, relata o autor que, depois de aprovado em concurso público, foi nomeado para o cargo de “fiscal de obras” (Portaria n. 208, de 2/1/90), sendo dele demitido em 10/3/93, “sem justa causa”.

Decorrido *in albis* o prazo para apresentação da contestação (fls. 199/200) e ouvido o representante do *Parquet* (fls. 201/204), o Dr. Osmar Mohr julgou procedente o pedido, registrando na parte dispositiva da sentença:

“Ante o exposto, e com base nos artigos 39 e 41 e seus incisos da Constituição Federal, julgo procedente a presente ação para, em consequência, anular o ato administrativo que determinou a exoneração do autor, determinando a reintegração do mesmo ao cargo que ocupava anteriormente, com o pagamento de todas as verbas não percebidas pelo afastamento, devidamente atualizadas pelos índices oficiais, com juros de mora de 6% a.a. a contar da citação, condenando, ainda, o réu ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios à razão de 15% sobre o valor atualizado da causa”.

As partes se conformaram com o *veredictum*, que se reexamina por força de expressa disposição de lei (CPC, art. 475, II).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela redução dos honorários advocatícios.

### II — Voto

Por similitude com o caso *sub judice*, transcrevo o voto prolatado quando do julgamento da Apelação Cível n. 00.011332-8, relacionado com o pedido de reintegração no cargo público formulado por Soni Terezinha Garcia:

“1. Não há prova segura de ter a autora prestado concurso público. Pela Portaria n. 575, de julho/92, o então Prefeito Oliveira Pires Burq nomeou ‘os candidatos concursados e aprovados’, dentre os quais a autora (fls. 45/46). Não foi juntado o termo de



posse ou qualquer outro documento relacionado com o concurso.

“2. Insiste o réu que a apelante, se realmente prestou concurso, o foi para *emprego público*, o que não lhe garante estabilidade. Destarte, poderia ser demitida sem a prévia instauração de processo administrativo.

“Não lhe assiste razão.

“A Lei Complementar n. 471, de janeiro de 1993, que dispôs ‘sobre o regime jurídico único para os servidores públicos civis da administração direta, autarquias e fundações públicas do município de Correia Pinto, estabelece diretrizes gerais para a sua implantação e dá outras providências’, prescreve:

‘Art. 1º. É de natureza Estatutária o Regime Jurídico dos Servidores Públicos do Município de Correia Pinto e reger-se-á por Estatuto vinculado ao direito administrativo’ (fl. 157).

“Posteriormente, sobreveio a Lei n. 497, em maio de 1993, que implantou o ‘Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Município de Correia Pinto’ (fl. 14). Ratificando a LC n. 471/93, no art. 1º prescreve que ‘o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis do município de Correia Pinto, bem como o de suas autarquias e os das fundações públicas é o estatutário, instituído por lei’. Também por força dela os ocupantes de emprego público foram reenquadrados no regime estatutário:

‘Art. 259. O reenquadramento dos servidores ocupantes de emprego ou funções públicas, incluídos no regime jurídico único, ora instituído, ficam transformados em cargos na data de vigência desta Lei.

‘(...)

‘§ 3º — Os Servidores Públicos Municipais estáveis passarão a ocupar os cargos instituídos no Plano de Carreira, mediante simples transposição ou reenquadramento pelo Plano de Carreira, Cargos e Vencimentos, conforme a Lei Municipal n. 471/93’ (fl. 32).

“É certo que a autora ainda não havia completado dois anos de serviço público e, conseqüentemente, não havia adquirido a estabilidade (CF, art. 41), quando foi exonerada. No entanto, também o ‘funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade’ (STF, Súmula 21).

“3. Conforme a jurisprudência, anulado o ato de demissão da servidora pública, como corolário lógico deve ela ser reintegrada no cargo, assegurado o direito aos vencimentos atrasados.

“*Data venia*, nessa questão há um aspecto que não tem sido considerado pela doutrina e pela jurisprudência.

“Conforme já referido, o ordenamento jurídico se rege por princípios. No caso em exame, dois devem ser destacados: a) o princípio de que todo o trabalho deve ser remunerado; de que a ninguém é lícito se locupletar do trabalho alheio; b) o princípio que veda o enriquecimento ilícito.

“No período do afastamento, a autora não trabalhou para o Município. Considerando a sua formação profissional, é de se supor que exerceu outras atividades, talvez até mais rendosas. É justo que por uma deficiência formal no processo adminis-



trativo a sociedade seja onerada, tendo que lhe pagar todos os vencimentos atrasados, sem que tenha trabalhado? Os princípios aludidos não vedam esse enriquecimento injusto e imoral?

“Como é cediço, a jurisprudência — juntamente com a doutrina — constitui fonte mediata do Direito (Washington de Barros Monteiro, Curso de direito civil, Saraiva, 1977, vol. I, pág. 12). Tenho afirmado que deve ela ‘ser edificada na interpretação da lei e não *contra legem*, respeitado o ordenamento jurídico, para não se transformar em ‘construção legislativa’, no expressivo dizer do Ministro Carlos Velloso (RT 658/202)’, pois, conforme Serpa Lopes, ‘a jurisprudência, como bem o explicou Geny, é uma propulsora do Direito e só num caso excepcional pode ser elevada à categoria de fonte do Direito: quando, pela reiteração de um julgado, se estabelece um costume, embora não se admita uma jurisprudência *contra legem*, tal como também sucede em relação aos costumes’. Do contrário, haverá insegurança. Nesse passo, é oportuno o alerta do Des. Alves Braga, do Tribunal de Justiça de São Paulo: ‘Onde irá a certeza do direito se cada juiz se arvorar de legislador?’ (RT 604/43).

“Sem receio de incursionar na área de competência dos legisladores, valendo-me tão-somente dos princípios acima aludidos, penso que é possível coibir o enriquecimento sem causa em casos como este. A solução é simples: do total dos vencimentos devidos à servidora pública reintegrada no cargo deverão ser deduzidos os rendimentos obtidos no

período do afastamento em decorrência do exercício de trabalho ou atividade de qualquer natureza, inclusive *pro labore*, que, por óbvio, não perceberia caso não tivesse sido afastada de sua função. O montante deverá ser apurado em liquidação.

“Do total também deve ser deduzida a quantia paga à autora quando da sua exoneração, verbas que, com a anulação do ato de exoneração, não lhe são devidas.

“4. A autora reclama a majoração da verba honorária, arbitrada em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

“Penso que os parâmetros estabelecidos pelo § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil não foram observados.

“5. Por derradeiro, registro que nesta Corte tramitaram dezenas de recursos interpostos por outros servidores do município de Correia Pinto exonerados em circunstâncias semelhantes ao caso *sub judice* (Ap. Cív. n. 96.006634-9, Des. Gaspar Rubik; Ap. Cív. n. 97.015644-8, Des. Trindade dos Santos; Ap. Cív. n.. 98.004038-8, Des. Nilton Macedo Machado; Ap. Cív. n.. 97.014872-0, Des. Eder Graf; Ap. Cív. n.. 97.000953-4, Des. Anselmo Cerello).

“6. De acordo com a Lei Complementar Estadual n. 156/97, posteriormente modificada pela de n. 161/97, é isento de custas e emolumentos ‘o processo em geral, do qual tenha sido vencida a Fazenda do Estado e dos municípios, direta ou por administração autárquica, quanto ao ato praticado por servidor remunerado pelos cofres públicos’ (art. 35, alínea j).

“7. À vista do exposto, dou provimento aos recursos; aquele do réu, parcialmente, apenas para assegurar-lhe o direito de deduzir do montante devido à autora a quantia paga quando da rescisão do contrato de trabalho; ao da autora, para elevar os honorários advocatícios para R\$ 1.000,00 (mil reais). De ofício, reformo parcialmente a sentença para que do montante dos vencimentos atrasados a serem pagos à autora sejam descontados os rendimentos que auferiu em razão de trabalho ou atividade de qualquer natureza, inclusive *pro labore*, durante o período de afastamento do cargo, e para isentar o Município do pagamento das custas processuais (LC n. 156/97)”.

Pelos fundamentos do voto acima reproduzido, reformo parcialmente a sentença sob reexame necessário (CPC, art. 475, II) para que do montante dos vencimentos atrasados a serem pagos ao autor sejam descontados os rendimentos que auferiu em razão de trabalho ou atividade de qualquer natureza, inclusive *pro labore*, durante o período de afastamento do cargo, e para isentar o Município

do pagamento das custas processuais (LC n. 156/97).

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, reformaram parcialmente a sentença sob reexame necessário (CPC, art. 475, II) para que do montante dos vencimentos atrasados a serem pagos ao autor sejam descontados os rendimentos que auferiu em razão de trabalho ou atividade de qualquer natureza, inclusive *pro labore*, durante o período de afastamento do cargo, e para isentar o Município do pagamento das custas processuais (LC n. 156/97).

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Luiz César Medeiros e Torres Marques. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Raulino Jacó Brüning.

Florianópolis, 20 de novembro de 2001.

*Francisco Oliveira Filho,*  
*Presidente;*  
*Newton Trisotto,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 99.013573-0, DA CAPITAL

**Relator: Des. Newton Trisotto**

*Administrativo — Contrato de empreitada para ampliação de hospital público — Ação de cobrança — Departamento Estadual de Obras e Edificações (DAE) — Autarquia — Pagamento — Atraso — Correção monetária — Termo inicial — Dez dias — Processual — Prova — Ônus — Ausência de específica impugnação — Presunção de veracidade das alegações do autor.*

1. *Ao autor cumpre provar o fato constitutivo do seu direito (CPC, art. 333, I). No entanto, “em direito não há lugar para absolutos” (Teori Albino Zavascki).*

*À falta de específica impugnação (CPC, art. 302) e à vista das peculiaridades do caso concreto, pode-se concluir como sendo verdadeira a afirmação do autor de que as prestações relacionadas ao contrato de empreitada foram liquidadas pelo Estado com atraso.*

2. *“As dívidas dos órgãos e entidades da administração pública serão, independentemente de sua natureza, quando inadimplidas, monetariamente atualizadas, a partir do dia de seu vencimento e até o de sua liquidação, segundo os mesmos critérios adotados para a atualização de obrigações tributárias” (Constituição do Estado de Santa Catarina, art. 117).*

3. *“O artigo 944 do Código Civil refere-se a juros, não à correção monetária” (AgRgAI n. 204.288, Min. Ari Pargendler).*

4. *“Nos contratos em que não haja a estipulação de prazo para o pagamento, em atendimento ao estabelecido no art. 127 do Código Civil e considerando os trâmites burocráticos próprios da administração pública, atende ao princípio da razoabilidade a concessão de dez dias para a exigibilidade da prestação e a constituição em mora” (Ap. Cív. n. 1998.013608-3, Des. Luiz César Medeiros), contados da data da apresentação do documento representativo da obrigação.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.013573-0, da comarca da Capital (Vara da Fazenda — 1º Cartório), em que é apelante o Estado de Santa Catarina e apelada B. L. Empreendimentos Imobiliários Ltda.:*

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso e, de ofício, reformar a sentença sob reexame necessário, para isentar o réu do pagamento das custas judiciais.

Sem custas (LC n. 156/97).

## I — Relatório

B. L. Empreendimentos Imobiliários Ltda. ajuizou ação de cobrança contra o Estado de Santa Catarina.

A autora contratou com o extinto Departamento Autônomo de Edificações (DAE) a execução de obras de ampliação do Hospital Governador Celso Ramos, em Florianópolis. Sustenta que algumas faturas foram pagas com atraso e com a ação aforada pretende seja o réu condenado a pagar o *quantum* correspondente à correção monetária.

Apresentada a contestação (fls. 79/84) e ouvida a representante do *Parquet* (fls. 104/109), o Dr. Volnei Ivo Carlin julgou parcialmente procedente o pedido, registrando na parte dispositiva da sentença:

“Julgo procedente em parte o pedido exordial, para condenar o Estado de Santa Catarina no pagamento à autora dos valores relativos à correção monetária por atraso no pagamento dos valores devidos em razão do contrato 006/89—PJ, corrigidos monetariamente desde a época em que eram devidos e acrescidos de juros legais de 6% a.a. a contar da citação.

“Decaindo a autora de parte mínima do *petitum*, condeno, ainda, o réu no ônus da sucumbência, fixados honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação (arts. 20, § 4º, e 21, § 1º, CPC)”.

O Estado interpôs apelação. Reeditando argumentos expendidos na contestação, sustenta que: a) não há previsão contratual ou autorização legal para pagamento da correção monetária em caso como o *sub judice*; b) a apelada recebeu o principal da dívida sem ressalvas, havendo, por força do art. 944 do Código Civil, quitação no tocante aos acessórios; c) tendo ela decaído de parte do pedido, responde pelos ônus da sucumbência, em proporção.

A apelada e o Promotor de Justiça pugnam a manutenção do *veredictum*; a douta Procuradoria-Geral de Justiça, o provimento do recurso para que sejam reduzidos os honorários advocatícios.

## II — Voto

1. Pela relevância do tema e pela proliferação de pedidos da mesma natureza, permito-me tecer breves considerações acerca da *quaestio juris* posta nos autos.

1.1. Segundo Carlos Alberto Bittar — e com ele estou inteiramente de acordo —, “inobstante constitua a sua mais importante forma de expressão a norma escrita — a lei — o Direito não se cinge a normas e, muito menos, a normas positivas. O Direito compreende — como se sabe — o costume, a jurisprudência e outras inúmeras formas” (Os Direitos da Personalidade, Forense Universitária, 1989, 1ª ed., pág. 8).

No mesmo sentido é a lição de Barbosa Moreira:

“O ordenamento jurídico, evidentemente, não se exaure naquilo que a letra da lei revela à primeira vista. Nem é menos grave o erro do julgador na solução da *quaestio juris* quando afronte norma que integre o ordenamento sem constar literalmente de texto algum” (Comentários ao Código de Processo Civil, 7ª ed., vol. V, pág. 129).

Todo o ordenamento jurídico rege-se por princípios. “Os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogênica fundamentante” (Ruy Samuel Espíndola, Conceito de Princípios Constitucionais, RT, 1999, pág. 66). No expressivo dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não ape-

nas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que os sustentam e alui-se toda a estrutura nele esforçada” (Elementos de Direito Administrativo, 1980, 1ª ed., pág. 230).

Constitui princípio geral de direito, universalmente aceito, que a ninguém é permitido enriquecer injustamente, em prejuízo alheio.

A perda do valor relativo da moeda em decorrência do processo inflacionário gera prejuízo ao credor e injusta vantagem ao devedor, se não for compensada.

Orientados por esse princípio, os tribunais firmaram o entendimento de que, “não constituindo um *plus* mas mera atualização da moeda aviltada pela inflação, a correção monetária se impõe como imperativo econômico, jurídico e ético, para coibir o enriquecimento sem causa” (REsp n. 4.874, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira) e, ainda, de que, independentemente de previsão legal ou contratual, “incide correção monetária sobre débito liquidado pela administração pública com atraso” (Ap. Cív. n. 1999.017978-8).

De qualquer sorte, nem sequer é necessário buscar nos princípios gerais de direito o dever de o Estado de Santa Catarina pagar correção monetária às obrigações liquidadas com

atraso; está ele expressamente previsto na Constituição Estadual: “As dívidas dos órgãos e entidades da administração pública serão, independentemente de sua natureza, quando inadimplidas, monetariamente atualizadas, a partir do dia de seu vencimento e até o de sua liquidação, segundo os mesmos critérios adotados para a atualização de obrigações tributárias” (art. 117, *caput*).

1.2. Valendo-me de precedente desta Corte, acórdão da lavra do Desembargador João José Schaefer, tenho afirmado que, “como a prova oral, também a versão das partes ‘deve, pelo princípio da persuasão racional (CPC, art. 131), ser analisada, medida e ponderada, posta em confronto com a lógica e as regras da experiência, desprezando-se o inverossímil e o improvável, para acolher-se o que se evidencia racional, coerente e compatível com as circunstâncias” (Ap. Cív. n. 1999.019618-6).

Humberto Theodoro Júnior, citando João Monteiro, assinala que a prova não é apenas um fato processual, “mas ainda uma indução lógica, é um meio com que se estabelece a existência positiva ou negativa do fato probante, e é a própria certeza dessa existência”. Adiante preleciona:

“Com relação aos fatos, a prova pode ser direta ou indireta. Direta é a que demonstra a existência do próprio fato narrado nos autos. Indireta, a que evidencia um outro fato, do qual, por raciocínio lógico, se chega a uma conclusão a respeito dos fatos dos autos. É o que se denomina prova indiciária ou por presunção. (...) O processo moderno procura solucionar os litígios à luz da verdade real e é, na prova dos

autos, que o juiz busca localizar essa verdade” (Curso de Direito Processual Civil, Forense, 1996, 18ª ed., vol. I, págs. 414/5).

Nessa esteira, anotou o Desembargador Ernani Palma Ribeiro no acórdão relativo à Apelação Cível n. 17.982:

“É função precípua do juiz procurar a verdade objetiva nos meandros da prova, muitas vezes contraditória, que se encontra nos autos, para evitar decisões intermediárias, à conta de dificuldade em chegar a um resultado positivo.

“Pinçar da prova, aparentemente antagonônica, o ponto fundamental da controvérsia, espancando dúvidas para desnudar a verdade, é virtude que enaltece o bom senso jurídico do julgador” (JC 37/231).

A lição e os julgados referidos conduzem à conclusão de que as regras inseridas no art. 333 do Código de Processo Civil concernentes ao ônus da prova podem e devem ser relativizadas. A conclusão é reforçada pelo preceito insculpido no art. 335 do Código: “Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras da experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”.

Sempre se deve levar em conta que o processo, como instrumento de realização da justiça, tem a ética a presidir todos os seus atos; que o processo “*não é um jogo de espertezas, mas instrumento ético da jurisdição para a efetivação dos direitos da cidadania*” (REsp n. 65.906, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Por isso,

pune o Código de Processo Civil o litigante de má-fé (art. 16); estabelece no art. 14 que cumpre às partes e seus procuradores:

“I — expor os fatos em juízo conforme a verdade;

“II — proceder com lealdade e boa-fé;

“III — não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

“IV — não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito”.

A pessoa jurídica de direito público, além do dever de lealdade processual, tem a obrigação de pautar todos os seus atos pelos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade (CF, art. 37). Nesses atos estão compreendidas as defesas e contestações em processos administrativos e judiciais. Não lhe é lícito impugnar fatos articulados pelo autor que sabe verdadeiros, que podem ser provados por documentos que se encontram em seus arquivos.

O administrador público tem não só a obrigação legal, mas também o dever moral de honrar as suas obrigações, porquanto constituem compromissos da sociedade que representa, sociedade que não lhe outorgou mandato para praticar *espertezas*. Não adimplida a obrigação no prazo, os princípios em referência o obrigam a reconhecer o fato, contribuindo para que se realize a justiça, para que seja cumprida a lei e respeitada a moralidade administrativa.

1.3. À pessoa jurídica não é permitido dispor sobre direitos patri-



moniais sem expressa autorização do Poder Legislativo. Os direitos da pessoa jurídica, ainda que de natureza puramente material, são indisponíveis (Ap. Cív. n. 2000.003757-5). Em princípio, “o ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica à Fazenda Pública” (TFR, AC n. 80.668, Min. Pádua Ribeiro, *in* Alexandre de Paula, O Processo Civil à Luz da Jurisprudência, Forense, 1989, verbete n. 25.580-A). Conseqüentemente, a revelia não importa em confissão ficta:

“Tratando-se de direitos indisponíveis, que envolvam interesse público, são inaplicáveis os efeitos da revelia, por ausência de contestação do Poder Público, não podendo o juiz promover o julgamento antecipado da lide, ainda que a questão seja unicamente de direito” (TJMG, AC n. 56.473, Des. Danilo Furtado, RF 280/213).

“Em se tratando de pessoa jurídica de direito público (União, Estados, Território ou Municípios) a revelia não induzirá a que se repute verdadeiros os fatos alegados pelo autor” (TJSP, AC n. 219.305, Des. Guimarães e Souza).

“São inaplicáveis os efeitos da revelia quando o réu, pessoa jurídica de direito público interno — União, Estado, Município e Território —, não manifesta resposta, por se tratar de direitos indisponíveis, que envolvem interesse público, não podendo o juiz promover o julgamento antecipado da lide” (Alexandre de Paula, O Processo Civil à Luz da Jurisprudência, Forense, verbete n. 25.956).

“Ação ordinária de cobrança aforada por credor contra prefeitura municipal — Duplicata de prestação

de serviços — Sem contestação — Na audiência deferiu-se a dispensa da produção de prova oral, por não ter a ré apresentado contestação — A final, julgou-se procedente o pedido formulado na inicial, de que recorreu a parte vencida, suscitando a ilegitimidade de parte passiva *ad causam* e tratando-se de direito indisponível, impunha-se a produção da prova requerida” (Ap. Cív. n. 41.895, Des. Rubem Córdova).

“Tratando-se de direitos indisponíveis, que envolvem interesse público, são inaplicáveis os efeitos da revelia, por ausência de contestação do Poder Público, não podendo o juiz promover o julgamento antecipado da lide, ainda que a questão seja unicamente de direito” (TJMG, RF 280/213).

Porém, “em direito não há lugar para absolutos” (Teori Albino Zavascki, Antecipação da Tutela, Saraiva, 2ª ed., 1999, pág. 152).

De acordo com o art. 302 do Código de Processo Civil, presume-se verdadeiros os fatos narrados na petição inicial e não *precisamente* impugnados pelo réu, salvo “se não for admissível, a seu respeito, a confissão” (inc. I), dentre outras exceções. O dispositivo legal citado tem correspondência com o inc. II do art. 319. Estatui ele que a revelia não conduz à presunção de serem verdadeiros os fatos articulados pelo autor “se o litígio versar sobre direitos indisponíveis”.

Igualmente, à falta de contestação ou de específica impugnação (CPC, art. 302) pode-se afirmar como verdadeiro fato articulado pelo autor na petição inicial desde que verossí-



mil, compatível com a natureza do pedido e do litígio, razoável à vista das circunstâncias e/ou peculiaridades do caso e, principalmente, quando notório.

Há precedentes desta Corte que apóiam a assertiva:

“As afirmações fáticas da inicial, não negadas e comprovadas em contrário pelo réu — que dispunha dos assentamentos funcionais dos postulantes para tal — prevalecem como verdade (arts. 300, 302 e 330, II, do CPC)” (Ap. Cív. n. 39.988, Des. Eder Graf).

Embora relacionadas com a ausência de informações no mandado de segurança, por analogia, podem ser aplicadas à hipótese em comento as lições doutrinárias e os julgados abaixo:

“A falta de informações pode importar confissão ficta dos fatos argüidos na inicial, se a isto autorizar a prova oferecida pelo impetrante” (Hely Lopes Meirelles, Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e *Habeas Data*, RT, 1989, 13ª ed., pág. 62).

“A não prestação de informações não induz revelia. Em certos casos, porém, é lícito ao juiz presumir certos fatos que, embora não comprovados pelo impetrante, não são negados pela autoridade impetrada” (Hugo de Brito Machado, Mandado de Segurança em Matéria Tributária, RT, 1994, pág. 39).

“A autoridade apontada como coatora, que desatende o pedido de informação, em mandado de segurança, deixando de acudir, implicitamente, ao *vacatio in ius*, torna-se revel, arastando a entidade de direito público

às conseqüências patrimoniais acaso decorrentes da sua contumácia. Nem por isso o pleito, cuja figura passiva é, necessariamente, a pessoa jurídica de direito público, deixará de ter normal prosseguimento” (J. M. Sidou, Do Mandado de Segurança, RT, 1969, pág. 383).

“Como conseqüência dessas afirmações, deveremos concluir, contrariamente ao conceito corrente no foro, que a falta de informações não constitui desatenção à autoridade do juiz nem desobediência à ordem judicial: isto porque a citação inicial — seja qual for a sua forma — não é ordem para a prática de qualquer ato; a ela não corresponde nenhuma obrigação ou dever para com a autoridade judiciária nem para com a outra parte na demanda. O que existe é apenas ônus processual de apresentar defesa; e se a parte passiva não se desincumbe desse ‘ônus’ de contestar sofrerá as conseqüências decorrentes da omissão” (Celso Agrícola Barbi, Do Mandado de Segurança, Forense, 1993, 6ª ed., pág. 194).

“Não é infensa ao Mandado de Segurança a regra de que se presume verdadeiros os fatos não impugnados” (ACMS n. 3.640, Des. João José Ramos Schaefer).

“No mandado de segurança a resposta da autoridade não é obrigatória, mas a par de se constituir em desatenção, implica em revelia, havendo quem admita ‘confissão ficta dos fatos argüidos na inicial, se a isto autorizar a prova oferecida pelo impetrante’.

“De qualquer modo, há ‘ônus processual de apresentar defesa; e se a parte passiva não se desincumbe

desse ônus, arrasta a entidade de direito público às conseqüências patrimoniais acaso decorrentes da contumácia” (ACMS n. 4.204, Des. Amaral e Silva).

1.4. Prescreve o art. 944 do Código Civil que, “sendo a quitação do capital sem reserva dos juros, estes presumem-se pagos”. Igual regra contém o Código Comercial (art. 252). A presunção é relativa (Sílvia Rodrigues, Direito Civil, Saraiva, 23ª ed., 1995, vol. 2, pág. 148; Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, Saraiva, 8ª ed., 1994, 2º vol., pág. 193).

Sobre o tema, ensina Caio Mário da Silva Pereira:

“O pagamento do capital faz presumir a quitação quanto aos juros, salvo recebimento de um com reserva dos outros (Código Civil, art. 944). Esta presunção é tida como irrefragável por numerosos escritores, entre os quais o nosso Bevilacqua. Outros o negam, avultando Orozimbo Nonato, que a qualifica de *legis tantum*, não só porque as presunções absolutas são excepcionais como também porque não é obrigatório, segundo o art. 59, que o acessório sempre acompanhe o principal. Em nosso Anteprojeto deixamos claro ser *juris tantum* a presunção, consignando no art. 212 que a quitação do principal faz presumir a dos acessórios, salvo prova em contrário” (Instituições de Direito Civil, Forense, 15ª ed., 1996, vol. II, pág. 135).

Com ele consoa a jurisprudência:

“Das regras insertas nos arts. 943 e 944 decorre apenas a presunção *juris tantum*, não encerrando, assim, verdade incontrastável. Hipótese

em que o pagamento foi efetuado sem o cômputo da correção cobrada e sem que tivesse sido feita nenhuma referência a que o credor tenha a ela renunciado, por isso mesmo que a quitação dada não exclui, por si, a faculdade de se pleitear a correção, sobretudo quando o contrato afirma sobre a sua incidência” (REsp n. 31.760, Min. César Asfor Rocha).

“É *juris tantum* a presunção legal do pagamento dos juros na quitação do capital sem reserva daqueles, como contida nos artigos 944 do Código Civil e 252 do Código Comercial, por isso que cede à prova cumprida do não pagamento” (TJPR, AC n. 33.040, Des. Nunes do Nascimento).

“Efetivado o pagamento a des- tempo, as diferenças são devidas, mesmo que se sustente a quitação dada pelo autor, porquanto é evidente que o pagamento, gerador do efeito extintivo da obrigação, não foi feito com correção monetária, sendo, pois, incompleto” (REsp n. 20.549, Min. Antônio de Pádua Ribeiro).

Ademais, a regra do art. 944 do Código Civil aplica-se apenas aos juros da mora e não à correção monetária:

“O artigo 944 do Código Civil refere-se a juros, não à correção monetária” (AgRg n. 204.288, Min. Ari Pargendler).

Os usos, os costumes e o dinamismo das relações negociais hão de ser considerados. Hodiernamente, muitas obrigações de natureza pecuniária são liquidadas com o depósito da quantia devida na conta bancária do credor. Não é diferente na administração pública. Não se pode pretender que a aceitação do depósito, por si só,

implique quitação dos juros moratórios e da correção monetária. E é público e notório, independentemente de prova (CPC, art. 334, I), que o Poder Público, quando atrasa o cumprimento de suas obrigações, não paga juros ou correção monetária. Nesta Corte tramitam e tramitam centenas de processos em que credores, inclusive servidores públicos, reclamam essas verbas. Por isso, beira a litigância de má-fé a invocação do art. 944 do Código Civil.

Também não é razoável supor que o credor recuse o pagamento da dívida porque não incluídos os juros e a correção monetária. Mas seria fácil supor que muitos servidores públicos não aceitariam a quitação com ressalvas.

Como já foi acima referido, normalmente o pagamento é feito por meio de depósito em conta corrente bancária ou em cheque. Não raro, o recibo é passado no próprio empenho, adrede preenchido. Ao credor não é dado oportunidade para ressaltar os juros e a correção monetária.

1.5. Nas circunstâncias retratadas nos autos, não vislumbro uma só razão que poderia justificar o ajuizamento de ação de cobrança se não houvesse *causa de pedir*.

Para conferir maior segurança ao *decisum*, o montante da dívida pode ser apurado em liquidação. Supre-se, assim, a deficiência da prova relacionada com o tempo do atraso no cumprimento da obrigação. Na liquidação, poderá ser realizada perícia ou poderão ser juntados documentos. Verificando-se que não houve o atraso, o credor responderá pelas sanções relativas à litigância de má-fé.

Nem sequer constitui óbice à solução a regra insculpida no parágrafo único do art. 459 do Código de Processo Civil: “Quando o autor tiver formulado pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença *ilíquida*”.

Acerca do tema, tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

“Não importa em violação ao parágrafo único do art. 459 do CPC a decisão em segunda instância reduzindo a indenização, de sorte a considerar fatores a dela deduzir, dependentes de liquidação, seja porque não se afasta da unidade constante do pedido, seja porque dita regra somente tem aplicação em primeira instância” (REsp n. 3.719, Min. Dias Trindade).

É certo que o *an debeatur* deve ser provado no processo de conhecimento. Segundo lição de Aguiar Dias, não basta que o “autor mostre que o fato de que se queixa, na ação, seja capaz de produzir dano, seja de natureza prejudicial. É preciso que prove o dano concreto, assim entendida a *realidade* do dano que experimentou, relegando para a liquidação a avaliação do seu montante” (Da Responsabilidade Civil, Forense, 1994, 9ª ed., vol. I, pág. 86). Com ele concordam Theotônio Negrão (Código de Processo Civil e Legislação Processual e Vigor, Saraiva, 1999, 30ª ed., pág. 637, nota ao art. 603) e Rui Stoco (Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, RT, 1997, 3ª ed., pág. 505). Todavia, “em direito não há lugar para absolutos”, conforme já acima referido.

1.6. Quanto ao termo inicial de incidência da correção monetária, concordo com os fundamentos do voto do Desembargador Luiz César Me-

deiros inserido no acórdão relativo à Apelação Cível n. 1998.013608-3:

“Nos termos do art. 127 do Código Civil, ‘os atos entre vivos, sem prazo, são exequíveis desde logo, salvo se a execução tiver de ser feita em lugar diverso ou depender de tempo’.

“Ensina o mestre J. M. de Carvalho Santos que a expressão *desde logo* ‘equivale a imediatamente, em geral empregada em outras legislações, deve ser entendida em termos hábeis’.

“E mais à frente, invocando as lições de Carvalho de Mendonça e Clóvis Bevilacqua obtempera:

‘É o que nos ensina Carvalho de Mendonça, nesta passagem:

‘É preciso atender precipua-mente à natureza da prestação, como sempre praticaram os romanos.

‘Ainda no processo moderno, é de natureza da intimação para pagar conceder-se um prazo, inda que calculado em horas, para ser realizado o pagamento.

‘Circunstâncias outras podem surgir que a doutrina não pode prever, mas que os fatos variados da prática podem impor, em que se orne indispensável um prazo para a prestação’ (Obrig., vol. 1, n. 252)’.

“Não é outra a lição de Clóvis, quando doutrina: ‘A regra estabelecida no começo do artigo seria de rigor excessivo, se não fosse atenuada pela exceção posta em seguida, onde aparecem os prazos tácitos, oriundos da natureza do negócio ou das circunstâncias’ (ob. cit., pág. 412).

“E complementa:

‘Suponhamos agora que não haja acordo quanto ao tempo que é

preciso, na hipótese formulada, para que o objeto seja entregue em outra cidade. Como solucionar a dúvida? A fixação do prazo, em tais casos, deverá ser feita pelo juiz, a requerimento do devedor, se o credor que tiver direito de o fazer a isso se recusar (Carvalho de Mendonça, ob. e loc. cit.)’ (Código Civil Brasileiro Interpretado. 10<sup>a</sup> ed., São Paulo: Livraria Freitas Bastos, págs. 110-111).

“No caso dos autos, em algumas situações, o DER/SC postergava o pagamento por mais de 20 dias. No entanto, o próprio perito em seu relatório reconheceu que a autarquia, em muitos pagamentos, utilizou o critério de 10 dias após a medição para o efeito de corrigir o débito monetariamente.

“O Estado de Santa Catarina igualmente pondera que as entidades públicas no caso de título com vencimento à vista ou contra a apresentação necessitaria de um prazo mínimo de dez dias para a conferência, aprovação, elaboração de empenho e efetuar o correspondente pagamento.

“Tenho como medida calcada no princípio da razoabilidade a concessão de 10 dias, a contar da medição, para o pagamento dos contratos, como os ora tratados, em que não haja prazo expresso estipulado. A correção monetária, então, deverá incidir sobre os débitos pagos posteriormente a essa data.

“A solução que ora se indica, além de razoável e de resguardar, da forma mais justa possível, os interesses de ambas as partes, tem paralelo no Decreto n. 94.684, de 24 de julho de 1987, que regulamenta o reajuste de preços nos contratos da Administração Federal Direta e Indireta, e dá

outras providências. Dispõe o art. 10 da citada norma:

‘Art. 10. Serão observados os seguintes prazos:

‘I — de até 10 (dez) dias úteis, contados da data da realização do fornecimento, da execução das obras, da prestação dos serviços ou do encerramento de cada etapa de execução do contrato, para medição, verificação, classificação ou conferência;

‘II — de até 10 (dez) dias úteis, contados da data da apresentação dos documentos de cobrança, para pagamento’.

“Muito embora o decreto em comento tenha aplicação somente na esfera da Administração Federal, os seus termos dão força, mesmo que analogicamente, ao entendimento da necessidade da concessão do prazo mínimo de 10 dias para a exigência dos pagamentos e a conseqüente incidência de correção monetária se adimplidos além do lapso ora indicado”.

O acórdão está assim ementado:

“A correção monetária, mera atualização do valor da moeda naufragada em tormentosa inflação, constitui justa solução para todas relações jurídicas com o fim de resgatar a real expressão do poder aquisitivo original’ (REsp n. 51.814/SP, Min. Milton Luiz Pereira). Por isso, demonstrada a prestação dos serviços pelo particular e o adimplemento com atraso pelo Poder Público, impõe-se a atualização monetária, independentemente de cláusula a prevendo.

“Nos contratos em que não haja a estipulação de prazo para o paga-

mento, em atendimento ao estabelecido no art. 127 do Código Civil e considerando os trâmites burocráticos próprios da administração pública, atende ao princípio da razoabilidade a concessão de dez dias para a exigibilidade da prestação, e a constituição em mora”.

2. Registro que nem todos os pagamentos foram efetuados fora do prazo de dez dias. Tem a apelada direito à correção monetária apenas em relação às notas fiscais cujos valores tenham sido pagos após dez dias da data de sua emissão — conforme acima explicitado —, de acordo com o quadro por ela mesma elaborado (fl. 73).

3. Por força da Lei Complementar n. 156/97, posteriormente alterada pela de n. 161/97, não são devidos custas e emolumentos no processo “no qual tenha sido vencida a Fazenda do Estado e dos municípios, direta ou por administração autárquica, quanto a ato praticado por servidor remunerado pelos cofres públicos” (art. 35, alínea *l*).

4. Em face do exposto, dou provimento parcial ao recurso para fixar como termo inicial da correção monetária o prazo de dez dias, contados da data da apresentação do documento representativo da obrigação. De ofício, reformo a sentença sob reexame necessário (CPC, art. 465, II), para isentar o réu do pagamento das custas judiciais.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, deram provimento parcial ao recurso e, de ofício, reformaram a sen-

tença sob reexame necessário para isentar o réu do pagamento das custas judiciais.

Participou do julgamento o Exmo. Des. Luiz César Medeiros. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Áttila Antônio Rothsahl.

Florianópolis, 20 de dezembro de 2001.

*Francisco Oliveira Filho,*  
*Presidente com voto;*  
*Newton Trisotto,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.010284-7, DE BLUMENAU**

**Relator: Des. Sérgio Paladino**

*Embargos à execução. Pedido de reunião destes autos aos de ação ordinária intentada visando à revisão de contratos bancários, ao argumento de que caracterizada a conexão. Impossibilidade, à míngua de prova do conteúdo da revisional, de modo que se pudesse averiguar a existência de identidade entre as causas de pedir de uma e de outra demanda. Ônus que incumbia ao interessado.*

*O art. 333, aplicável subsidiariamente ao processo de execução por expressa autorização do art. 598, também do Código de Processo Civil, atento ao princípio dispositivo, distribuiu o ônus da prova norteando-se pelo consagrado axioma que remonta à antiga Roma, consoante o qual probatio incumbit assenti.*

*Contrato de financiamento de capital de giro. Novação. Preterida discussão dos pactos originários. Impossibilidade.*

*Ocorrendo a novação, mediante a assinatura de novo contrato, extinguem-se as obrigações anteriores, que são substituídas pelas recentemente assumidas, tornando-se totalmente descabida a discussão em torno de eventuais vícios ou irregularidades das avenças findas.*

*Juros. Capitalização. Pedido deduzido na petição inicial da execução que não a contemplou, o qual estabelece os limites da lide.*

*O pedido deduzido na petição inicial da execução é que determina os limites da lide, aos quais fica adstrito o juiz. Portanto, se o credor não incluiu na formação do montante exigido a capitalização de juros, não havia ensejo à discussão em torno da respectiva cobrança.*



*Código de Defesa do Consumidor. Aplicação ao caso concreto pleiteada na petição inicial da ação incidental. Questão não abordada na sentença. Embargos de declaração. Recurso não manejado pelos interessados. Alusão em passant ao silêncio do provimento judicial que não se equipara a fundamento do apelo. Ausência de arguição de nulidade do veredicto por não haver esgotado a prestação jurisdicional, e de pedido ao tribunal para que a apreciasse, mediante invocação do preceito inscrito no § 1º do art. 515 do CPC. Pronunciamento da Corte. Inadmissibilidade.*

*A referência em passant ao silêncio da sentença a respeito de alegação deduzida na petição inicial dos embargos do devedor não se equipara a fundamento do apelo, máxime se o interessado não arguiu a nulidade do veredicto por não haver esgotado a prestação jurisdicional e não pediu ao Tribunal, invocando o preceito inscrito no § 1º do art. 515 do CPC, que apreciasse a questão sobre a qual o juiz não se pronunciou.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.010284-7, da comarca de Blumenau (2ª Vara), em que são apelantes Cláudio Letzow e Blumenthal Indústria e Comércio de Confecções Ltda. e apela do Banco Boavista S.A.:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Blumenau, Blumenthal Indústria e Comércio de Confecções Ltda. e Cláudio Letzow opuseram, separadamente, embargos à execução que lhes move Banco Boavista S.A., suscitando, preliminarmente, a inépcia da inicial, ao argumento de que o exequente não indicou qual dos contratos juntados à exordial pretendia ver executado, além de referirem que aos pretensos títulos faltam os requisitos de liquidez, certeza e exigibilidade. Argüiram ainda a neces-

sidade de reunião dos autos das execuções e desses aos da ação ordinária proposta com o objetivo de revisar os contratos bancários firmados pelas partes, entre os quais figuram os anexados à inicial da execução.

No tocante ao mérito, aduziram que o valor perseguido é fruto de sucessivas renegociações de dívidas com a instituição bancária, realizadas com a inclusão de juros ilegais e capitalizados. Ressaltaram que a novação não convalida os vícios existentes nas obrigações originárias e requereram a exibição de todos os contratos de mútuo celebrados pelos litigantes, e dos extratos da conta corrente em que lançados os créditos e os débitos a eles referentes para serem submetidos à perícia contábil, a fim de que se possa apurar o montante devido. Pleitearam, outrossim, que após a revisão do débito e conseqüente diminuição da dívida, seja também reduzido o valor das garantias. Por fim, postularam que os



contratos, por serem de adesão, fossem analisados à luz do Código de Defesa do Consumidor.

O embargado apresentou impugnação, asseverando a litigância de má-fé dos embargantes e destacando a ausência de preparo. No mais, refutou toda a argumentação deduzida, enfatizando a regularidade da petição inicial, uma vez que nela consignou o objeto da execução, que atende, ademais, a todos os requisitos estabelecidos na lei, aditando a desnecessidade da reunião desses autos aos da referida ação ordinária, porquanto não têm a mesma causa de pedir. Relativamente ao mérito rebateu o pedido de juntada de documentos, e infirmou a argumentação aventada em torno da revisão dos pactos resultantes da novação, porque extintos, defendendo também a legalidade do anatocismo e da taxa de juros praticada.

Após a manifestação dos embargantes, decidindo antecipadamente a lide, o Dr. Juiz de Direito julgou improcedentes os pedidos formulados nos embargos, condenando os embargantes ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% sobre o valor do débito.

Inconformados, apelaram os vencidos, objetivando a reforma do veredicto. Reiteram, primeiramente, a necessidade de reunião de ambos os embargos e da execução aos autos da ação ordinária proposta com a finalidade de revisar os contratos que firmaram com a instituição creditícia, em virtude da identidade da causa de pedir existente entre os processos. A respeito do mérito, afirmam que o va-

lor exigido mediante o procedimento executivo foi obtido por intermédio de renegociações da dívida, as quais incluíram a prática do anatocismo, que é vedada pela vigente ordem jurídica. Aludiram, por derradeiro, ao silêncio da sentença acerca da incidência aos contratos bancários do Código de Defesa do Consumidor e das inexoráveis conseqüências da respectiva aplicação aos contratos que instruem a execução contra a qual se opõem por este meio.

Com as contra-razões, ascenderam os autos a este grau de jurisdição.

É o relatório.

A pretendida reunião dos processos, à consideração de que conexos, não pode ser acolhida, à míngua de prova da existência de causa para a modificação da competência, cujo ônus incumbia aos apelantes. Com efeito, limitaram-se a alegar a existência da referida revisional e do seu objeto, sem, contudo, trazer aos autos qualquer elemento capaz de permitir o exame da identidade das causas de pedir que pudesse existir entre estes e outra demanda. Logo, não tendo ao menos juntado a petição inicial da referida ação ordinária, não havia como verificar se abrangia o contrato que instrui a execução.

Ademais, ao tempo da interposição do presente recurso, protocolizado em 17 de março de 1998, a mencionada revisional encontrava-se arquivada em decorrência da inércia de sua autora, a embargante Blumenthal Indústria e Comércio de Confeções Ltda., que, segundo as informações obtidas no Sistema de Automação Judiciária (SAJ) deixou

transcorrer *in albis* o prazo para emendar a inicial.

Ora, o art. 333, aplicável subsidiariamente ao processo de execução por expressa autorização do art. 598, também do Código de Processo Civil, atento ao princípio dispositivo, distribuiu o ônus da prova norteando-se pelo consagrado axioma que remonta à antiga Roma, consoante o qual *probatio incumbit assereenti*.

Como não a produziram, não há o que rever.

Relativamente ao mérito, avulta igualmente a improcedência da insurreição, visto que os apelantes pretendem discutir avenças que não são objeto da execução.

O título exequendo consiste num contrato de financiamento de capital de giro, cuja desconstituição não buscam os devedores, os quais dirigiram os embargos contra negócios pretéritos, extintos pela superveniência da novação, patenteando-se totalmente descabida a discussão em torno de eventuais vícios ou irregularidades que os pudessem ter contaminado.

Consoante a norma inscrita no art. 999, I, do Código Civil, dá-se a novação quando o devedor contrai com o credor nova dívida, para extinguir e substituir a anterior.

Dissertando sobre os efeitos das obrigações, ensina Washington de Barros Monteiro:

“A novação corresponde a meio liberatório singular, a modo especial de extinguir-se a obrigação. Chega-se a compará-la a um pagamento fictício. Define-se como ‘a conversão de uma dívida em outra para extinguir a pri-

meira’. É a substituição de uma dívida por outra, eliminando-se a precedente. Desaparece a primeira e, em seu lugar, surge nova. Esse o seu conteúdo essencial, aliás, duplo: um *extintivo*, referente à obrigação antiga; outro *gerador*, relativo à obrigação nova. Não existe, pois, tão-somente, uma transformação; o fenômeno é mais complexo, abrangendo a criação de nova obrigação, que se substitui à antiga” (Curso de direito civil, 28ª ed. atual., vol. 4, São Paulo, Saraiva, 1995, págs. 293/294).

No rumo da lição transcrita, evidenciando-se que a dívida foi contraída exatamente para saldar e substituir as antecedentes, desvela-se o *animus novandi*, tornando inteiramente descabida a discussão acerca das obrigações que extinguiu e substituiu.

Em hipótese assemelhada, assentou a jurisprudência:

“Ocorrendo novação, mediante confissão de dívida, extinguem-se as dívidas anteriores, que são substituídas pelo novo negócio jurídico, descabendo ao devedor alegar vício ou irregularidade no que não mais existe” (Apelação Cível n. 191105980, de Passo Fundo, ac. un. da 2ª Câmara Cív. do TARS, rel. Juiz João Pedro Freire, j. 19/9/91).

Por outro lado, não há ensejo à discussão acerca da cobrança da capitalização dos juros, porquanto o pedido deduzido na petição inicial da execução é que estabelece os limites da lide, aos quais fica adstrito o juiz. Ora, se o credor não incluiu na formação do montante exigido aludido item, dele não poderia ocupar-se a sentença, ex-

ceto para proclamar a inadmissibilidade do respectivo questionamento.

Objetar-se-á, asseverando que o magistrado estava obrigado a pronunciar-se sobre o ponto, em face de haver sido suscitado na peça vestibular dos embargos — ação que visa à desconstituição do título. Nada obstante considere o Código de Processo Civil o excesso de execução como *causa petendi* hábil à sua oposição — art. 741, V, combinado com o 743, I —, admitindo o expurgo do que eventualmente ultrapasse o valor do débito, só se sujeitará à apreciação aquele que, além de constar do ajuste, tiver sido expressamente pedido na inicial da demanda executória. Logo, decidiu corretamente o Magistrado.

Finalmente, aludiram os apelantes de passagem ao fato da sentença haver silenciado acerca da aplicabilidade ao caso concreto do Código de Defesa do Consumidor, questão que suscitaram na petição inicial da ação incidental.

Porém, a referência *en passant* ao silêncio da sentença a respeito de

alegação deduzida na petição inicial dos embargos do devedor não se equipara a fundamento do apelo, máxime se o interessado não argüiu a nulidade do veredicto por não haver esgotado a prestação jurisdicional, e não pediu ao Tribunal, invocando o preceito inscrito no § 1º do art. 515 do CPC, que apreciasse a questão sobre a qual o juiz não se pronunciou.

Diante disso, é defeso a esta Corte manifestar-se sobre o ponto, à míngua de provocação dos interessados.

Ante o exposto, negou-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 16 de outubro de 2001.

*Silveira Lenzi,*  
*Presidente com voto;*  
*Sérgio Paladino,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 01.001958-8, DE ITAJAÍ**

**Relator: Des. Sérgio Paladino**

*Apelação cível. Pedido de antecipação de tutela deduzido nas razões do recurso. Indeferimento. Ausência de comprovação de pelo menos uma das hipóteses descritas nos incisos do art. 273 do CPC.*

*A antecipação da tutela é medida de caráter excepcional, para cujo deferimento faz-se mister, além da presença dos requisitos a que alude o art. 273 do CPC, prova inequívoca da verossimilhança da alegação.*

*Inépcia da inicial. Arguição fundada na cumulação indevida de pedidos, em face da diversidade de procedimentos. Feito ao qual imprimiu-se o rito ordinário. Possibilidade. Art. 292, § 2º, do CPC.*

*“Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o procedimento ordinário” (Art. 292, § 2º, do CPC).*

*Exibição de documento. Pedido formulado com fulcro nos arts. 355 e 356 do CPC. Incidente processual que se constitui em modalidade de produção de prova documental, não se confundindo com a ação cautelar prevista nos arts. 844 e seguintes do mesmo Código.*

*A exibição de documento postulada na inicial de processo de conhecimento constitui-se em incidente da fase probatória, não se confundindo com a medida preparatória de que tratam os artigos 844 e seguintes do Código de Processo Civil, “objeto de ação cautelar, a cujos requisitos ficará subordinada a pretensão do promovente” (Theodoro Júnior, Humberto, Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 25ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, pág. 435).*

*Inadimplemento. Mora. Configuração. Depósitos de valores arbitrados unilateralmente, realizados em conta poupança. Pagamento. Inexistência.*

*“O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor” (art. 960 do Código Civil).*

*“Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento” (art. 955 do Código Civil), cujo efeito liberatório só se obtém quando se o realiza no tempo, lugar e modo convencionados, ou por meio de consignação.*

*Obrigação. Inutilidade do respectivo cumprimento, em virtude de se haver tornado inútil ao credor, por causa da mora. Rescisão. Pretensão cujo acolhimento se impõe.*

*Verificando-se a inutilidade do cumprimento da obrigação, que em razão da mora tornou-se inútil ao credor, impõe-se a rescisão do contrato.*

*Art. 1.092 do Código Civil. Cláusula cujo conteúdo contempla efeito do negócio jurídico. Pretendida incidência. Inadmissibilidade.*

*A invocação do preceito inscrito no art. 1.092 do Código Civil só é admissível se relacionada à interdependência entre prestação e contraprestação que couberem aos contraentes, não se podendo aplicar a toda e qualquer cláusula contida no ajuste, especialmente se a pretensão disser respeito à cláusula que contemple efeito do negócio jurídico.*

*Obrigação de reparar os prejuízos causados em decorrência da mora. Art. 1.056 do CC. Valor da indenização definido pela cláusula penal.*

*A existência de cláusula penal torna desnecessárias tanto a investigação, quanto a comprovação dos prejuízos, transformando-se em verdadeira fonte de obrigações entre os contratantes, desde que verificado o inadimplemento, o qual justifica a respectiva incidência.*

*Deferimento do pedido de reintegração de posse das cotas sociais como consequência da resolução contratual. Necessidade de ressalvar as prestações pagas no início da execução do contrato.*

*O escopo da rescisão é restabelecer, tanto quanto possível, a situação anterior à celebração do contrato. Assim, cumpre àquele que recebeu restituir a coisa, incumbindo ao outro contraente a devolução dos valores que lhe foram pagos.*

*Dano moral. Quantum. Arbitramento. Apreciação das circunstâncias do caso concreto. Fixação em valor que expressa a finalidade a que se destina.*

*Incumbe ao juiz o arbitramento do valor da indenização, observando as peculiaridades do caso concreto, bem como as condições financeiras do agente e a situação da vítima, de modo que não se torne fonte de enriquecimento, tampouco que seja inexpressivo ao ponto de não atender aos fins a que se propõe.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 01.001958-8, da comarca de Itajaí (3ª Vara), em que são apelantes e apelados Hercílio de Mello e Hélio Camargo Martins, Evani Nunes Pereira, Augusto Bendini Filho e Doraci Maria Bendini:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, dar parcial provimento a ambos os recursos.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Itajaí, Hercílio de Mello ajuizou ação ordinária contra Hélio Camargo Martins, Evani Nunes Pereira, Augusto Bendini Filho e Doraci Maria Bendini, visando à rescisão

do contrato de promessa de compra que celebraram em 27 de agosto de 1987, por intermédio do qual alienou aos réus todas as cotas sociais de Empreendimentos Hoteleiros Mello Ltda. que lhes pertenciam.

Busca a resolução do ajuste, ao argumento de que os pagamentos não foram feitos na forma convencional, porquanto das 91 prestações mensais contratadas, adimpliram apenas 20, o que lhes acarretou evidente e prolongado prejuízo, enfatizando, outrossim, que o inadimplemento dos demandados caracteriza locupletamento ilícito e má-fé, uma vez que eles, além de não haverem pago as parcelas pactuadas, auferiram lucros com o empreendimento, pois assumiram a respectiva administração.

Acrescentou ainda que pouco antes do ajuizamento desta, ao serem interpelados com a finalidade de constituí-los em mora, manifestaram a intenção de cumprirem o contrato, depositando em caderneta de poupança a quantia de R\$ 17.014,24 (dezessete mil e quatorze reais e vinte e quatro centavos). Tal importância foi formalmente recusada, à consideração de que não correspondia sequer a 5% do valor das cotas sociais objeto da avença, revelando-se insuficiente para cobrir o custo dos aparelhos de ar condicionado, dos frigobares e televisores que guarneciam o hotel à época da formalização do negócio. Assinalou que o estabelecimento comercial foi avaliado em R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais).

Destacou ainda que o fato de a inexecução da obrigação, por culpa dos réus, haver se prolongado por tão extenso lapso causou-lhe considerá-

vel prejuízo, reduzindo-o à situação de penúria, circunstância que o autoriza a romper o vínculo contratual, visto que fez desaparecer seu interesse na respectiva manutenção.

Concluiu postulando a rescisão do ajuste e como consectário a restituição ao *status quo ante*, além da imposição aos réus do pagamento de indenização por danos morais e materiais, abrangendo estes os lucros cessantes e os danos emergentes desde a transferência das cotas sociais.

Alternativamente, requereu que se lhes imponha a satisfação de todas as parcelas não pagas, atualizadas segundo o índice aplicado às cadernetas de poupança e acrescidas de juros de 12% a.a., capitalizadas mensalmente, a par da composição dos danos morais e materiais, e o pagamento da multa prevista no contrato.

Citados, os réus responderam, argüindo, em preliminar, a inépcia da inicial, ao argumento de que os pedidos nela formulados sujeitam-se a procedimentos diversos, não permitindo cumulação. No tocante ao mérito, as alegações deduzidas cingiram-se basicamente a desconstituir o estado de mora a que alude a exordial, acrescentando haverem efetuado todos os pagamentos que lhes cumpria, fato que torna insubsistente a pretensão ao desfazimento do negócio ou ao pagamento da multa estipulada na avença.

Asseveraram que eventual retardamento deve ser atribuído exclusivamente ao autor, que se recusou a receber as prestações, o que torna indevida a indenização pleiteada, à mínima de culpa, aditando, outrossim, que foram compelidos a depositar em conta corrente as importâncias a elas

correspondentes, em virtude do autor havê-las recusado reiteradas vezes.

Ao serem interpelados judicialmente pelo autor, levantaram a quantia até então depositada — R\$ 17.014,24 — e a transferiram para caderneta de poupança, gizando que o referido valor equivaleria às parcelas remanescentes do negócio, tendo sido apurado com base na legislação aplicável ao caso, acrescido de juros remuneratórios de 0,6% ao ano.

Noticiaram, ainda, que em face da recusa formal do autor em receber a mencionada quantia intentaram ação de consignação em pagamento, enfatizando que aquele não estaria em condições de exigir dos réus o cumprimento da obrigação que lhes tocava, visto que não executara a que lhe cabia, pois se recusou a anuir à transferência das cotas sociais de sua ex-esposa, que também haviam adquirido.

Argumentaram que o demandante estaria arrependido de ter realizado o negócio e utiliza-se de subterfúgios para desfazê-lo, mas como não encontra elementos capazes de alicerçar o pedido de rescisão, cabia-lhe pleitear a revisão do acordo com base na teoria da imprevisão.

Por tais motivos, tacharam de impossíveis os pedidos de reintegração de posse e de entrega dos frutos percebidos durante todo o período em que estiveram à testa da administração do estabelecimento hoteleiro, atacando igualmente o pedido alternativo de pagamento corrigido das parcelas que o autor entende inadimplidas, reafirmando a tese da inexistência de mora, porquanto todas as prestações foram tempestivamente salgadas.

Concluíram postulando a improcedência do pedido.

Impugnando a contestação, o autor refutou a argüição de inépcia da inicial, aduzindo, em síntese, que todos os pedidos estão submetidos ao rito ordinário. Relativamente ao mérito, gizou o fato de os réus não terem contestado o valor do empreendimento hoteleiro obtido por intermédio de avaliação imobiliária e cujo termo se encontra nestes autos.

Rebateu os documentos acostados à resposta, especialmente as cópias extraídas dos autos de ação penal na qual figurava como réu e em que restou absolvido, as quais nada teriam de relevante para o julgamento deste processo.

Destacou ainda a existência de expressões aviltantes na peça de resistência, requerendo, por isso, a aplicação do art. 15 do CPC, reeditando, quanto ao mais, os argumentos constantes da exordial, pedindo, por derradeiro, o julgamento antecipado da lide.

Na data designada, realizou-se, sem êxito, a audiência de conciliação.

Na audiência de instrução e julgamento foram ouvidas duas testemunhas arroladas pelo autor e uma pelo réu. Na ocasião, o autor interpôs agravo retido, insurgindo-se contra o indeferimento da contradita de um dos testigos.

Deduzidas as alegações finais por meio de memoriais, a Dra. Juíza de Direito proferiu sentença, pela qual julgou procedente o pedido de rescisão, determinando, em consequência, a reintegração do autor na posse das cotas sociais do empreendimento hoteleiro, estipulando à guisa de ressar-



cimento pelos danos materiais os juros de mora e pelos danos morais o montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), impondo aos vencidos, finalmente, o pagamento das custas e honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% sobre o valor da condenação.

Inconformados, apelaram autor e réus.

O primeiro formula, inicialmente, pedido de antecipação da tutela, para que se o reintegre imediatamente na posse das cotas sociais objeto do contrato cuja rescisão por este meio persegue, asseverando, para tanto, que em duas oportunidades obtivera a rescisão pleiteada, o que comprova a verossimilhança de suas alegações, e indica que delonga no desfecho do processo potencializará os danos materiais e morais, se não concedida a medida requerida.

A Dra. Juíza de Direito indeferiu o pleito à consideração de que ausente supedâneo legal para a respectiva concessão após a prolação da sentença, além de entender presente o risco de irreversibilidade do provimento antecipatório.

Rebela-se o autor contra o fato de a indenização por danos materiais haver se cingido aos juros moratórios, sustentando que lhe seriam devidos os frutos auferidos pelos réus durante todo o período em que administraram o estabelecimento comercial, pleiteando ainda a majoração da importância estipulada como ressarcimento dos danos morais, o pagamento da multa prevista no contrato, bem como a manutenção da assistência judiciária gratuita deferida no decorrer do feito.

Os réus, por sua vez, suscitam, preliminarmente, a inépcia da inicial, em face da cumulação de pedidos, inadmissível em virtude da diversidade de ritos a que se sujeitam, insistindo, no que pertine ao mérito, que o depósito de R\$ 17.014,24 estaria completo e corresponderia às parcelas não pagas. Objetivam essencialmente elidir o estado de mora que ensejou a procedência do pedido de rescisão e que ampara o de pagamento da multa fixada no contrato.

Sustentam a impossibilidade do autor exigir-lhes as prestações antes de cumprir as que lhe cabiam, rebatem a tese do desinteresse do demandante em receber a quantia referente às parcelas faltantes, afirmando que se não estava satisfeito com os valores pagos caber-lhe-ia ajuizar ação visando à revisão do ajuste, inexistindo fundamento para a rescisão.

Ante a ausência de mora, consideram indevida qualquer indenização por danos materiais e morais, requerendo, quanto a estes, alternativamente, a respectiva redução, visto que o valor fixado estaria acima das suas possibilidades financeiras.

Insurgem-se também contra o deferimento da reintegração de posse, porque a Dra. Juíza *a quo* não ressaltou as parcelas consideradas pagas pelo próprio autor.

Com as contra-razões, ascenderam os autos a este grau de jurisdição.

É o relatório.

Preliminarmente, não se conhece do agravo retido interposto pelo autor na audiência de instrução e julgamento, à míngua do requerimento expresso a que faz menção o art. 523 do CPC.

No que concerne ao pedido de antecipação da tutela, não tinha a Magistrada competência para apreciá-lo, quer em face de haver cumprido e encerrado o ofício jurisdicional, quer em virtude de ter sido postulado no apelo, à luz do preceituado nos artigos 463 e 800, parágrafo único, do CPC. Por isso, mister que se o examine.

Para o deferimento do pedido de que trata o art. 273 do CPC, exige a lei não só a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação, mas também que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

No caso concreto, não conseguiu o autor demonstrar a possibilidade da ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação, nem o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório, resumindo-se a invocar a hipótese a que alude o inciso II como supedâneo do pleito.

Entretanto, a simples menção ao preceito em que fundada a pretensão não satisfaz a exigência legal.

É preciso não olvidar que a antecipação da tutela é medida de caráter excepcional, cujo requerimento deverá estar suficientemente fundamentado, de modo que não pare dúvida acerca da presença dos pressupostos criteriosamente enunciados pelo legislador.

Por conseguinte, não havendo prova do abuso do direito de defesa pelos réus ou de seu manifesto propósito protelatório, é defeso a este órgão reputá-los como evidentes, e conceder a antecipação requerida. Sem a demonstração de que configurados,

legítima se apresenta a resistência oferecida pelos demandados, razão pela qual se indefere a medida.

Os réus suscitam em seu apelo, preliminarmente, inépcia da inicial, ao argumento de indevidamente cumulados pedidos sujeitos a ritos diversos. Tal, entretanto, não se verifica, em razão de o autor haver optado pelo procedimento ordinário, utilizando-se da faculdade que lhe conferia o § 2º do art. 292 do CPC, hipótese em que a lei admite a cumulação.

Nem se diga, como querem os réus, ter ocorrido cumulação de procedimentos ordinário, cautelar e especial, pois o pedido de exibição de documento, a par de não ter sido deferido, fundava-se nos artigos 355 e 356 do CPC e não no art. 844 e seguintes do mesmo Código.

A exibição de documento postulada na inicial de processo de conhecimento constitui-se em incidente da fase probatória, não se confundindo com a medida preparatória de que tratam os artigos 844 e seguintes do Código de Processo Civil, "objeto de ação cautelar, a cujos requisitos ficará subordinada a pretensão do promovente" (Theodoro Júnior, Humberto, Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 25ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, pág. 435).

Interpretando a norma inscrita no art. 356 do CPC, assinala Antônio Carlos de Araújo Cintra:

"Requerendo que o juiz determine a seu adversário a exibição, com finalidade probatória, de documento ou coisa mantida em seu poder, a parte apenas provoca o exercício do poder instrutório do juiz, suscetível de ser exercido de ofício (...). E assim

tem lugar um procedimento probatório incidental, que se desenvolve nos próprios autos da ação, semelhante ao desenvolvido por iniciativa do juiz.

“A exibição de documento ou coisa constitui uma modalidade de produção de prova documental e, assim, pode ser requerida nas mesmas oportunidades adequadas a esta, ou seja, com a inicial ou com a resposta (Código de Processo Civil, artigo 396) ou mesmo, em qualquer tempo, quando se tratar de documentos novos, destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois de articulados ou para se contraporem a outros produzidos nos autos (Código de Processo Civil, art. 397)” (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IV, 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, pág. 78).

Diante disso, impõe-se a rejeição da prefacial.

No mérito, o cerne da tese defendida pelos réus é a inexistência da mora, que a Dra. Juíza de Direito entendeu caracterizada para reputar procedentes os pedidos de rescisão e de indenização deduzidos pelo autor.

Com efeito, a prova dos autos revela a configuração da mora dos réus, resultante do confessado inadimplemento no tempo, lugar e modo previstos no contrato.

O compromisso de compra e venda foi firmado no dia 27 de agosto de 1987, por intermédio do qual os promitentes compradores se obrigaram a que o pagamento ocorresse da seguinte maneira: além de uma parcela à vista e outra a prazo, esta garantida por nota promissória, ficou estabelecido o pagamento de 91 (noventa e uma) prestações mensais

e 5 (cinco) anuais. O ajuste foi cumprido a contento até o dia 30 de maio de 1989. A partir de então, as prestações deixaram de ser adimplidas, operando-se a mora dos réus.

É importante notar que não se equiparam ao pagamento, compreendido como ato suficiente para quitar a obrigação assumida, os depósitos efetuados em conta corrente pelos demandados, cujos valores foram arbitrados unilateralmente. O efeito liberatório típico do pagamento só é alcançado, como se disse, quando este for realizado no tempo, lugar e modo pactuados (art. 955 do CC), ou então mediante consignação.

Registre-se que após tomarem conhecimento da interpelação judicial promovida pelo autor, preparatória desta ação de rescisão contratual, os réus depositaram em conta poupança o valor de R\$ 17.014,24 (dezesete mil e quatorze reais e vinte e quatro centavos), com o fito de atenderem ao procedimento descrito no art. 890, § 1º, do CPC, afirmando que a importância depositada constitui o remanescente das parcelas mensais e anuais contratadas. Cientificado do depósito, o autor formalizou sua recusa, o que deu ensejo à ação de consignação em pagamento, cadastrada nesta Corte na classe Apelação Cível, sob n. 01.001832-8.

Esta Câmara confirmou o veredicto nela proferido, reputando justa a recusa do autor, porque inútil agora o cumprimento do contrato, em virtude do inadimplemento absoluto dos réus.

Portanto, caracterizado o verdadeiro inadimplemento, visto que se mostra impossível, na atualidade, o cumprimento do contrato de forma útil

ao credor, procede o pedido de rescisão, o qual encontra fundamento no desinteresse do autor na execução tardia do contrato, a teor do estatuído no parágrafo único do art. 956 do Código Civil.

Explicando referido preceito, Miguel Maria de Serpa Lopes esclarece que “o conceito de inutilidade deve ser buscado sob um critério subjetivo. Não se trata nem da inutilidade objetiva, que importaria no perecimento da coisa, nem da resultante de um defeito da coisa, em que se teria a hipótese do art. 866 do Código Civil.

“Inútil para o credor, consoante os termos referidos no parágrafo único do art. 956, traduz uma noção subjetiva, e a inutilidade tem que ser deduzida pelo Juiz, de acordo com as circunstâncias, mas sempre tendo em vista o interesse do credor...” (Curso de Direito Civil, 5ª ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria, vol. II, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1989, pág. 344).

De fato, considerando-se o extenso período ao longo do qual não cumpriram os réus a obrigação que lhes cabia — à época da propositura desta demanda, que data do ano de 1997, o inadimplemento beirava os oito anos — e a significativa perda de qualidade de vida imposta ao autor em decorrência da inadimplência, situação que restou satisfatoriamente provada nos autos, procede a alegação de que inútil agora a execução do pacto.

Se as prestações houvessem sido adimplidas no tempo convencionado, certamente o autor teria tido condições de estruturar-se financeiramente com a renda proveniente do dinheiro recebido, ou com novo empre-

endimento. Hoje, o remanescente das parcelas avençadas não produzirá o mesmo efeito, daí a inutilidade subjetiva a que alude Miguel Maria de Serpa Lopes.

Os réus sustentam ainda que ao autor não seria dado exigir-lhes as prestações antes de adimplir aquelas a que se comprometera. Referem-se os demandados à cláusula assim redigida: “Que, o vendedor se obriga a aceitar que os compradores transfiram para seu nome as cotas que ora estão adquirindo da sócia Neusa Maria de Mello, de favor dos mesmos, ainda que o presente contrato não esteja totalmente saldado, na firma Emp. Hot. Mello Ltda.” (fl. 185), argumentando que o autor vem se recusando a anuir à referida transferência.

De outra banda, a invocação do preceito inscrito no art. 1.092 do Código Civil só é admissível se relacionada com a interdependência entre prestação e contraprestação que couber a cada contraente, não se podendo aplicar a toda e qualquer cláusula contida no ajuste, especialmente se disser respeito à que contemple efeito do negócio jurídico, visto que a transferência das cotas sociais reclamada, em que pese ao fato de figurar em cláusula expressa, não se constitui no objeto da avença, mas sim em obrigação acessória que dela resultaria.

Discorrendo acerca da exegese do cânone em destaque, Silvio Rodrigues explica que é aplicável quando uma prestação for determinante para a realização de outra, “porque, tendo uma prestação sua causa na outra, deixando aquela de ser cumprida, seja qual for o motivo, cessa de exigir a

causa de cumprimento da segunda” (Curso de Direito Civil, vol. 3, 23ª ed. atual., São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 77).

Outro corolário da comprovação da mora consiste no nascimento da obrigação de reparar os prejuízos que originou, composição à qual faz jus o autor.

Contudo, no que pertine ao *quantum* arbitrado na sentença, procede a insurreição dos réus.

A existência de estipulação no ajuste prevendo penalidade para o inadimplemento de qualquer das partes é fator preponderante para definir o valor da indenização.

Washington de Barros Monteiro ensina que “cláusula penal é um pacto secundário e acessório, em que se estipula pena ou multa para a parte que se subtrair ao cumprimento da obrigação, a que se obrigara, ou que apenas retardar” (Curso de Direito Civil, vol. 4, 25ª ed. ampl., São Paulo, Saraiva, 1991, pág. 196).

A doutrina aponta-lhe duas funções: uma destinada a coagir as partes ao cumprimento da avença, consoante seus exatos termos, e outra, que reflete a sua utilidade prática, fixando de antemão o valor das perdas e danos devido à parte que não der causa ao inadimplemento.

Em razão do exposto, a indenização por danos materiais requerida pelo autor não pode ser determinada de forma diversa da estabelecida no próprio contrato, que é a expressão da vontade das partes. Se nele a estipularam, quantificando-a em 20% do montante pactuado, tornam-se desnecessárias tanto a investigação quanto a comprovação dos prejuízos, bastan-

do para justificar a respectiva incidência a verificação do inadimplemento.

Também como consectário da rescisão, corretamente decretada no veredicto, fazia-se mister que se reintegrasse o autor na posse das cotas sociais, que foram alienadas aos réus por intermédio do contrato, merecendo no particular pequeno reparo, eis que não ressalvou os valores pagos pelos réus antes da ocorrência do inadimplemento.

O escopo da rescisão contratual é restabelecer, tanto quanto possível, a situação anterior à celebração do negócio. Portanto, cumpre ao devedor restituir a coisa ao credor, e a este devolver a importância recebida em contraprestação. Como a sentença só se ocupou da primeira parte, torna-se imperativo ordenar ao autor que devolva a quantia recebida à guisa de contraprestação.

Revelam os autos que o contrato foi cumprido a contento até o dia 30 de abril de 1989. A partir desse dado conclui-se que as parcelas devidas pelo autor aos réus são as seguintes: a) Cz\$ 500.000,00 (quinhentos mil cruzados) pagos em moeda corrente no ato da assinatura do contrato; b) Cz\$ 1.000.000,00 (um milhão de cruzados), representados por uma nota promissória vencida em 31 de janeiro de 1988, sobre a qual deveria incidir, por expressa determinação contratual, acréscimo de 10% ao mês a título de juros mensais e correção monetária; c) o valor correspondente a 20 (vinte) prestações mensais e sucessivas de 100 OTN's cada uma, havendo a primeira sido paga em 30 de setembro de 1987; e d) a importância equivalente a 2 (duas) prestações

anuais, de 1.500 OTN's cada. Tais prestações, após a conversão em moeda corrente, devem sofrer a devida atualização monetária.

A lógica recomenda que se proceda à compensação dos créditos, deduzindo-se do valor da indenização por danos materiais a que faz jus o autor, correspondente a 20% do total da avença, o que deve restituir aos réus, equivalente a 25,17%, resultando da operação para o autor a obrigação de devolver aos réus o correspondente a 5,17% do valor do contrato, a bem de se buscar recompor a situação configurada no momento de formação do negócio rescindido.

No que tange ao *quantum* arbitrado à guisa de indenização por danos morais, atacado por ambas as partes, frise-se que inexistente critério rígido para estipulá-lo, em virtude da impossibilidade de quantificar-se lesão que tal. Por isso, incumbe ao juiz fixá-lo observando as circunstâncias do caso concreto, bem como as condições financeiras do agente e a situação da vítima, de modo que não se torne fonte

de enriquecimento, tampouco que seja inexpressiva ao ponto de não atender aos fins a que se destina.

O valor estabelecido no caso concreto atende satisfatoriamente a esses pressupostos, impondo-se a respectiva manutenção.

Ante o exposto, não se conheceu do agravo retido; rejeitada a prefacial, no mérito proveu-se, em parte, o apelo do autor, para deferir o pedido de aplicação da cláusula penal estipulada no contrato, e em parte o dos réus, para ordenar ao autor a devolução dos valores correspondentes às prestações pagas no início da execução do contrato.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 4 de dezembro de 2001.

*Silveira Lenzi,*  
*Presidente com voto;*  
*Sérgio Paladino,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 99.005483-7, DE BLUMENAU**

**Relator: Des. Volnei Carlin**

*Apelação cível — Ação indenizatória — Atropelamento — Preliminar de nulidade da sentença — Fundamentação adequada — Inteligência do art. 93, IX, da CRFB — Raciocínio jurídico motivador da teoria da decisão.*

*Os fatos apresentados constituem elementos aptos a qualificar e a fortalecer o raciocínio jurídico ativo do juiz, que o conduz à lógica de uma convincente motivação, embora nem sempre exaustiva, mas calcada em premissas legais existentes.*



*Perícia — A análise da conveniência e necessidade de prova pericial deve ser realizada pelo magistrado — Princípios da liberdade de apreciação de prova e do livre convencimento motivado — Danos corporais graves — Fato incontroverso.*

*Os princípios da liberdade de apreciação de prova e do livre convencimento motivado possibilitam ao magistrado decidir acerca da conveniência e necessidade de realização de prova pericial, assim como de proferir julgamento com base em razões próprias determinadas a partir dos demais elementos apresentados nos autos.*

*Responsabilidade civil objetiva — Teoria do risco administrativo — Ressarcimento que independe de dolo ou culpa do agente público — Art. 37, § 6º, da CRFB — Nexo de causalidade demonstrado entre conduta do ofensor e resultado lesivo.*

*Do acidente de circulação resulta que a responsabilidade civil da Administração é objetiva sob a modalidade do risco administrativo e independe da prova de culpa do agente, sobrelevando, sempre, seu valor ético-jurídico, cujos conceitos devem ser vistos pela ótica da Constituição de 1988.*

*Pensão mensal — Termo inicial — Data do evento — Irrelevância da idade do ofendido e da não-realização por ele de atividade ucrativa na época do acidente — Pensão mensal que deve corresponder ao salário mínimo integral.*

*O instituto da responsabilidade civil intenta garantir ampla reparação, devendo-se, portanto, indenizar, inclusive, a potencialidade econômica do ofendido.*

*Dano moral e desequilíbrio estético — Ofensas distintas — Cumulabilidade — Possibilidade — Destaque para o princípio da dignidade humana — Art. 1º, III, da Magna Carta.*

*Considerando-se que a Constituição Federal deu destaque à dignidade humana (art. 1º, III), ao lado do dano moral, que representa uma lesão ilícita, emocional, sensorial e psíquica, possível observar-se a especificidade do dano estético que, ao corresponder a uma alteração morfológica ou deformidade permanente (do latim deformitas-atris), denota forte desgosto pessoal, desagrado, repulsa, desconforto, podendo ser, inclusive, fator de discriminação e rejeição perante terceiros, mesmo sem considerar qualquer ditame axiológico.*



*O termo estética (de aestetica) enseja o estudo da filosofia que se ocupa dos fatos sensíveis referentes à beleza e à arte, enigmas sempre difíceis de ser julgados.*

*Dano moral — Indenização — Valor de acordo com as circunstâncias causadoras do evento lesivo, com o prejuízo sofrido, com o grau de culpa do agente, com a condição econômica do ofensor e com o objetivo de desestímulo a danos futuros.*

*A fixação do quantum da indenização por dano moral deve ser apta para servir como elemento de coerção destinado a frear o ânimo do agressor, que o iniba, dessa forma, a recidiva, depreendendo-se da própria voluntas legis tal finalidade.*

*No arbitramento do dano moral, deve o julgador basear-se nos critérios advindos da doutrina e da jurisprudência, colocando sempre em confronto os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, do bom senso e atento à realidade e experiência de vida.*

*Decadência do apelado em parte mínima do pedido — ausência de sucumbência recíproca.*

*Os valores atribuídos a título de danos morais e estéticos são meramente ilustrativos, e, portanto, a sua diminuição não representa decaimento do pedido caracterizador da sucumbência.*

*Município condenado ao pagamento das custas processuais.*

*Nos processos em geral é isenta do pagamento de custas, quando vencida, a fazenda do Estado e dos Municípios (direta ou por administração autárquica) quanto a ato praticado por servidor pelos cofres públicos remunerado, nos moldes do art. 35, letra h, da Lei Complementar Estadual n. 156/97.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.005483-7, da comarca de Blumenau, em que é apelante o município de Blumenau, sendo apelado João Paulo Mamede:*

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, rejeitar a preliminar e, no mérito, desprover o recurso, e por maioria de votos, venci-

do o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik na parte da pensão que entende cabível somente da data laboral mínima permitida, prover parcialmente a remessa para isentar o Município das custas.

Custas na forma da lei.

## I — Relatório

Na comarca de Blumenau, João Paulo Mamede, representado por sua mãe, Maria Apolônia da Silva, interpôs a presente indenizatória contra a municipalidade, objetivando, em síntese, a condenação desta ao pagamento de uma pensão mensal vitalícia correspondente a 10 (dez) salários mínimos mensais e, ainda, ao adimplemento de indenização em consequência do aleijão, deformidade e atrofiamento no valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), do dano estético no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e do dano moral no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), lesões estas decorrentes de atropelamento causado por ato de agente imprudente que conduzia veículo de propriedade do ente público. Trouxe os docs. de fls. 13/115.

Na contestação (fls. 121/128), a Administração Pública argumentou que o sinistro foi provocado por culpa exclusiva da vítima, pois esta, na tentativa de realizar uma brincadeira, ter-se-ia pendurado nos estribos do caminhão enquanto este efetuava manobra de marcha a ré, e ao descer teria escorregado e caído sob a roda direita traseira, causando, conseqüentemente, as lesões.

Impugnação às fls. 147/149.

Na oportunidade da audiência de instrução e julgamento foi colhida a prova testemunhal (fls. 171/176).

Sentenciando (fls. 298/317), o juiz *a quo*, examinando os elementos inseridos nos autos, julgou procedente, em parte, o pedido, condenando a pessoa jurídica de direito público interno ao pagamento de: pensão mensal vitalícia no valor de 1(um) salário

mínimo vigente no momento do adimplemento, com termo inicial em 25/10/1990, devendo as parcelas vencidas ser pagas em uma única vez; indenização a título de dano estético no valor de 250 (duzentos e cinquenta) salários mínimos, e de dano moral na mesma quantia; despesas processuais e honorários advocatícios em 12,5% (doze vírgula cinco por cento) sobre o montante da condenação que equivale ao somatório das prestações vencidas e doze das vincendas. Ressalte-se que o magistrado não acolheu o pedido de indenização da perna, em consequência do aleijão, nesta modalidade específica, por entender que este confunde-se com o dano estético (fl. 309).

Irresignado, o Município apelou (fls. 321/333), argüindo inicialmente a decretação de nulidade da sentença ante a ausência de fundamentação no que concerne à possibilidade de cumulação do dano estético e do dano moral. Requereu, ainda, em decorrência da culpa exclusiva da vítima, a reforma integral do *decisum*, ou se tal argumento não for acolhido, intenta a redução da condenação à metade em razão da concorrência de culpas dos envolvidos, e, por fim, a condenação do apelado aos honorários advocatícios.

Contra-razões às fls. 336/338, em que se postulou a manutenção integral da decisão.

Os autos ascenderam a esta Corte de Justiça, tendo-se posicionado a Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e provimento parcial do recurso, para que os danos estéticos sejam englobados nos danos morais, que por sua vez devem ser reduzidos

para 100 (cem) salários mínimos, e ainda pela diminuição da pensão mensal para 2/3 (dois terços) do salário mínimo, devidos somente a partir dos 18 (dezoito) anos da vítima e não a partir da data do evento, conforme restou determinado na sentença.

## II — Voto

Consta dos autos que o apelo objetivo a reparação de danos causados em atropelamento provocado por servidor público, quando realizava a coleta de lixo em veículo de propriedade da Administração Pública.

A pretensão recursal (fls. 321/333) busca, preliminarmente, a decretação de nulidade da sentença ante a ausência de fundamentação necessária para a condenação cumulada de indenização por dano moral e estético.

No que tange ao mérito, requer o apelante o provimento do recurso para que seja o *decisum* reformado, com base nos seguintes argumentos: a) o magistrado, para determinar a responsabilidade do Município, não se baseou nas provas apresentadas por este, principalmente o laudo de fl. 18; b) inexistência de provas nos autos, especialmente pericial, que demonstrem que a incapacidade do autor seja permanente, ou que o tenha impossibilitado para o exercício de atividades laborativas, impedindo, conseqüentemente, a concessão de direito à pensão mensal; c) necessidade de redução do valor da condenação à metade em decorrência da demonstração da culpa exclusiva do ofendido, ou no mínimo da culpa concorrente dos envolvidos; d) impossibilidade de reaver os valores por meio de ação re-

gressiva já que o acidente foi causado por servidor público com parcos vencimentos, que não terá como pagar a indenização; e) o fato de o autor ter apenas 10 (dez) anos de idade na época do acidente e, por conseguinte, não poder em tal data exercer qualquer atividade lucrativa, não justificando, portanto, condenação em pensão vitalícia a partir do momento do sinistro; f) caso mantida a condenação, não obstante a assertiva anterior, a pensão, no período em que o ofendido possuía idade entre 14 e 18 anos, deve corresponder a um terço do salário mínimo, já que o salário que o autor receberia se estivesse trabalhando seria o de aprendiz, o que conduz, ainda, ao entendimento de que o termo inicial para o pagamento da citada pensão é a data em que o autor completou 14 anos; g) caracterização de *bis in idem*, ao condenar-se o apelante à indenização a título de dano estético no equivalente a 250 salários mínimos e na mesma quantia a título de dano moral; h) necessidade de repartição, entre as partes, dos valores da sucumbência, ante o não acolhimento de grande parte do pedido do autor.

Inicialmente, necessário afastar-se a preliminar de nulidade da sentença, uma vez que, *in casu*, incabível falar-se em ausência de fundamentação para a condenação ao pagamento de verbas indenizatórias pelo dano moral e pelo dano estético.

Na abordagem de tal tema, interessante atentar-se para a orientação doutrinária acerca do raciocínio, motivação e fundamentação jurídicos:

“Para precisar a noção de raciocínio jurídico, entendemos por essa expressão o raciocínio do juiz, tal co-

mo se manifesta numa sentença ou aresto que motiva uma decisão. As análises doutrinárias de um jurista, os arrazoados dos advogados, as peças de acusação do Ministério Público fornecem razões que podem exercer uma influência sobre a decisão do juiz: apenas a sentença motivada nos fornece o conjunto dos elementos que nos permitem pôr em evidência as características do raciocínio jurídico.

“O dispositivo da sentença, a parte que contém a decisão do juiz, é precedido pelo enunciado dos considerandos, ou seja, das razões que motivaram essa decisão. O raciocínio judiciário se apresenta, assim, como o próprio padrão do raciocínio prático, que visa a justificar uma decisão, uma escolha, uma pretensão, a mostrar que elas não são arbitrárias ou injustas. A sentença será justificada se resultar dos considerandos que ela é conforme o direito” (Perelman, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad.: Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo, Martins Fontes, 1996, págs. 480/481).

O mesmo autor prossegue:

“O raciocínio jurídico, mesmo sendo sujeito a regras e a prescrições que limitam o poder de apreciação do juiz na busca da verdade e na determinação do que é justo — pois o juiz deve amoldar-se à lei —, não é uma mera dedução que se aterá a aplicar regras gerais a casos particulares. O poder concedido ao juiz de interpretar e, eventualmente, de completar a lei, de qualificar os fatos, de apreciar, em geral livremente, o valor das presunções e das provas que tendem a estabelecê-los, o mais das vezes basta para permitir-lhe motivar, de forma juridicamente satisfatória, as decisões

que seu senso de equidade lhe recomenda como sendo, social e moralmente, as mais desejáveis” (*Op. cit.*, pág. 489).

E conclui:

“Nossos estudos indicaram claramente a evolução que ocorreu na posição do juiz em face da lei desde o início do século XIX. Enquanto a escola da exegese considerava a lei como a única fonte do direito, a evolução da jurisprudência mostrou o que essa concepção tinha, muito amiúde, de ilusório, e mesmo de fictício. O papel ativo do juiz se assinala mormente por ocasião das antinomias e das lacunas em direito. Mas o juiz não pode estatuir de um modo arbitrário, pois deve motivar suas sentenças e arestos: a lógica jurídica deve permitir-lhe fecundar a lei, em conformidade com o espírito do direito, extrair novas premissas a partir dos textos existentes” (*Op. cit.*, pág. 659).

Dessa forma, observa-se que o magistrado singular, atendendo ao disposto no artigo 93, IX, da Constituição da República Federativa, citou e baseou-se em diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais para a fixação do dano moral e estético, assim como, deduzindo a relação entre as questões de direito e de fato apresentadas pelas partes, dentro dos limites do pedido, desenvolveu o seu raciocínio jurídico e aplicou a solução adequada ao caso concreto, atestando a distinção entre tais verbas, e também a possibilidade de cumulação destas. Afasta-se, conseqüentemente, a preliminar de nulidade do *decisum* ante a irrepreensível fundamentação apresentada pelo Juiz a *quo* (*vide* fls. 309/316).

Passando-se, então, à análise do mérito, examina-se, primeiramente, o argumento recursal de que o magistrado de primeiro grau não teria levado em consideração as provas apresentadas pelo ente público, principalmente o laudo inserido à fl. 18. Frise-se, no entanto, que correto o *decisum* que afastou a excludente de responsabilidade de culpa exclusiva da vítima, já que, primeiramente, o citado documento (fl. 18) foi elaborado apenas com base nas informações do condutor e dos acompanhantes do veículo que atingiu o autor, não tendo sido tais depoimentos ratificados posteriormente em juízo, atendendo o princípio constitucional do contraditório (art. 5º, LV, da *Lex Major*), conforme se pode extrair do termo da audiência (fl. 176), que dispõe que, “aberta a audiência, apregoadas as partes, restou inexitosa a tentativa de conciliação em virtude da ausência dos requeridos, bem como de seu procurador, muito embora cientes da data do presente ato processual conforme pode ser visualizado às fls. 43/44 dos presentes autos”. Isto é, a Administração não produziu prova oral capaz de confirmar o relato apresentado no laudo por ela invocado, que, como visto, baseou-se em informações unilaterais, e que por sua vez foram prestadas pelo próprio causador do acidente e pelos seus acompanhantes.

Desse modo, no que pertine à assertiva de ausência de provas nos autos, especialmente pericial, que demonstraria ser permanente a incapacidade do ofendido, e que este estaria impedido de realizar atividades laborativas, justificando a condenação à pensão mensal, ressalte-se que julgou

com acerto o magistrado que, cautelosamente, introduziu a sua decisão explicitando as razões pelas quais não foi realizada a perícia durante a tramitação do feito (*vide* fl. 300). Assim, de forma adequada, o togado monocrático fundamentou-se no princípio da liberdade de apreciação do juiz, pelo qual, diante do caso concreto, julga-se com base em convicções próprias e no livre convencimento motivado. O magistrado explicitou com acerto, ainda, que o ente público não se opôs à existência de aleijão, de deformidade e de incapacidade laborativa do acionante, o que corroborou o entendimento de que as lesões físicas na perna da vítima, por serem fato incontroverso, independem de perícia para serem apuradas. De outro lado, o togado singular, por ocasião da ouvida do depoimento pessoal (fls. 171/172), pôde constatar tanto o dano estético sofrido pelo postulante quanto a sua impossibilidade de se movimentar.

Nesse sentido:

“Vige na lei processual brasileira o princípio da livre apreciação da prova, impondo-se ao julgador apenas o dever de fundamentar os parâmetros norteadores da decisão. Como corolário, não é retirada da autoridade judiciária a exclusiva apreciação da conveniência ou necessidade de qualquer exame pericial requerido, não ficando o juízo sujeito a seu deferimento, e a negativa do pedido não constitui cerceamento de defesa” (RT 577/427).

O Magistrado formulou, então, com acerto o seu convencimento ao determinar a responsabilidade do ofendido e ao afastar a necessidade de produção de prova pericial, sendo

absolutamente irrefragável a deformidade da perna atingida no acidente e a conseqüente incapacidade laboral proveniente da ofensa sofrida.

E, observando-se o conjunto probatório que instrui o presente processo, impositivo estabelecer o nexo de causalidade entre os danos infligidos ao apelado e o ato ofensivo, tendo sido este executado por servidor que conduzia veículo de propriedade do Município.

Da prova oral colhida na instrução afirmam as testemunhas *tout court*:

“Que o caminhão havia passado cerca de 2 metros do monte de areia, já tendo pisado no freio e imediatamente iniciado uma manobra de marcha a ré, imediatamente atingindo o menino o qual estava sentado no monte de areia, atingindo o mesmo com o rodado traseiro direito; que o depoente não se recorda se vinha algum outro veículo em sentido oposto, não tendo visto se vinha algum caminhão em sentido contrário; que o depoente não poderia afirmar que o motorista tenha ou não visto o menino, sendo que este não se aproximou do caminhão, estando parado no monte de areia, podendo afirmar com absoluta certeza que o menino não se pendurou no caminhão; que no momento em que o caminhão atingiu a perna da vítima, os garis gritaram para que batesse o caminhão para a frente tendo o motorista arriado o caminhão, tendo uma vizinha da frente Sra. Maria Cordeiro, a qual não mora mais no local, corrido em direção ao menino, tendo sido a primeira pessoa a socorrer o menino, sendo que o depoente também correu imediatamente sendo que

a perna do menino também estava completamente destruída” (Julinho Francisco de Oliveira, fl. 173).

“Que o caminhão passou com a roda em cima da perna do menino sendo que o mesmo foi socorrido por pessoas do local, sendo que o motorista do caminhão acabou desmaiando; que onde o menino estava era bem no canto, tanto que não impedia o tráfego de veículos, sendo que ao que se recorda o caminhão estaria na contramão; que o menino estava parado no montinho de areia e pode afirmar com absoluta certeza que o mesmo não se pendurou no caminhão” (Lindomar Florêncio, fl. 175).

A prova testemunhal é, portanto, significativa, não se podendo falar, repise-se, em culpa exclusiva da vítima ou em concorrência de culpas. Assim, por envolver ato perpetrado por agente estatal, e, conseqüentemente, por tratar-se de responsabilidade civil objetiva, deve-se aplicar a teoria do risco administrativo, sendo, portanto, desnecessário questionar-se acerca de dolo ou culpa, esta que, apesar de ter-se configurado, quando da ausência de cuidados na realização de manobra de marcha a ré, não seria *in specie*, então, fator determinante para a caracterização do dever do réu de indenizar.

*D'autre part*, com fundamento no art. 37, § 6º, da Magna Carta, deve-se examinar o nexo causal entre o efeito danoso e a conduta estatal, tendo, portanto, o Município a responsabilidade objetiva de reparar os danos causados a terceiros pelo seu servidor, sendo-lhe assegurado, entretanto, o direito de regresso contra o responsável que tiver atuado com dolo ou



culpa. Desse modo, a análise da culpa e do dolo importa apenas para que a pessoa jurídica de direito público exerça o seu direito regressivo contra agente seu que tiver atuado com tais elementos volitivos.

Eis o que orienta a doutrina:

“Informada pela teoria do risco, a responsabilidade do Estado apresenta-se hoje, na maioria dos ordenamentos, como responsabilidade objetiva. Nessa linha, não mais se invoca o dolo ou culpa do agente, o mau funcionamento ou falha da Administração. Necessário se torna existir relação de causa e efeito entre ação ou omissão administrativa e dano sofrido pela vítima. É o chamado nexa causal ou nexa de causalidade. Deixa-se de lado, para fins de ressarcimento do dano, o questionamento do dolo ou culpa do agente, o questionamento da licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou mau funcionamento da Administração. Demonstrado o nexa de causalidade, o Estado deve ressarcir” (*in* Medauar, Odete. Direito Administrativo Moderno. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pág. 430).

É o entendimento pretoriano a respeito:

“Responsabilidade civil do Estado — Ato de servidor público no exercício da função causador de dano a terceiro — Adoção da teoria objetiva — Desnecessidade de indagação da culpa do agente administrativo — Suficiência da prova do nexa de causalidade entre o ato e o prejuízo superveniente, sem culpa ou dolo do lesado, ressalvada à Administração o direito de regresso — Aplicação dos arts. 15

do CC e 37, § 6º, da CF” (RT 671/158).

Ressalte-se que a condição financeira do ofensor, a quem, eventualmente, poderá ser dirigida ação regressiva, não é fator que deve interferir na análise da responsabilidade da Administração Pública, uma vez que, seguindo os princípios norteadores da responsabilidade civil, busca-se reparar a vítima de forma mais ampla e integral possível, no intento de atingir-se o *status quo ante* rompido pelo sinistro, concluindo-se, então, que a responsabilidade da Administração, estabelecida inclusive constitucionalmente, não pode ser inibida pela consideração futura e hipotética acerca de quais recursos o agente seria detentor e que poderia disponibilizar para indenizar regressivamente o ente público.

Restou devidamente provado nos autos, portanto, o nexa causal que determina a responsabilidade civil do apelante pelas lesões causadas ao autor, conclusão que é corroborada pelo fato de o Município não ter afastado a sua responsabilidade, uma vez que não provou a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, assim como não demonstrou a ocorrência de caso fortuito ou força maior.

O fato de o autor ter apenas 10 (dez) anos de idade na época do acidente, e, por conseguinte, não poder em tal data exercer qualquer atividade lucrativa, não elide a condenação do ente público ao pagamento de pensão vitalícia a partir da data do evento, e, portanto, inadequado o argumento de que o termo inicial para o adimplemento seria a data em que o ofendido completou 14 anos. Do mesmo jeito,



incabível a alegação de que durante o período em que a vítima possuía entre 14 e 18 anos a verba a ser recebida deveria ser correspondente ao salário de aprendiz e não ao mínimo integral.

Extraem-se tais conclusões, novamente, do próprio escopo do instituto da responsabilidade civil para garantir a ampla reparação, incluindo, por conseguinte, as expectativas de ganhos futuros, devendo-se, portanto, no presente caso, indenizar a potencialidade econômica do autor que, com certeza, foi afetada pelo acidente, sendo o termo inicial da pensão mensal a data do sinistro, independentemente da idade da vítima.

Atente-se, então, para os seguintes julgados:

“É indenizável o acidente que cause danos físicos a filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado” (RT 506/256).

“A mera expectativa de que o menor vitimado pudesse vir a exercer atividade laborativa capaz de propiciar ajuda à família autoriza o reconhecimento da ajuda potencial, não podendo ser desconsiderada para efeitos indenizatórios” (RT 607/55).

“A pensão indenizatória não se deve limitar à idade em que a vítima poderia legalmente exercer o trabalho remunerado, incidindo a partir da data do acidente. Precedente do STF. Recurso extraordinário conhecido e provido” (RT 641/289).

Passando-se à análise do alegado *bis in idem* que teria sido caracterizado quando da condenação da Administração ao pagamento de indenização a título de dano moral e dano estético, em verbas distintas e acumuladas, afirma-se, antecipadamente,

que se trata de ofensas que não se confundem, não se podendo falar, por conseguinte, em dupla condenação.

Teresa Ancona Lopez apresenta a definição de dano estético:

“Nós definiríamos o dano estético (ou *ob deformitatem*, da maneira que o chama Giorgi) como qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta um ‘enfeamento’ e lhe causa humilhações e desgostos, dando origem portanto a uma dor moral” (O Dano Estético: Responsabilidade Civil. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pág. 38).

Ressalte-se ser evidente que o dano estético, de certa forma, acarreta um sofrimento moral, uma vez que a vítima passa a ser submetida a humilhações e constrangimentos diários, imputando-lhe tristezas e desgostos de difícil esquecimento já que são os sentimentos representativos da nova aparência imposta pela violência do acidente.

No entanto, constatar que o prejuízo estético também representa um prejuízo moral, assim como considerar que tanto os danos morais quanto os estéticos são ofensas a direitos da personalidade, não implica em se autorizar que o dano moral causado pelas dores físicas e psíquicas provenientes do sinistro e das repercussões aos rumos da vida de uma criança que então contava com apenas 10 anos de idade abranja a especificidade do dano à integridade física e à estética e dos reflexos inerentes à nova e indesejada aparência.

Eis o que orienta a doutrina:

“Diríamos que o dano estético é a lesão a um direito da 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 consequências materiais e, principalmente, morais. 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 do felicità*’.

“Portanto, tal ofensa não pode ficar impune e, dentro do campo da responsabilidade civil, a sua reparação tem que ser a mais integral possível para que, caso não possam as coisas voltar ao estado em que se encontravam antes, tenha a vítima do dano, pelo menos, alguma satisfação ou compensação e, desta forma, possa ver minorado o seu padecimento” (Lopez, Teresa Ancona, *op. cit.*, pág. 49).

As análises acerca do dano estético, principalmente as realizadas pela jurisprudência, apresentam-se, por vezes, envolvidas por contradições e polêmicas, mas, de forma majoritária, correspondem a uma evolução, pela qual busca-se, por meio de uma visão mais humanista, conferir maior alcance, concretização e amplitude ao princípio da dignidade humana.

Já em julgamento proferido, em 29/3/1988, na Apelação Cível n. 27.899, de Timbó, publicado na Jurisprudência Catarinense 59/182, apresentou-se posicionamento sobre a independência da indenização por dano estético e, na ocasião, a conse-

qüente cumulabilidade deste com o dano material:

“Responsabilidade civil. Dano material e estético. Cumulação. Admissibilidade.

“Admite-se a reparação do dano material cumulado com o dano estético: indenize-se, assim o *damnum* por completo.

“Responsabilidade civil. Abalroamento de veículos. Condenação criminal. Coisa julgada no cível. Concorrência de culpa inconfigurada.

“Se a culpa do réu, por acidente de circulação, foi proclamada, em definitivo, na Justiça Criminal, não há o que discutir na ação de ressarcimento acerca da responsabilidade civil de reparar o dano, em face do disposto no art. 1.525, CC.

“Responsabilidade civil. Deformidade física. Verba para dano estético. Aplicação do art. 1.539 em conjugação com o art. 1.538, ambos do Código Civil.

“Havendo deformidade (defeito físico, atrofiamento de membro, aleijão etc.), cabível é a indenização à pessoa lesada em dano estético. Este pode ser corrigido através de cirurgia plástica, cuja operação, incontestavelmente, se impõe como incluída na reparação do evento danoso.

“Indenização por ato ilícito. Pensão previdenciária. Compensação. Inadmissibilidade.

“A obrigação de indenizar pelo responsável do ato ilícito, não se elide pelos benefícios de ordem previdenciária auferidos pelo autor, porque ambos são pagos sob títulos e pressupostos diversos”.

E extrai-se do corpo do acórdão:

“A terceira pretensão da denunciante em seu recurso (fls. 166/169) consiste no afastamento do dano estético reconhecido pelo julgado de origem (fls. 139/140).

“Do laudo técnico depreendemos que o postulante está submetido a ‘defeito estético no deambular pela rigidez do joelho esquerdo e cicatriz no antebraço esquerdo’ (fl. 106), cujo aleijão ou atrofia da perna é também lembrada pelas testemunhas (fls. 95/96). O autor ‘puxa a perna’, observa o testigo Carlos Gessner (fl. 97). Seus defeitos físicos são aparentes e, por isso mesmo, inegáveis, adianta o MM. Juiz sentenciante (fl. 138, *in medio*).

“O que deve ser obedecido, sem qualquer dúvida, é a ‘independência de ambos os danos’ (RT 571/137).

“E se do ‘acidente sofrido resultou dano estético para a vítima, tem ela o direito ao reembolso das despesas de cirurgias plásticas já realizadas e das que vierem a se tornar necessárias’ (RT 502/51).

“Mesma diretriz: RJTJESP 19/151 e JB 1/136.

“Outro aresto, este com real aplicação sobre o caso analisado:

‘Responsabilidade civil. Indenização por dano estético. Inclusão na indenização por incapacidade laborativa. Inadmissibilidade. Independência de ambas.

‘A indenização pelo dano estético ou morfológico não se confunde com a indenização devida à vítima pela sua incapacitação para o trabalho.

A indenização pela incapacidade laborativa não engloba a indenização do dano estético’ (RT 571/137).

“E a deformação física obriga o responsável pelo acidente a indenizar:

‘A indenização pelo dano estético distingue-se da pensão devida à vítima’ (RT 592/219).

“E para arrematar:

‘Indenização. Dano estético removível e reparável. Condenação do culpado às despesas de uma operação cirúrgica de natureza plástica para a eliminação do dano. Fixação de prazo para a realização da intervenção cirúrgica corretiva. Perda do direito de qualquer outra indenização no caso de desistência da vítima à operação’ (RJTJESP 19/151).

“Urge recordar que a orientação adotada pela r. sentença apelada encontra apoio, inclusive no STF:

‘Indenização. Compreende além de parcelas outras e correspondente ao dano estético. Critério para sua aferição. Aplicação do art. 1.539, em conjugação com o art. 1.538, ambos do Código Civil’ (RTJ 57/786).

“Não há falar, pelo que se viu, de julgamento *extra* ou *ultra petita*, portanto.

“O recurso da denunciante-ré, *in casu*, assim é desprovido”.

Na relação processual em exame, é indubitável a caracterização do dano moral e, ainda, a específica configuração do dano estético. Ao lado do primeiro, proveniente do próprio acidente, representante de uma lesão emocional, sensorial e psíquica, e que será individualmente abordado a seguir, o autor sofreu intensa alteração morfológica em sua perna direita, pro-

vocando-lhe evidente deformidade que fatalmente corresponde a forte desgosto pessoal, e sendo, ainda, fator de desgosto, repulsa, desconforto e mesmo de discriminação e rejeição perante terceiros.

Colhe-se da jurisprudência:

“Responsabilidade civil. Dano à pessoa. Dano estético. Dano moral. Cumulação.

“A amputação traumática das duas pernas causa dano estético que deve ser indenizado cumulativamente com o dano moral, neste considerados os demais danos à pessoa, resultantes do mesmo fato ilícito.

“Art. 21 do Dec. n. 2.681/12.

“Recurso conhecido e provido em parte”.

Em seu voto, o Ministro relator salientou:

“No âmbito dos danos à pessoa, comumente incluídos no 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 *perdre 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. Essas perdas, todas indenizáveis, podem existir sem o dano estético, sem a deformidade ou o aleijão, o que evidencia a necessidade de ser considerado esse dano como algo distinto daquele dano moral, que foi considerado pela sentença. E tanto não se confundem que o defeito estético pode determinar, em certas circunstâncias, indenização pe-

lo dano patrimonial, como acontece no caso de um modelo.

“Tenho, pois, que a exclusão da indenizabilidade do dano estético e da negativa de sua cumulatividade com o dano moral, assim como referido no v. acórdão, causa ofensa ao disposto no art. 21 do Dec. n. 2.681/12. Aliás, contraria também o Enunciado XLI do mesmo e. TJRJ: ‘São cumuláveis as indenizações por dano estético e dano moral, oriundas do mesmo fato’ (João Casillo, Dano à Pessoa, Ed. RT, 2ª ed., pág. 67).

“(…)”

“Posto isso, conheço em parte do recurso, pela alínea a, e lhe dou parcial provimento, para incluir na condenação a parcela correspondente ao dano estético, que fixo em dois rendimentos mensais por ano. Atenho-me a essa quantia em razão da estipulação já feita na sentença, para a reparação do dano moral, pois a correspondente ao dano estético não há de ser muito diferente da outra” (Recurso Especial n. 65.393/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, in DJU de 18/12/1995).

“Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Lesão física. Fratura exposta. Danos moral e estético. Cumulabilidade. Possibilidade. Origens distintas. Precedentes. Restabelecimento do acórdão da apelação. Recurso provido.

“Nos termos em que veio a orientar-se a jurisprudência das Turmas que integram a Seção de Direito Privado deste Tribunal, as indenizações pelos danos moral e estético podem ser cumuladas, mesmo quando derivadas do mesmo fato, se inconfundíveis suas causas e passíveis de

apuração em separado” (REsp n. 289.885/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *in* DJU de 2/4/2001, pág. 303).

“Civil. Danos morais e estéticos. Cumulatividade. Permite-se a cumulação de valores autônomos, um fixado a título de dano moral e outro a título de dano estético, derivados do mesmo fato, quando forem passíveis de apuração em separado, com causas inconfundíveis. Hipótese em que do acidente decorreram seqüelas psíquicas por si bastantes para reconhecer-se existente o dano moral; e a deformação sofrida em razão de a mão do recorrido ter sido traumaticamente amputada, por ação corto-contundente, quando do acidente, ainda que posteriormente reimplantada, é causa bastante para reconhecimento do dano estético. Recurso não conhecido” (REsp n. 210351/RJ, rel. Min. César Asfor Rocha, *in* DJU de 25/9/2000, pág. 106).

“Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Culpa do preposto reconhecida na esfera criminal. Obrigação indenizatória inescusável. Gastos com contratação de veículo e com empregada doméstica devidos. Indenização a título de lucros cessantes incidente. Cumulação de danos estéticos e morais. Possibilidade. Apelo da demandada desprovido. Despesas com medicamentos e tratamentos. Danos morais. Majoração do *quantum*. Ônus sucumbenciais. Termo final da incapacitação. Insurgência da autora parcialmente provida.

“(…)”

“Danos morais, resultantes da dor, do desconforto, da sensação de ofensa e, pois, dos efeitos psíquicos

decorrentes de grave acidente de trânsito, são perfeitamente cumuláveis com danos estéticos, com os quais nem sempre se confundem, já que os danos estéticos são causados, principalmente, pelo comprometimento da higidez física que, em razão de seqüelas do sinistro, foram acarretadas indelevelmente à vítima.

“Na indenização devida em consequência de acidente de trânsito, causante de danos à incolumidade corporal da vítima, impõem-se incluídos, em atenção ao princípio de que a indenização deve ser a mais completa possível, os gastos com medicamentos e tratamentos, cujos valores exatos podem e devem ser relegados para a etapa de liquidação de sentença.

“Para a fixação do *quantum* reparatório a título de danos morais, decorrentes de lesões causadas em acidente de circulação, impõem-se levados em consideração, como fatores de suma importância, a intensidade e a duração da dor sofrida pela vítima, a gravidade do fato causador do dano, as suas condições pessoais (idade, sexo etc.) e social do lesado, o grau de culpa do lesante e a situação econômica do responsável pela prestação da indenização. Se a vítima, em decorrência do verdadeiro calvário que, por alguns anos, viu-se submetida em consequência dos fatos norteadores da ação, o valor dos danos morais há que, de modo expressivo, traduzir-se, não só em uma advertência ao responsável, como, a par de tudo, numa justa resposta da ordem jurídica aos males infligidos.

“Acolhida a pretensão posta em juízo pela parte autora, com a entrega da prestação jurisdicional objetivada,

conquanto os valores deferidos não correspondam exatamente àqueles pleiteados, não há que se cogitar de sucumbência parcial capaz de autorizar a condenação recíproca e proporcional das custas e honorários; ainda mais quando se tem que, em se tratando de indenização por danos morais e por outros danos de caráter aleatório, o valor expresso na peça prelude assume a condição de meramente estimativo” (Apelação Cível n. 98.012584-7, de São José, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 16/3/1999).

No mesmo sentido:

1) Recurso Especial n. 40.100/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU de 5/3/2001, pág. 164.

2) Recurso Especial n. 193.880/DF, rel. Min. Ari Pargendler, DJU de 17/9/2001, pág. 161.

3) Recurso Especial n. 248.869/PR, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU de 12/2/2001, pág. 122.

4) Recurso Especial n. 241.087/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 18/12/2000, pág. 185.

5) Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 276.023/RJ, rel. Min. Paulo Gallotti, DJU de 28/8/2000, pág. 68.

Do mesmo modo, incontestável, como já ressaltado acima, a configuração dos danos morais, uma vez que incomensurável a dor e o sofrimento provocados no autor, e que se não podem ser efetivamente reparados, podem ao menos ser compensados por verba indenizatória.

É certo que não é possível a equiparação entre indenização pecuniária e sentimentos, e, portanto, não

sendo viável falar-se em reparação do prejuízo provocado pelo fato danoso, ou então da dor gerada por ele, em razão da impossibilidade de retorno ao *status quo ante*, observa-se que a condenação ao pagamento de indenização a título de danos morais no evento ora analisado coaduna-se com a função compensatória de tal instituto, já ressaltada, assim como com a função preventiva e punitiva. Dessa forma, perfeitamente caracterizado o direito constitucional do ofendido, disposto no art. 5º, incisos V e X, da Carta da República.

E não se diga que os valores arbitrados para a indenização por dano moral e dano estético são exacerbados. Isso porque considerando a inexistência de critérios legislativos e realizando-se a análise dos diversos fatores que devem fundamentar o prudente arbítrio do juiz na fixação do montante indenizatório, como, por exemplo, as circunstâncias que foram causa para a produção do evento lesivo, o prejuízo sofrido, o grau de culpa em que atuou o lesante, a condição financeira do ofensor, o objetivo de desestimular danos futuros, conclui-se que a quantia de 250 (duzentos e cinquenta) salários mínimos arbitrada para cada uma das verbas é proporcional à lesão, tanto no que se refere ao dano moral quanto ao estético.

Colhe-se da jurisprudência:

“Dano estético. Lesão deformante do braço esquerdo. Atropelamento. Liquidação da sentença. Arbitramento. Quinhentos salários mínimos. Critérios para fixação. O arbitramento da indenização do dano moral é mister do juiz, o qual deve sopesar causas e conseqüências a fim



de compor a lide com eqüidade. A seqüela estética de lesão deformante e atrofiante de membro superior de adolescente com 13 anos de idade, vítima de atropelamento por ônibus coletivo, sabe-se, é indenizável, porém, pode-se compensá-la condenando-se o responsável ao valor de quinhentos salários mínimos” (Ap. Cív. n. 97.002557-2, da Capital, rel. Des. Carlos Prudêncio).

“Assim, a vítima de lesão a direitos de natureza não patrimonial (art. 5º, V e X, da CRFB) deve receber uma soma que lhe compense a dor e a humilhação sofridas, e arbitradas segundo as circunstâncias. Não deve ser fonte de enriquecimento, nem ser inexpressiva” (TJSP, 7º CC, rel. Des. Campo Mello, j. 30/10/91 — RJTJSP 137/186).

“O valor da indenização por dano moral deve ser razoavelmente expressivo, não meramente simbólico. Deve pesar sobre o bolso do ofensor, como um fator de desestímulo, a fim de que não reincida na ofensa” (TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, Ap. n. 15.530-4, rel. Des. Cunha Cintra, j. 19/3/98).

Disso resulta, com clarividência, que não mais se encontram no mundo atual as condenações simplesmente pedagógicas, em valores inexpressivos que, sob outro ponto de vista, resultariam em mais uma ofensa moral ao ofendido, com sua angústia, tristeza e seqüelas psíquicas. Por último, diga-se que o sistema utilizado para aferir o *quantum* é o aberto e não, como em França, o tarifário ou tabelado (ver lições inseridas na Revista do Instituto de Pesquisas e Estu-

dos. Bauru/ São Paulo, n. 23, págs. 141/165).

Enfim, “*le droit n’est pas un système logique, mais un appareil vital dans lequel se produisent des combinaisons pratiques*” (Maurice Hauriou, Précis de Droit Administratif, pág. VII).

Diga-se que a apreciação do dano estético há de ser feita a final, “*al momento del giudizio*”, lembrando que a palavra estética tem origem em *aesthetica*, ciência que estuda os fatos sensíveis referentes à beleza e à arte, sendo o termo introduzido na Filosofia em 1759, por um discípulo de Leibniz. Demais, segundo Dostoiewsky em “O Idiota”, a beleza é sempre difícil de julgar.

Com relação ao argumento de que a sucumbência do apelado teria superado o valor da condenação, e que tal situação conduziria para a necessária compensação das despesas processuais devidas pelo autor nas verbas indenizatórias, igualmente não merece ser reformado o *decisum*. O autor decaiu em parte mínima do pedido, referindo-se principalmente aos valores arbitrados, o que não pode ser caracterizado como ônus sucumbenciais.

Nesse sentido:

“Apelação cível — Ação de indenização — Acidente de trânsito — Morte — Pensão devida à família da vítima — 2/3 da remuneração percebida em vida pelo *de cujus* — Limite temporal do benefício concedido ao filho menor — 25 anos — Danos morais — Manutenção do *quantum* arbitrado na sentença — Decadência do autor em parte mínima do pedido - Sucumbência exclusiva do réu — Hono-



rários advocatícios — Fixação em 15% sobre o valor da condenação — Não provimento do recurso principal e recurso adesivo parcialmente provido” (Ap. Cív. n. 00.007008-4, de Fraiburgo, rel. Juiz Wilson Augusto do Nascimento).

“Os autores não decaíram do pedido inicial na sua totalidade, senão apenas quanto ao limite de fixação da obrigação de pensionar os filhos do casal, o que não vem a caracterizar perda bastante a suportar a condenação em honorários proporcionais, menos ainda, acolher-se a sucumbência recíproca, porque, repita-se, decaíram de parte mínima do pedido” (EDAC n. 00.001765-5, da Capital, rel. Des. Solon d’Eça Neves).

“Subdividindo-se o pleito deduzido em vários pedidos e tendo a parte demandante decaído em relação a alguns deles, cujos importes, entretanto, podem ser qualificados como ínfimos, caracterizadas restam as condições de incidência do art. 21 do CPC, ficando autorizada, pois, a imposição dos encargos da sucumbência exclusivamente ao acionado” (Ap. Cív. n. 96.007945-9, de Criciúma, rel. Des. Trindade dos Santos).

“Acolhida a pretensão posta em juízo pela parte autora, com a entrega da prestação jurisdicional objetivada, conquanto os valores deferidos não correspondam exatamente àqueles pleiteados, não há que se cogitar de sucumbência parcial capaz de autorizar a condenação recíproca e proporcional das custas e honorários; ainda mais quando se tem que, em se

tratando de indenização por danos morais e por outros danos de caráter aleatório, o valor expresso na peça prelude assume a condição de meramente estimativo” (Ap. Cív. n. 98.012584-7, de São José, rel. Des. Trindade dos Santos).

Cumpra, ainda, gizar acerca da impossibilidade de condenação da pessoa jurídica de direito público interno ao pagamento das custas processuais, tendo em vista a isenção determinada no art. 35, *h*, da Lei Complementar Estadual n. 156/97.

Desse modo, a reforma parcial do *decisum* é medida que se impõe para isentar de custas o ente público.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, à unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, desprover o recurso, e por maioria de votos, vencido o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik na parte da pensão que entende cabível somente da data laboral mínima permitida, prover parcialmente a remessa para isentar o Município das custas.

Participou do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer a Exma. Sra. Dra. Hercília Regina Lemke.

Florianópolis, 16 de novembro de 2001.

*João Martins,*  
*Presidente, com voto;*  
*Volnei Carlin,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 00.018719-4, DE TIJUCAS****Relator: Des. Volnei Carlin**

*Ação popular — Defesa do meio ambiente — Cabimento — Art. 5º, LXXIII, da lex fundamentalis — Interpretação da legislação infra-constitucional a partir da Magna Carta.*

*Como é cediço, a actio popularis é um instrumento constitucional que o legislador colocou à disposição do cidadão para buscar a invalidade de atos ou omissões da Administração Pública e para a defesa de interesses da coletividade.*

*A Lei da Ação Popular, apesar de não prever guarida ao meio ambiente, deve ser interpretada e aplicada à luz da Constituição da República Federativa vigente, sendo objetivo da actio em comento a anulação dos atos lesivos ao patrimônio público, aos bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e a defesa do meio ambiente (art. 1º, § 1º, da Lei n. 4.717/65 c/c art. 5º, LXXIII, da Magna Carta).*

*O que se tem como inaceitável, na interpretação constitucional, é criar-se obstáculo ou exigência a sua não utilização, desprestigiando os interesses do povo, como ocorreu na espécie.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.018719-4, da comarca de Tijucas, em que é apelante Vladimir Lozza Bittencourt, sendo apelado o município de Bombinhas:*

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso, determinando-se o regular processamento da ação popular.

Custas na forma da lei.

**I — Relatório**

Na comarca de Tijucas Vladimir Lozza Bittencourt ajuizou ação popular contra o município de Bombinhas e o Sr. Prefeito Municipal, requerendo concessão de medida liminar, para determinar a imediata cessação da de-

gradação ambiental, anular o ato que determinou a instalação de depósito de lixo urbano a céu aberto, em local proibido, assim como a limpeza do local visando a evitar maiores prejuízos ao meio ambiente e à saúde pública.

Sentenciando, a Magistrada a quo julgou extinto o processo, indeferindo a inicial por ser inadequada a via eleita (fls. 101/103).

Irresignado, o autor popular interpôs recurso de apelação, com pedido de antecipação de tutela, com intuito de anular a decisão, sustentando ser a ação popular a via processual adequada para a proteção do meio ambiente, que foram atendidos todos os requisitos exigidos para a propositura da *actio*, sendo indevida a exclusão do Sr. Prefeito Municipal do pólo

passivo da lide, sustentando a nulidade da sentença, nesse aspecto, por ausência de fundamentação. Culminou requerendo a antecipação da tutela pleiteada na inicial (fls. 104/122).

A Togada monocrática manteve a decisão recorrida, e indeferiu o pedido de antecipação da tutela (fl. 125).

Contra-razões, à fl. 127, pugnano pela manutenção do *decisum* objurgado.

Instado a se manifestar, o representante do Ministério Público opinou pelo conhecimento e provimento parcial do recurso, a fim de que seja reconhecida a nulidade da *sententia* (fls. 137/141).

O parecer da Procuradoria é pelo conhecimento e provimento parcial do recurso, para anular-se a sentença, e determinar-se o prosseguimento do feito em seus ulteriores termos (fls.147/152).

## II — Voto

O *punctum magnum* da questão que ora se apresenta refere-se à possibilidade do manejo da ação popular na defesa do meio ambiente, ou se tal atribuição é exclusiva da ação civil pública.

Como é cediço, a *actio popularis* é um instrumento constitucional que o legislador colocou à disposição do cidadão para buscar a invalidade de atos ou omissões da Administração Pública e para a defesa de interesses da coletividade.

Dispõe a Carta Política de 1988, no seu art. 5º, LXXIII:

“qualquer cidadão é parte legítima para propor *ação popular* que vise a *anular ato lesivo* ao patrimônio

público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, *ao meio ambiente* e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” (original sem grifos).

A Lei da Ação Popular, apesar de não prever guarda ao meio ambiente, deve ser interpretada e aplicada à luz da Constituição da República Federativa vigente, sendo objetivo da *actio* em comento a anulação dos atos lesivos ao patrimônio público, aos bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e a *defesa do meio ambiente* (art. 1º, § 1º, da Lei 4.717/65 c/c art. 5º, LXXIII, da Magna Carta).

O que se tem como inaceitável, na interpretação constitucional, é criar-se obstáculo ou exigência a sua não utilização, desprestigiando os interesses do povo, como ocorreu na espécie, pois “...as leis que regem a matéria não podem ser atropeladas, irresponsavelmente, em detrimento do cidadão” (RT 576/224).

Importante frisar que é preciso inverter a posição de interpretar a Carta Magna a partir da lei, mas sim fazer a leitura desta à luz da normatividade imposta por aquela.

Ora, ao contrário do que pensa a Togada *a quo* acerca do cabimento da ação *pro populo*, há crescente número de manifestações reconhecendo a possibilidade da pretensão do autor apelante, o que não exclui o cabimento, também, da ação civil pública.

Nesse rumo, traz-se a lição doutrinária:

“No Título II da Constituição Federal, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, entre os direitos e garantias

individuais e coletivos, encontra-se o de qualquer cidadão ser considerado como parte legítima para propor ação popular com a finalidade de anular ato lesivo ao meio ambiente. É o que decorre do regramento posto no art. 5º, inciso LXXIII, da Carta Magna.

“(…)

“Tem-se, assim, ao lado de outros instrumentos processuais, a ação popular como instrumento eficaz para se anular os efeitos danosos praticados contra o meio ambiente.

“Registre-se que a ação popular constitucional não restringe, em qualquer oportunidade, o uso da chamada ação civil pública” (Delgado, José Augusto. Reflexões sobre Direito Ambiental e competência municipal, Revista Cidadania e Justiça: o papel do Judiciário na proteção ambiental, Rio de Janeiro, ano 4, n. 9, pág. 41/43, 2000).

Ainda:

“Nem mesmo a ação popular exclui a ação civil pública, visto que a própria lei admite expressamente a concomitância de ambas (art. 1º), bem como enseja medidas cautelares e concessão de liminar suspensiva do fato ou ato impugnado (arts. 4º e 12)” (Meirelles, Hely Lopes. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, *Habeas Data*, 21ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, págs. 154/155).

É da jurisprudência:

“Ação civil pública — Objetivo — Defesa do patrimônio público — Cabimento da ação popular alegado — Circunstância que não impede o ajuizamento da ação proposta pelo

Ministério Público — Preliminar rejeitada” (JTJ LEX 237/20).

Acerca da não inclusão do nome do Prefeito Municipal na sentença, consigne-se que, apesar de ensejar nulidade prevista no *Codex Instrumentalis* (art. 458, I), esta restou prejudicada em face da reconhecida possibilidade do manejo da ação popular, e a conseqüente reforma do *decisum*, com o prosseguimento do feito.

A pretensa antecipação da tutela, consoante informações trazidas aos autos pelo representante ministerial de primeira instância (fl. 141), do mesmo modo caiu no vazio, pois seu objetivo foi alcançado mediante liminar na Ação Civil Pública n. 139.00.000076-8.

Ante o exposto, dá-se provimento parcial ao apelo, para determinar o prosseguimento da *actio* em seus últimos termos.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, à unanimidade, dar provimento parcial ao recurso, determinando-se o regular processamento da ação popular.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Dalcio Moser.

Florianópolis, 23 de agosto de 2001.

*João Martins,*  
*Presidente com voto;*  
*Volnei Carlin,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 01.014910-9, DA CAPITAL****Relator: Des. Volnei Carlin**

*Ação popular — Pretendida nulidade de admissão de bolsistas pelo Poder Público — Ilegalidade e lesividade — Pressupostos de tutela jurisdicional e não condições da ação.*

*Para o êxito da ação em análise é necessário que o ato atacado, além de ilegal, seja também lesivo ao patrimônio público. A lesividade e a ilegalidade, no entanto, não se confundem com as condições da ação, sendo vinculadas ao meritum causae.*

*A prova desses dois requisitos atinentes à tutela de mérito pode ser feita de plano, juntamente com a inicial, ou no decorrer da instrução do processo, desde que requerida a pretensão de fazê-lo na vestibular.*

*Petição inicial — Natureza da causa exigente de provas — Ausência destas e da pretensão de produzi-las — Princípios da instrumentalidade e da economia processual.*

*Descabe ao juiz, notadamente aquele de segundo grau, substituir a parte e direcionar a prova, especificamente quando nada foi pretendido na petição de ingresso.*

*Inexiste ofensa ao art. 284 do Código de Processo Civil, a pretexto de desatender os princípios da instrumentalidade e da economia processual, quando há manifesto desinteresse ou inércia na dilação probatória, revelados na exordial.*

*Não tendo o autor popular observado a determinação legal presente no Codex Instrumentalis, o feito deve ser extinto porque a lesividade e a ilegalidade não foram provadas de plano e muito menos fora requerida a produção de prova capaz de demonstrar a procedência dos fatos aduzidos na inicial, a teor dos arts. 282 e 267, IV, do CPC.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 01.014910-9, comarca da Capital, em que é apelante José Ronaldo Nunes, sendo apelados o Estado de Santa Catarina e outros:*

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, à unanimidade, negar provimento ao recurso e à remessa, extinguindo-se o processo.

Custas na forma da lei.

## I — Relatório

A presente ação popular proposta por José Ronaldo Nunes, no gozo de seus direitos políticos (fl. 13), em face do Estado de Santa Catarina e outros, objetiva, em suma, seja declarada a nulidade da contratação de bolsistas, uma vez que efetuada para exercício de atribuições de servidores concursados.

A inicial veio instruída com diversos documentos (fl. 13 usque 43).

Ao despachar a petição de ingresso, após as considerações de praxe, de plano, a Juíza *a quo*, por falta de comprovação da lesividade, indeferiu a exordial com fundamento no art. 295, III, do Código de Processo Civil, deixando de condenar o autor ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios (fls. 45/55).

Irresignado, o autor popular apelou pretendendo a reforma do *decisum* (fls. 67/74).

Os autos ascenderam a esta egrégia Corte de Justiça, tendo o representante do *Parquet* opinado pelo desprovimento do recurso (fls. 79/81).

## II — Voto

O *punctum magnum* da questão que ora se apresenta refere-se à necessidade, ou não, de a petição inicial da ação popular e seus documentos demonstrarem, de plano, a lesividade e a ilegalidade do ato impugnado.

Para o êxito da ação em análise é necessário que o ato atacado, além de ilegal, seja também lesivo ao patrimônio público (art. 1º, da Lei n. 4.717, de 29/6/65). A lesividade e a

ilegalidade, no entanto, não se confundem com as condições da ação, sendo vinculadas ao *meritum causae*.

Em outras palavras: são duas situações jurídicas distintas, conforme se verificou no acórdão inserto na RT 619-60/74, quando restou destacado que os dois pressupostos, legalidade e lesividade, devem ser comprovados durante a instrução, *et pour cause*, serem configurados, ou não, na sentença de mérito.

A prova desses dois requisitos atinentes à tutela de mérito pode ser feita de plano, juntamente com a inicial, ou no decorrer da instrução do processo, desde que requerida a pretensão de fazê-lo na vestibular.

Imprescindível, agora, serem tecidas considerações acerca dos requisitos indispensáveis da petição inicial, prescritos pelo Código de Processo Civil, no seu art. 282 e seguintes, mormente quanto à indicação das provas que o autor pretende produzir.

Dispõe o art. 282, VI, do CPC:

“Art. 282. A petição inicial indicará:

“(…)”

“VI — as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados”.

Colhe-se, para tanto, o escólio doutrinário:

“A petição inicial é a peça inaugural do processo, pela qual o autor provoca a atividade jurisdicional, que é inerte (CPC 2º e 262). É a peça processual mais importante pelo autor...”

“A norma sob comentário contém os requisitos da petição inicial, que devem estar presentes sempre,

qualquer que seja a natureza da ação. A imperatividade do tempo verbal (“indicará”) nos faz concluir que os requisitos são imprescindíveis. A falta de um dos requisitos da petição inicial pode ensejar a sua inaptidão, o que impede o prosseguimento do processo.

“(…)

“O autor deverá, desde logo, requerer as provas com que pretende demonstrar os fatos constitutivos do seu direito (CPC 333)” (Nery Junior, Nelson. Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, págs. 774 e775).

Logo, não tendo o autor popular observado a determinação legal presente no *Codex Instrumentalis*, o feito deve ser extinto porque a lesividade e a ilegalidade, relacionadas com o mérito da causa, não foram provadas de plano e muito menos fora requerida a produção de prova capaz

de demonstrar a procedência dos fatos aduzidos na inicial, conforme se depreende da melhor exegese dos arts. 282 e 267, IV, do CPC.

Ante o exposto, nega-se provimento à remessa e ao apelo, extinguindo-se o feito.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, à unanimidade, negar provimento ao recurso e à remessa, extinguindo-se o processo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 25 de outubro de 2001.

*João Martins,*  
*Presidente com voto;*  
*Volnei Carlin,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.014007-5, DE CRICIÚMA

**Relator: Des. Luiz César Medeiros**

*Administrativo — Estabelecimento comercial em praça pública — Permissão de uso de bem público — Precariedade — Término da vigência do termo firmado — Aplicação do princípio da mihi factum dabo tibi jus — Provimento do recurso.*

*“Permissão de uso é o ato negocial, unilateral, discricionário e precário através do qual a Administração faculta ao particular a utilização individual de determinado bem público. Como ato negocial (TJSP, RJTJSP 124/202), pode ser com ou sem condições, gratuito ou remunerado, por tempo certo ou indeterminado, conforme estabelecido no termo próprio, mas sempre modificável e revogável unilateralmente pela Administração, quando o interesse público o*



*exigir, dada sua natureza precária e o poder discricionário do permitente para consentir e retirar o uso especial do bem público. A revogação faz-se, em geral, sem indenização, salvo se em contrário se dispuser, pois a regra é a revogabilidade sem ônus para a Administração. O ato da revogação deve ser idêntico ao do deferimento da permissão e atender às condições nele previstas” (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro, 26ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001, pág. 486).*

*“O autor aponta o suporte fático; ao juiz cabe ver qual a regra jurídica em que se aloja e da qual se irradia o direito, a pretensão, a ação ou a exceção, que se invoca. Por outro lado, há de a exposição bastar à defesa do réu: ninguém pode se defender se não conhece o que se pede ao juiz. A clareza e precisão, que se exigem, são a clareza e precisão que sejam necessárias à inteligência do pedido, de modo que possa o réu preparar a defesa (...)” (MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, t. IV, Rio de Janeiro, Forense, 1996, págs. 17/18).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.014007-5, da comarca de Criciúma, em que é apelante o município de Criciúma, e apelada Blauth e Blauth Ltda. ME:*

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

Sem custas.

### I — Relatório

Trata-se de ação ordinária de rescisão contratual c/c desocupação de espaço público ajuizada pelo município de Criciúma contra Stopassoli e Blauth Ltda. — ME, na qual alega que foi firmado um contrato de concessão de uso em que foi concedida à ré a ocupação e exploração comercial do

espaço público para funcionamento de uma choperia e sanitários públicos localizados na Praça Nereu Ramos, pelo prazo de oito anos, mediante o pagamento mensal de 1 (uma) UFM, a título de taxa de manutenção.

Afirma que a ré está em mora com o município de Criciúma, conforme se observa da certidão positiva de débitos juntada às fls. 14/15, na qual consta a relação dos meses em que ela não adimpliu sua obrigação contratual.

Ao final, postulou pela procedência da ação para que seja rescindido o contrato firmado com a consequente desocupação imediata do imóvel, haja vista a inadimplência contratual acrescida ao fato de ser a permissão um contrato de natureza precária, modificável e revogável unilateralmente pela Administração.

A requerida, em contestação, alegou, preliminarmente, carência da ação ante a impossibilidade jurídica do pedido, sob o fundamento de que houve apenas atraso no pagamento da referida taxa. Sustenta que o município de Criciúma, ao pretender os valores constantes na inicial, deveria notificá-la previamente, a fim de constituí-la em mora.

No mérito, alegou que as parcelas que estavam em atraso foram quitadas, não havendo fundamento para a rescisão contratual.

Sentenciando o feito, o Magistrado julgou extinto o processo sem julgamento do mérito com fundamento na perda do objeto, o que leva à carência de ação, por falta de interesse de agir. Condenou, ainda, a ré ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 300,00 (trezentos reais).

Irresignado, o município de Criciúma interpôs recurso de apelação, pugnando pela reforma da decisão prolatada, sob o entendimento de que o contrato de permissão pode ser rescindido unilateralmente pela Administração Pública.

Ao final, postulou pelo provimento do apelo, afirmando que o pagamento das taxas referentes à exploração do espaço público não alteram o rumo do presente litígio, posto que a municipalidade não fundamentou sua pretensão única e exclusivamente na mora verificada, motivo pelo qual sua purgação não pode gerar a extinção do feito sem julgamento do mérito.

Contra-arrazoando, a requerida defendeu a decisão guerreada, postulando pelo desprovimento do apelo e do reexame necessário.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Doutor Antônio Gercino Ramos de Medeiros, pugnou pela remessa dos autos para o primeiro grau a fim de que seja ultimada a intimação do representante do Ministério Público acerca do teor da sentença.

Cumprida a diligência requerida, o representante do *Parquet* expendeu parecer pugnando pelo improvimento do recurso e, em sede de remessa, pela reforma parcial da sentença no que se refere à condenação ao pagamento da verba honorária, a qual entendeu ser excessiva.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, novamente com vista dos autos, manifestou-se pelo desprovimento do apelo.

## II — Voto

1. Razão assiste ao município de Criciúma.

Extrai-se do termo de concessão de uso, cuja cópia consta às fls.10/12, que foi firmado um contrato de ocupação de espaço público, na modalidade de concessão, entre a municipalidade e a empresa requerida, pelo prazo de oito anos, assinado em 29 de dezembro de 1992.

Assim, o prazo de oito anos expirou no ano de 2000, data em que se tem como rescindido o contrato firmado entre as partes, que tem natureza precária, constituindo ato discricionário da Administração, ficando, pois, a critério desta a rescisão do acordo após o término do prazo constante do termo.

Em que pese esse argumento não constar da inicial e das razões, as

quais foram elaboradas ainda na vigência do contrato, torna-se imperioso o reconhecimento de ofício do término de vigência do acordo celebrado entre as partes, por ser matéria deduzida nos autos e estar abrangida pelo pleito do autor, que visa, além da rescisão contratual, à desocupação do espaço público.

Não está eivada de nulidade a decisão que, apreciando os fatos descritos na exordial, julga procedente a ação com fundamento em argumento diverso do deduzido naquela peça. Trata-se da aplicação do brocardo latino *da mihi factum dabo tibi jus*.

Anota, a respeito, José Joaquim Calmon de Passos:

“O juiz necessita do fato, pois que o direito ele é que o sabe. A subsunção do fato à norma é dever do juiz, vale dizer, a categorização jurídica do fato é tarefa do juiz (...).

“A tipificação dos fatos pelo autor é irrelevante, pois se ele categorizou mal, do ponto de vista do direito, os fatos que narrou, pouco importa, pois o juiz conhece o direito e deve categorizá-los com acerto. E se os fatos, corretamente categorizados, autorizam o pedido que foi feito, nenhum prejuízo pode decorrer para o autor do deslizamento técnico de seu advogado. Inversamente, se categorizou bem e pediu mal, em nada lhe aproveita ter sido exato na categorização dos fatos, pois que o juiz está adstrito ao pedido formulado, sem poder corrigi-lo de ofício.

“Donde se ensinar e decidir que o juiz deve aplicar o direito que incidiu independentemente da correta indicação do texto legal que o enuncia” (Comentários ao Código de Pro-

cesso Civil, 4ª ed., vol. III, Rio de Janeiro, Forense, pág. 190).

Por força do referido princípio latino, o magistrado não está adstrito ao fundamento legal mencionado pelas partes, cabendo a elas tão-somente apresentar os fatos e as provas, enquanto ao juiz está reservado o ofício de adequá-las ao dispositivo legal que entender pertinente, desde que fundamentamente a sua decisão.

No particular, é o ensinamento de Pontes de Miranda:

“É preciso que o juiz conheça o que se pede e porque se pede; e o réu, citado, possa defender-se, isto é, saiba o que se pediu, contra ele, ao juiz. (...)

“O autor aponta o suporte fáctico; ao juiz cabe ver qual a regra jurídica em que se aloja e da qual se irradia o direito, a pretensão, a ação ou a exceção, que se invoca. Por outro lado, há de a exposição bastar à defesa do réu: ninguém se pode defender se não conhece o que se pede ao juiz. A clareza e precisão, que se exigem, são a clareza e precisão que sejam necessárias à inteligência do pedido, de modo que possa o réu preparar a defesa (...)” (Comentários ao Código de Processo Civil, t. IV, Rio de Janeiro, Forense, 1996, págs. 17/18).

Esse, aliás, é o entendimento adotado e defendido nesta Casa de Justiça:

“Não se pode repudiar de imediato a existência de direito líquido e certo sob o argumento de que a exordial teria fulcrado o pleito em legislação revogada, eis que ao julgador cabe adequar o pedido à norma aplicável, mormente porque consagrados no direito pátrio os princípios

*jura novit curia e da mihi factum dabo tibi jus*” (Mandado de Segurança n. 00.002342-6, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

“O fato de o impetrante não ter alegado em seu favor referido diploma legal, não impede que o magistrado, ao prestar a tutela jurisdicional, aplique a determinação inserida neste dispositivo, pois como é sabido, *da mihi factum dabo tibi jus*. À parte cabe fornecer os fatos ao julgador e a este adequar a norma jurídica que entende incidente ao caso concreto” (Embargos de declaração opostos ao acórdão no Mandado de Segurança n. 5.292, da Capital, rel. Des. Carlos Prudêncio).

“Não ocorre julgamento *extra petita* se o juiz, atendendo o reclamo do autor, aplicar dispositivo legal que considerar adequado, pois não estará se afastando do pedido posto na inicial, mas tão-somente extraindo dos fatos o Direito aplicável (*da mihi factum dabo tibi jus*)” (RT 560/134)” (Apelação Cível n. 97.014436-9, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto).

Do corpo do acórdão lavrado nos autos da Apelação Cível n. 50.727, da relatoria do Des. Alcides Aguiar, extrai-se:

“O que a apelante pretende, e isto está com todas as letras na inicial, é a nulidade de um ato administrativo de punição. Narra o fato com clareza e precisão e conclui postulando as conseqüências que desse fato juridicamente decorre: anulabilidade. Dêem-me os fatos que lhes darei o direito (*da mihi factum dabo tibi jus*), velho e conhecido aforismo latino que afirma saber o juiz o direito, apenas cumprindo às partes indicar-lhe os fatos e expli-

car-lhe os objetivos pretendidos. É o suficiente”.

2. No mérito, questão semelhante foi enfrentada pelo Des. Newton Trisotto em acórdão prolatado nos autos de Apelação Cível n. 98.004347-6, da Capital, cujos termos adoto como razão de decidir:

“1. Não se confunde permissão com concessão. Ensina Cretella Júnior: ‘Três institutos de direito administrativo — a autorização, a permissão e a admissão — apresentam alguns pontos de contato com a concessão, mas de maneira alguma se confundem, porque a concessão é, antes de tudo, contrato, as outras três figuras são atos’ (Curso de Direito Administrativo, Forense, 1995, 13ª ed., págs. 355/356).

“Discorrendo acerca dos conceitos de concessão e de permissão de uso, anota Hely Lopes Meirelles:

‘O contrato de concessão é ajuste de direito administrativo, bilateral, oneroso, comutativo e realizado *intuitu personae*. Com isto se afirma que é um acordo administrativo (e não um ato unilateral da Administração), com vantagens e encargos recíprocos, no qual se fixam as condições de prestação do serviço, levando-se em consideração o interesse coletivo na sua obtenção e as condições pessoais de quem se propõe a executá-lo por delegação do poder concedente. Sendo um contrato administrativo como é, fica sujeito a todas as imposições da Administração necessárias à formalização do ajuste, dentre as quais a autorização legal, a regulamentação e a concorrência.

“(…)”

‘Permissão de uso é o ato negocial, unilateral, discricionário e precário através do qual a Administração faculta ao particular a utilização individual de determinado bem público. Como ato negocial, pode ser com ou sem condições, gratuito ou remunerado, por tempo certo ou indeterminado, conforme estabelecido no termo próprio, mas sempre modificável e revogável unilateralmente pela Administração, quando o interesse público o exigir, dada a sua natureza precária e o poder discricionário do permitente para consentir e retirar o uso especial do bem público. A revogação faz-se, em geral, sem indenização, salvo se em contrário se dispuser, pois a regra é a revogabilidade sem ônus para a Administração. O ato da revogação deve ser idêntico ao do deferimento da permissão e atender às condições nele previstas’ (Direito Administrativo Brasileiro, RT, 1992, 17ª ed., págs. 338 e 435, respectivamente).

“Se concedida a permissão de uso a título precário, pode ela ser revogada a qualquer tempo pela Administração. Sobre o tema, observa Diógenes Gasparini:

‘Poderia a Administração Pública revogar uma permissão ou rescindir uma concessão regularmente outorgada? Poderia essa revogação ser *ad nutum* ou *ad libitum*? A resposta não pode ser afirmativa se se pretende, ao mesmo tempo, abranger as duas indagações.

‘À primeira indagação respondemos afirmativamente, desde que a comandar a revogação ou a rescisão esteja o interesse público. A permissão ou a concessão de serviço, se outorgada, como só poderia ser, para

satisfazer o interesse público, não pode ser extinta senão na presença do interesse, também público, que, no momento da revogação ou rescisão, deve ser prestigiado. A atuação do outorgado foi considerada, na época da outorga, como de interesse para a coletividade, que de sua atividade auferia benefícios ou utilidades. Desse modo, não se concebe a revogação sem que o ato que a determina esteja informado pelo interesse público. A revogação ou a rescisão, sob pena de constituir um ato viciado por desvio de finalidade, está condicionada, como estava a outorga, à existência de interesse público que lhe é subjacente. Nesse sentido já decidiram os nossos tribunais, a exemplo do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos Autos do AgP 90.086 da comarca de Santos. A revogação da outorga sem a observância do interesse público enseja a nulidade do ato de extinção. A declaração da nulidade reinveste o outorgado na execução e exploração do serviço. Ademais, assiste-lhe o direito de pleitear uma indenização pelos prejuízos sofridos com o arbitrário procedimento da Administração Pública. Aliás, não é outra a orientação de nossos pretórios e, nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos do MS 79.036’ (Direito Administrativo, Saraiva, 1989, págs. 173/174).

“Com ele consoa a jurisprudência:

“A precariedade das utilizações privativas dos bens constitutivos do domínio público, no todo ou em parte, não fica ao arbítrio da autoridade outorgante. Princípios da alta administração, motivos de ordem pública, razões que defluam da proteção e

conservação da propriedade dominial, causas da moralidade administrativa, índices de natureza estética, é que irão ditar os atos revogatórios. Revoga-se, porém, motivadamente. O contrato abriria possibilidades para abuso, configurados no desvio de poder' (Cretella Jr.) (ACMS n. 4.833, Des. Eder Graf).

'A permissão de uso é ato unilateral pelo qual a administração permite a utilização precária de um bem público, no interesse exclusivo, ou predominante do permissionário, e pode ser revogado a qualquer tempo, dando ensejo à ação de reintegração de posse, uma vez que não se configura como contrato de locação com caráter de Direito Privado, visto ser o Poder Público parte sujeita a direitos e obrigações distintas dos concernentes aos particulares' (RT 616/140).

"2. No caso *sub judice*, é incontroverso que o Estado de Santa Catarina, através do Departamento de Transportes e Terminais, permitiu à apelante o uso de área localizada no Terminal Rodoviário Rita Maria.

"O ato de revogação está motivado e a permissionária foi notificada para desocupar o prédio. Só esses dois fatos autorizariam a procedência do pleito reintegratório.

"3. Sustenta a apelante que a prorrogação da permissão de uso independe de prévio processo licitatório, justificativa apresentada pelo apelado para pedir a desocupação. A tese está calcada em parecer do Professor Paulo Henrique Blasi.

"*Data venia*, dela divirjo. A Lei n. 8.666/93 dispõe que 'as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permi-

sões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta lei'. Nela não é ressalvada a hipótese de prorrogação do prazo de concessão de uso. Tenho que é dispensável o processo licitatório à prorrogação da concessão de uso se o contrato inicial a ele já fora submetido".

Do acórdão lavrado na Apelação Cível n. 42.825, da Capital, relatado pelo eminente Des. João José Ramos Schaefer, colhe-se que:

"O TJSP reafirmou o caráter precário intrinsecamente revogável da permissão de uso (RJTJESP 124/202), sublinhando que o permissionário se sujeita ao regime de direito público que tem princípios e teorias próprios. Noutra assentada, conceituou-a como contrato ao feitio administrativo, dado que a coisa pertence ao poder público" (RJTJESP 134/55).

Assim, sendo a permissão uma modalidade de ocupação precária, tem-se que não há prazo certo para sua duração após expirado aquele ajustado pelas partes no termo de concessão.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso do município de Criciúma para reformar a r. sentença e julgar procedente o pedido, invertendo-se os ônus da sucumbência.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, deram provimento ao apelo, prejudicada a remessa necessária.



Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros.

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

Florianópolis, 4 de dezembro de 2001.

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.001230-3, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Luiz César Medeiros**

*Apelação cível — Ação popular — Ausência de demonstração da lesividade — Interesse de agir — Inexistência — Requisito indispensável à prestação jurisdicional positiva — Extinção do processo — Confirmação da sentença — Desprovemento do apelo e da remessa necessária.*

*1. Não havendo qualquer vínculo jurídico obrigacional entre o Estado de Santa Catarina e os estabelecimentos de ensino indicados, por óbvio, não se enquadram na categoria dos sujeitos passivos enumerados no art. 6º da Lei da Ação Popular, merecendo sejam excluídos de plano da lide.*

*2. É firme o entendimento sufragado pela doutrina e acolhido na jurisprudência de que não se deve indeferir petição inicial ou extinguir o feito com substrato em matéria concernente ao mérito. Contudo, em sede de ação popular, a toda evidência, o autor não deduz pretensão em seu nome ou, em outras palavras, não defende interesse individual seu. Na verdade, age ele na condição de substituto processual em defesa do interesse público.*

*Logo, se o processo é utilizado justamente para resguardar o interesse público e o resultado vislumbrado se volta contra esse objetivo, o seu prosseguimento é prejudicial à sociedade.*

*3. Conquanto não sejam considerados como condição da ação e sim requisitos para a prestação jurisdicional positiva, a ausência dos pressupostos da ação popular e a manifesta impossibilidade de sua demonstração aferida a priori, caracterizam a falta de interesse processual, o que inviabiliza o curso do processo, determinando a sua extinção com supedâneo no art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil.*



*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.001230-3, da comarca da Capital, em que é autor José Ronaldo Nunes e réus o Estado de Santa Catarina e outros:*

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, afastar as instituições de ensino do pólo passivo da demanda e, em sede de remessa, confirmar a sentença.

Sem custas.

### I — Relatório

Trata-se de ação popular ajuizada por José Ronaldo Nunes contra o Estado de Santa Catarina, Walter Zigelli, Universidade do Vale do Itajaí — Univali, Instituto Estadual de Educação — IEE, Universidade Federal de Santa Catarina — UFSC, Colégio Estadual Irineu Bornhausen, Colégio Estadual Jurema Cavallazzi, Colégio Estadual Henrique Stodiek, Marcelo Adriano, Guilherme G. R. Pereira dos Santos, Carla Giovana Pisetta, Ana Paula Trierweiler, Daniel Ciochetta, Alexandre Schmidt Fernandes, Rafael Neto da Silva, Luciano Gustavo Sordi, Germano Jorge Klein, Giani Cunha, Vanessa Cristina Guimarães, Adalgisa Patrícia Barkembrock, Marilane Pereira Pacheco, José Sérgio da Silva Cristóvan, Diego Santos da Silva, Thiago Correa da Silva, Ana Paula Garcia, Cristiane Chaves dos Santos, Gerusa Aghata Gonçalves Bruner.

*Afirmou que diariamente se depara, ao abrir o Diário Oficial, com a publicação de convênios e protocolos de intenções, tendo como objeto bolsas de trabalho ou bolsas de estágio*

para centenas de estudantes. Alegou que “sob a roupagem legal, tais ‘convênios’ e ‘protocolos de intenções’ não passam em burla, de disfarce. São meros ‘jeitinhos brasileiros’ dos maus políticos darem uma ajuda aos amigos (conveniados) e conseguirem outros (bolsistas e suas famílias)” (fl. 4).

Aduziu, ainda, que os alunos contratados como bolsistas exercem atribuições de cargos que são próprios de servidor concursado, do Quadro de Pessoal Permanente da Administração Pública. Invocando o art. 37 da Constituição Federal, salienta que os cargos ou funções na Administração Pública são efetivos, em comissão ou temporários, não existindo o cargo de bolsista.

Esclarece que “não se alegue que as contratações encontram respaldo na Lei Estadual n. 10.864, de 29/7/98, com alterações da Lei n. 11.120, de 28/6/99, regulamentadas pelo Decreto n. 387, de 23/7/99, que tratam de ‘Bolsas de Estágio’.

“Do mesmo modo, não se pode buscar amparo a essas contratações temporárias no Decreto n. 1.286, de 20/12/91, como também nos demais decretos que o alteraram” (fl. 5).

Afirma que a inconstitucionalidade das normas estaduais citadas é evidente, servindo como fundamento para a ação popular, tendo como consequência contratações que são ilegais, imorais, burladoras de princípios constitucionais, concedidas sem nenhum critério de escolha, “*numa demonstração clara do paternalismo clientelista que grassa por trás delas*”.

Finaliza requerendo a “procedência do pedido para os efeitos de serem: a) declarados nulos os Decre-

tos ns. 1.286, de 20/12/91, 1.293, de 20/12/91, 5.101, de 29/12/94, 333, de 6/10/95, 1.579, de 28/1/97, 2.468, de 11/12/97, 2.633, de 9/2/98, 2.899, de 21/5/98, 2.134, de 21/8/97, na parte referente à contratação de bolsistas de trabalho, das Leis ns. 10.864, de 29/7/98 e 11.120, de 28/6/99, e ainda o Decreto n. 387, de 23/7/99; b) declarados nulos os convênios firmados entre o réu e a beneficiária; c) declaradas nulas todas as admissões ilegais, lesivas e imorais dos estudantes beneficiários; d) condenados as autoridades e os estudantes beneficiários a devolver ao Estado de Santa Catarina os repasses e pagamentos efetuados em razão dos convênios celebrados e admissões (bolsistas) efetivadas; e) condenados todos os ajuizados no pagamento de honorários advocatícios e demais consectários legais” (fls. 12/13).

Ao analisar o feito, a MMA. Juíza *a quo*, invocando o art. 295, parágrafo único, inciso III, do Código de Processo Civil, indeferiu a petição inicial.

Concluiu aduzindo que:

“Por tais considerações, deduzo que há obstáculo processual intransponível, impeditivo do recebimento do pedido, questão que se conhece de ofício, ligada às ‘condições necessárias a que o juiz declare existente e atue a vontade concreta de lei invocada pelo autor, vale dizer, as condições necessárias para obter um pronunciamento favorável. Assim, se se pleiteia uma sentença condenatória, veremos que as condições para obtê-la normalmente são: 1º a existência de uma vontade de lei que assegure a alguém um bem obrigando o réu a uma prestação; 2º a qualidade,

isto é, a identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei e da pessoa do réu com a pessoa obrigada; 3º o interesse em conseguir o bem por obra dos órgãos públicos’ (Giuseppe Chiovenda, Instituições de Direito Processual Civil. 1ª ed., Campinas: Editora Bookseller, 1998, vol.1, pág. 89)” (fls. 56/57).

A sentença se reexamina por força do art.19 da Lei n. 4.717/65.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Raul Schaefer Filho, pugnou pelo conhecimento e provimento do recurso interposto.

## II — Voto

1. Preliminarmente, devem ser afastadas da lide as entidades educacionais Universidade do Vale do Itajaí — Univali, Instituto Estadual de Educação — IEE, Universidade Federal de Santa Catarina — UFSC, Colégio Estadual Irineu Bornhausen, Colégio Estadual Jurema Cavallazzi e Colégio Estadual Henrique Stodieck. Conforme claramente se verifica da petição inicial e dos poucos documentos que a acompanham, a relação jurídica deflagrada da insurgência popular se estabeleceu unicamente entre o Estado de Santa Catarina e os alunos bolsistas.

Não há qualquer vínculo jurídico obrigacional entre o Estado de Santa Catarina e os estabelecimentos de ensino indicados. Quando muito, estes simplesmente indicam os alunos mercedores da bolsa de estágio e procedem às devidas anotações em seus registros escolares.

Assim, por óbvio, as universidades e os colégios estaduais não se

enquadram na categoria dos sujeitos passivos enumerados no art. 6º da Lei da Ação Popular, merecendo sejam excluídos de plano da lide.

2. A súplica do insurgente não merece prosperar.

Depreende-se dos autos que pretende o autor da ação popular a análise de nulidade que macularia a higidez das normas estaduais que regulam e legitimam os convênios e atos de admissão de bolsistas de trabalho para o exercício de atividades na Administração Pública, sob a suspeita de que elas estariam mascarando contratações absolutamente ilegais, imorais e lesivas ao patrimônio público.

A ação popular, utilizada pelo demandante para insurgir-se contra o ato praticado pela autoridade, qual seja, a contratação de centenas de bolsistas com apoio em lei estadual, possui como requisitos: a condição de eleitor do autor e a lesividade ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (inc. LXXIII do art. 5º). Essa lesividade, como é compreensível, quase sempre resultará da ilegalidade do ato a invalidar.

Sobre o tema, preleciona o eminente jurista Hely Lopes Meirelles:

“O segundo requisito da ação popular é a ilegalidade ou ilegitimidade do ato a invalidar, isto é, que o ato seja contrário ao Direito, por infringir as normas específicas que regem sua prática ou por se desviar dos princípios gerais que norteiam a Administração Pública. Não se exige a ilicitude do ato na sua origem, mas sim a ilegalidade na sua formação ou no seu objeto. Isto não significa que a Constituição vigente tenha dispensado a ilegiti-

dade do ato. Não. O que o constituinte de 1988 deixou claro é que a ação popular destina-se a invalidar atos praticados com ilegalidade de que resultou lesão ao patrimônio público. Essa ilegitimidade pode provir de vício formal ou substancial, inclusive desvio de finalidade, conforme a lei regulamentar enumera e conceitua em seu próprio texto (art. 2º, a a e).

“O terceiro requisito da ação popular é a lesividade do ato ao patrimônio público. Na conceituação atual, lesivo é todo ato ou omissão administrativa que desfalca o erário ou prejudica a Administração, assim como o que ofende bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade. E essa lesão tanto pode ser efetiva quanto legalmente presumida, visto que a lei regulamentar estabelece casos de presunção de lesividade (art. 4º), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito. Nos demais casos impõe-se a dupla demonstração da ilegalidade e da lesividade ao patrimônio protegível pela ação popular.

*Sem estes três requisitos — condição de eleitor, ilegalidade e lesividade —, que constituem os pressupostos da demanda, não se viabiliza a ação popular”* (Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, 22ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, págs. 118/119) (sem grifo no original).

Também versando sobre os requisitos da ação popular, muito embora referindo-se à Constituição anterior, verberam Geraldo Ataliba e Ayres Fernandino Barreto:

“Além do requisito da cidadania, o Direito Brasileiro impõe, ainda, um outro requisito básico para que seja intentada essa ação: é preciso que o ato de que trata tenha lesado o patrimônio público. É o que prescreve o art. 153, § 51, da CF. A ilegalidade do ato é, ademais, outro requisito da ação popular, desde que dele resulte lesividade ao patrimônio público. De tal sorte, o ‘requisito indiscutível’ posto pela nova Lei Fundamental é, como ensina José Afonso da Silva, o de que ‘o ato deve prejudicar o patrimônio público’” (Ação Popular Constitucional — Doutrina e Processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968, págs. 110/196).

Conforme consta na sentença hostilizada, “no caso *sub judice*, o autor não demonstrou em momento algum a efetiva lesividade ao patrimônio público decorrente da contratação de estagiários bolsistas pela Administração Pública Estadual. Apontou apenas hipóteses presumíveis que podem ser sintetizadas na seguinte expressão contida na inicial: ‘a lesividade decorre de ilegalidade do ato praticado’ (fl. 10). Ocorre que nem todo ato ilegal é lesivo ao erário, razão pela qual, via de regra, exige-se a prova de ambos os requisitos. A comprovação da lesão só é dispensada nas situações expressamente elencadas no art. 4º da Lei n. 4.717/65 que, ao ver da doutrina, contempla presunção de lesividade”.

Esse é o entendimento adotado por esta egrégia Casa de Justiça:

“Apelação cível — Ação popular — Permuta de bens do município — Inexistência de lesividade ao patrimônio público — Remessa desprovida.

‘Em sede de ação popular, impõe-se a comprovação da ilegalidade e da lesão efetiva ao patrimônio por ela protegível. Ainda que ilegítimo transpareça o ato, se não houve prejuízo, a ação popular não terá êxito’ (Ap. Cív. n. 39.029, de Biguaçu, rel. Des. Alcides Aguiar)” (Ap. Cív. n. 97.014880-1, de Pinhalzinho, rel. Des. João Martins).

“Ação popular — Lei n. 4.717/65 — Anulação de alvará de construção — Lei Municipal n. 4.829/96 — Processo legislativo adequado — Lesividade ao patrimônio público inexistente — Art. 267, inciso VI, do CPC — Exegese — Extinção do processo — Reexame necessário — Desprovidimento.

“Ausente a incompatibilidade material e formal na Lei n. 4.829/96, do município de Florianópolis, a expedição de alvará de construção alicerçado naquele diploma é hígida, afastando o pressuposto da lesividade ao patrimônio público, requisito essencial na ação popular, acarretando, em consequência, tal fato a perda do interesse de agir. Nesta hipótese, o processo é extinto em ato terminativo, independentemente do exame do mérito” (Apelação Cível n. 99.0072614, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Filho) (sem grifo no original).

Colhe-se do corpo do acórdão:

“O egrégio Superior Tribunal de Justiça a respeito do requisito da lesividade, claramente inexistente na hipótese, assim se pronunciou: ‘A ação popular, nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei n. 4.717/65, exige a invalidade do ato (por nulidade ou anulabilidade) e a lesividade daí decorrente’ (REsp

n. 23.113-2—PR, Min. José de Jesus Filho). Igualmente o REsp n. 15.463-0—RS, em que foi relator o Min. Hélio Mosimann, acentua em certo trecho da ementa: 'Não havendo elementos probatórios que demonstrem a lesividade ao patrimônio público...'. Este pressuposto não está caracterizado”.

3. No caso *sub examen*, conforme já referido acima, o autor não teve sucesso na tentativa de demonstrar que os atos impugnados acarretaram qualquer tipo de lesividade à Administração Pública. Não trouxe pelo menos indícios de que isso possa ter ocorrido. Limitou-se apenas a enunciar hipóteses ou ilações de que a lesividade tenha-se operado como consequência da ilegalidade que, no seu entender, afeta tais atos.

A contratação de estagiários bolsistas pela Administração Pública Estadual está calçada nas Leis ns. 10.864/98 e 11.120/99, bem assim pelos decretos que operacionalizaram o disposto nos referidos éditos. Sendo inaceitável a imputação de inconstitucionalidade dos dispositivos legais que dão suporte à contratação dos estudantes, fica afastada a aventada ilegalidade e, por óbvio, seus consectários.

Ademais, a pecha de imoralidade lançada pelo autor à contratação de estudantes para estagiarem em postos da Administração destoa da realidade vivenciada pelos beneficiários, e dos resultados altamente positivos a ser usufruídos por toda a sociedade. O Governo do Estado, ao dar oportunidade para acadêmicos estagiarem em seus órgãos, nada mais está fazendo do que cumprir em plenitude a

sua obrigação relacionada à educação, na medida em que contribui para a formação de bons profissionais. Vale gizar: isso é bom para os estudantes que têm oportunidade de colocar em prática seus conhecimentos teóricos, e é duplamente bom para a sociedade em geral que, além do concurso dos estágios no desenvolvimento das atividades inerentes ao serviço público, poderá contar com profissionais mais qualificados.

Mesmo no caso de o estágio ser prestado em atividades que, à primeira vista, não guardam sintonia com o curso no qual está matriculado o aluno, o resultado é positivo. O conhecimento, como é sabido, deve ser o mais abrangente possível, e as experiências colhidas na execução de trabalhos, certamente, têm o efeito de ampliar a formação do acadêmico.

José Afonso da Silva, após lembrar a aparente dificuldade em desfazer um ato, produzido conforme a lei, porém inquinado pelo vício da imoralidade, afirma ser isso possível “porque a moralidade administrativa não é meramente subjetiva, porque não é puramente formal, porque tem conteúdo jurídico a partir de regras e princípios da Administração. A lei pode ser cumprida moralmente e imoralmente. Quando sua execução é feita, por exemplo, com intuito de prejudicar alguém deliberadamente, *ou com o intuito de favorecer alguém, por certo que está produzindo um ato formalmente legal, mas materialmente comprometido com a moralidade administrativa*” (Curso de Direito Constitucional Positivo. 18ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, pág. 652) — sem grifo no original.

De conformidade com o acima exposto, não é este o caso dos autos. Nada, absolutamente nada, indica ou autoriza a presunção de que o Estado procedeu com o intuito de favorecer alguém.

4. É firme o entendimento sufragado pela doutrina e acolhido na jurisprudência de que não se deve indeferir petição inicial ou extinguir o feito com substrato em matéria concernente ao mérito. Contudo, em sede de ação popular, a toda evidência, o autor não deduz pretensão em seu nome ou, em outras palavras, não defende interesse individual seu. Na verdade, age ele na condição de substituto processual em defesa do interesse público. Logo, se o processo é utilizado justamente para resguardar o interesse público e o resultado vislumbrado se volta contra esse objetivo, o prosseguimento daquele é prejudicial à sociedade. Nesse sentido a Apelação Cível n. 2001.010534-9, julgada por esta Sexta Câmara Civil.

O requisito lesividade, é certo, não se traduz em condição indeclinável à propositura da ação popular. Diz respeito ao mérito propriamente dito. Assim, como pressuposto da tutela jurisdicional, na espécie, poderia efetivamente ser examinado ou provado no decurso da instrução processual. Não obstante, para a propositura da ação há que haver um mínimo de plausibilidade de que os fatos noticiados encaixam-se num dos requisitos delineados no inciso LXXIII do art. 5º da Constituição da República.

Ora, se pelo teor do deduzido na inicial e da documentação a ela anexada vislumbra-se de forma irretorquível ser temerária a ação propos-

ta, justamente por restar clarividente a legalidade e a ausência de lesividade ao erário e, conseqüentemente, inexistente qualquer afronta ao princípio da moralidade administrativa, impõe-se ao magistrado que, em juízo prévio de admissibilidade, declare extinto o feito com fundamento no inc. VI do art. 267 do Código de Processo Civil. É dever do juiz abortar o processo em que estejam ausentes as condições da ação, em especial a possibilidade jurídica do pedido e, como no caso, o interesse processual.

Conforme ressaltado anteriormente, não se discorda do entendimento de que a lesividade (material e/ou moral) não se enquadra como condição da ação e sim como requisito que autoriza a prestação jurisdicional positiva. Isso, no entanto, não obsta a conclusão indesviável de que a manifesta ausência desse requisito — e a certeza, *a priori*, da impossibilidade de sua demonstração — inviabiliza o curso do processo ante o aniquilamento prévio do interesse processual.

Anotam Nélson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery que “existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático” (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor. 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pág. 731).

No mesmo sentido traz-se à colação doutrina de Adroaldo Furtado Fabrício:

“A trilogia das ‘condições da ação’ completa-se com o denominado



'interesse de agir', ou 'interesse processual', como está no texto legislativo nacional. O requisito consiste em ser a prestação jurisdicional buscada pelo autor necessária e útil, vale dizer, a ação só será admitida se a atuação do Estado-juiz for a única, nas coordenadas do caso concreto, capaz de assegurar ao demandante a satisfação da pretensão de direito material por ele manifestada. Do ponto de vista da necessidade, a imposição da restrição visa impedir que alguém provoque a atividade jurisdicional do Estado por mero capricho ou comodismo, quicá com o só propósito de molestar o réu, quando estava apto a obter o mesmo resultado por seus próprios meios e sem resistência. Na perspectiva da utilidade, supõe-se que a sentença almejada represente um proveito efetivo para o autor, no sentido de assegurar-lhe uma posição jurídica mais vantajosa do que a anterior. A conceituação do interesse processual por essa dupla visualização garante que o aparelhamento judiciário não seja utilizado como órgão de consulta para a simples solução acadêmica de teses jurídicas e que, de outra banda, dela não se abuse como instrumento de intimidação ou de pressão" (*in* Revista de Processo n. 58, págs. 7/32).

É de ser louvado o ato judicial que prestigiando a instrumentalidade do processo obsta o curso de ações cujos resultados, com segurança, se

prenunciam inócuos. No caso das ações populares, além de impedir a concretização de resultado inverso do preconizado no remédio constitucional, possibilita que as energias, já refeitas pelo invencível acúmulo de serviço nos pretórios, sejam direcionadas aos feitos que efetivamente reclamam uma prestação jurisdicional afinada com os escopos do processo: solução do conflito e pacificação social pela realização da justiça.

5. Ante o exposto, afasto as instituições educacionais do pólo passivo da demanda e, em sede de remessa, confirmo a sentença.

### III — Decisão:

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, afastaram as instituições de ensino do pólo passivo da demanda e, em sede de remessa, confirmaram a sentença.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto. Pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 4 de outubro de 2001.

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

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 01.009340-5, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Luiz César Medeiros**

*Ação popular — Intervenção do Ministério Público — Processo extinto na fase postulatória — Nulidade — Inocorrência — Licitação*



*ção — Dispensa — Lei n. 8.666/93, art. 24, inc. XIII — Lesividade — Interesse de agir — Requisito indispensável à prestação jurisdicional positiva — Impossibilidade de demonstração no decorrer da instrução — Extinção do processo — Recurso desprovido.*

*1. Incorre nulidade pela ausência de intimação do Ministério Público em ação popular quando o magistrado, em juízo de admissibilidade, indefere a petição inicial extinguindo o feito com supedâneo no art. 295, inc. III, do CPC. A determinação contida no § 4º do art. 6º da Lei n. 4.717/65 há que ser observada a partir do exaurimento da fase postulatória.*

*2. Atendidos os requisitos delineados no art. 24, XIII, da Lei n. 8.666/93, e não afrontados os princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade, mostra-se legal a dispensa de licitação, a despeito de existirem outras instituições semelhantes à contratada pela Administração.*

*3. É firme o entendimento sufragado pela doutrina e acolhido na jurisprudência de que não se deve indeferir petição inicial, ou extinguir o feito com substrato em matéria concernente ao mérito. Contudo, em sede de ação popular, a toda evidência, o autor não deduz pretensão em seu nome ou, em outras palavras, não defende interesse individual seu. Na verdade, age ele na condição de substituto processual em defesa do interesse público. Logo, se o processo é utilizado justamente para resguardar o interesse público e o resultado vislumbrado se volta contra esse objetivo, o seu prosseguimento é prejudicial à sociedade.*

*4. Conquanto não sejam considerados como condição da ação e sim requisitos para a prestação jurisdicional positiva, a ausência dos pressupostos da ação popular e a manifesta impossibilidade de sua demonstração a priori, caracteriza a falta de interesse processual, o que inviabiliza o curso do processo, determinando a sua extinção com fundamento no inc. VI do art. 267 do Código de Processo Civil.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 01.009340-5, da comarca da Capital, em que é apelante José Ronaldo Nunes e apelados o Estado de Santa Catarina, Fernanda Maria Barreto Bornhausen Sá e outros:*

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, desprover o apelo e a remessa.

Sem custas.

## I — Relatório

Trata-se de ação popular ajuizada por José Ronaldo Nunes contra o Estado de Santa Catarina, Fernanda Maria Barreto Bornhausen Sá e outros.

Afirma o autor na inicial que o Estado de Santa Catarina, por intermédio da Secretaria de Estado do Desenvolvimento Social e da Família firmou, sem prévia licitação, contrato com a entidade beneficiária para a realização de cursos de qualificação e requalificação profissional.

Discorreu sobre a nulidade dessa contratação, aduzindo vício de forma e ilegalidade do objeto, por entender que não restou configurada a dispensa de licitação prevista no art. 24, XIII, da Lei n. 8.666/93.

No entender do autor, o vício de forma, na espécie, implica a lesividade presumida estampada no art. 4º da Lei n. 4.717/65, bem assim, afronta a moralidade administrativa.

A MMA. Juíza sustentando a intangibilidade da aprovação emitida pelo Tribunal de Contas do Estado no Processo de Dispensa de Licitação n. 23/96 indeferiu a inicial com supedâneo no art. 295, parágrafo único, inc. III, do Código de Processo Civil.

O autor da ação popular interpôs o recurso cabível, aduzindo em suas razões a matéria já declinada na peça pòrtica e, em especial, acentuando o equívoco da r. sentença em não vislumbrar a possibilidade de lesividade, ilegalidade e imoralidade em função do contrato ter sido alvo de apreciação pelo Tribunal de Contas.

Louvando-se em precedente da colenda Quinta Câmara Civil, afir-

ma que a legalidade e lesividade são requisitos que devem ser apurados no curso do processo e resolvidos na prestação jurisdicional definitiva, já que, ao contrário do entendimento adotado no *decisum*, esses pressupostos não constituem condição da ação, mas, sim, elementos autorizadores do deferimento do pedido deduzido na inicial.

Nos termos do art. 296 do Código de Processo Civil a decisão foi mantida.

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de lavra do Dr. Carlos Henrique Fernandes, em preliminar, argüiu a nulidade da sentença em razão da não participação do Ministério Público antes de sua prolação. Assevera que o fato do Dr. Promotor de Justiça ter apostado seu ciente quando intimado do *decisum* não supre a nulidade, já que a ação popular reclama a presença do *Parquet* em todas as fases. Também como matéria prejudicial, caso vencida a primeira argüição, sustenta que os requeridos devem ser intimados para ofertar contra-razões. Por isso, requer seja o julgamento convertido em diligência para que se ultime essa providência.

Não se manifestou com relação ao mérito.

## II — Voto

1. Afasto as proemiais suscitadas pelo ilustre representante ministerial.

1.1. O fato de o Dr. Promotor de Justiça ter sido cientificado da r. sentença cumpre a exigência da participação do Ministério Público. Se S.

Exa. nada requereu, ou mesmo deixou de interpor recurso pugnando pela anulação do *decisum*, é porque concordou com os seus termos.

Demais, é de se considerar que a relação processual sequer chegou a se formar. O Ministério Público, pelas disposições legais aplicáveis à espécie, deveria se manifestar tão-somente após o oferecimento das contestações (art. 83, inc. I, do CPC). Desse modo, declarado extinto o processo *in limine litis*, inocorre nulidade pela ausência de intimação do representante do Ministério Público de primeiro grau, já que o art. 6º, § 4º, da Lei n. 4.717/65 pressupõe a tramitação do feito, mais precisamente, que a fase postulatória tenha sido exaurida. Seria a partir daí, então, que o Ministério Público, nos termos do dispositivo citado, acompanharia a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores.

Ascendendo os autos por força do recurso voluntário e da remessa necessária, o seu envio à Procuradoria-Geral de Justiça é providência legal indesviável ante a indispensabilidade da manifestação daquele elevado Órgão, providência essa que restou devidamente cumprida.

Inocorrente a alegada nulidade, pois.

1.2. Do mesmo modo padece de sustentação legal a aventada impossibilidade do julgamento do recurso sem as razões dos requeridos.

Ao contrário do que afirma o ilustre Promotor de Justiça, o feito não

foi extinto com base no art. 267, III, do Código de Processo Civil, e sim com respaldo no art. 295, inc. III (ausência de interesse processual), muito embora a MMA. Juíza tenha fundamentado no art. 295, parágrafo único, inciso III, do mesmo pergaminho. Logo, aplicável o art. 296, cujo parágrafo único determina, no caso de manutenção da decisão, o imediato envio dos autos à Superior Instância.

Inocorrente o vício apontado, rejeito a preliminar.

2. A súplica do insurgente não merece prosperar.

Depreende-se dos autos que pretende o autor da ação popular a análise de nulidade que macularia a higidez do contrato celebrado pela Secretaria de Estado do Desenvolvimento Social e da Família e a instituição de ensino superior Fundação Universidade do Sul de Santa Catarina — Unisul.

A ação popular, utilizada pelo demandante para se insurgir contra os atos praticados pelas autoridades apontadas, possui como requisitos: a condição de eleitor do autor e a lesividade ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (CF, inc. LXXIII do art. 5º). Essa lesividade, como é compreensível e natural, quase sempre resultará da ilegalidade do ato a invalidar.

Sobre o tema, preleciona o sempre lembrado Hely Lopes Meirelles:

“(…) o segundo requisito da ação popular é a ilegalidade ou ilegitimidade do ato a invalidar, isto é, que o ato seja contrário ao Direito, por infringir as normas específicas que regem sua prática ou por se desviar dos prin-

cípios gerais que norteiam a Administração Pública. Não se exige a ilicitude do ato na sua origem, mas sim a ilegalidade na sua formação ou no seu objeto. Isto não significa que a Constituição vigente tenha dispensado a ilegitimidade do ato. Não. O que o constituinte de 1988 deixou claro é que a ação popular destina-se a invalidar atos praticados com ilegalidade de que resultou lesão ao patrimônio público. Essa ilegitimidade pode provir de vício formal ou substancial, inclusive desvio de finalidade, conforme a lei regulamentar enumera e conceitua em seu próprio texto (art. 2º, a e).

“O terceiro requisito da ação popular é a lesividade do ato ao patrimônio público. Na conceituação atual, lesivo é todo ato ou omissão administrativa que desfalca o erário ou prejudica a Administração, assim como o que ofende bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade. E essa lesão tanto pode ser efetiva quanto legalmente presumida, visto que a lei regulamentar estabelece casos de presunção de lesividade (art. 4º), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito. Nos demais casos impõem-se a dupla demonstração da ilegalidade e da lesividade ao patrimônio protegível pela ação popular.

“*Sem estes três requisitos — condição de eleitor, ilegalidade e lesividade —, que constituem os pressupostos da demanda, não se viabiliza a ação popular*” (Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, 22ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, págs. 118/119) (sem grifo no original).

Conforme consta na sentença hostilizada “em não havendo ilegalidade, a lesividade ao patrimônio público baseada na presunção a que alude o art. 4º, III, a, da Lei n. 4.717/65, segundo a qual, o negócio é nulo se ‘houver sido celebrado sem prévia concorrência pública ou administrativa sem que essa condição seja estabelecida em lei, regulamento ou norma geral’ resta sem sustentação, pois o contrato foi efetuado após o processo de dispensa de licitação, nos termos da Lei n. 8.666/93”.

Esse é o entendimento adotado por esta egrégia Casa de Justiça:

“Ação popular — Lei n. 4.717/65 — Anulação de alvará de construção — Lei Municipal n. 4.829/96 — Processo legislativo adequado — Lesividade ao patrimônio público inexistente — Art. 267, inciso VI, do CPC — Exegese — Extinção do processo — Reexame necessário — Desprovemento.

“Ausente incompatibilidade material e formal na Lei n. 4.829/96, do município de Florianópolis, a expedição de alvará de construção alicerçado naquele diploma é hígida, *afastando o pressuposto da lesividade ao patrimônio público, requisito essencial na ação popular, acarretando, em consequência, tal fato a perda do interesse de agir*. Nesta hipótese, o processo é extinto em ato terminativo, independentemente do exame do mérito” (Apelação Cível n. 99.007261-4, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Filho) (sem grifo no original)

Colhe-se do corpo do acórdão:

“O egrégio Superior Tribunal de Justiça a respeito do requisito da lesividade, claramente inexistente na

hipótese, assim se pronunciou: 'A ação popular, nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei n. 4.717/65, exige a invalidade do ato (por nulidade ou anulabilidade) e a lesividade daí decorrente...' (REsp n. 23.113-2/PR, Min. José de Jesus Filho). Igualmente o REsp n. 15.463-0/RS, em que foi relator o Min. Hélio Mosimann, acentua em certo trecho da ementa: 'Não havendo elementos probatórios que demonstrem a lesividade ao patrimônio público...'. Este pressuposto não está caracterizado".

3. É firme o entendimento sufragado pela doutrina e acolhido na jurisprudência de que não se deve indeferir petição inicial ou extinguir o feito com substrato em matéria concernente ao mérito. Contudo, em sede de ação popular, a toda evidência, o autor não deduz pretensão em seu nome ou, em outras palavras, não defende interesse individual seu. Na verdade, age ele na condição de substituto processual em defesa do interesse público. Logo, se o processo é utilizado justamente para resguardar o interesse público e o resultado vislumbrado se volta contra esse objetivo, o prosseguimento daquele é prejudicial à sociedade.

O requisito da lesividade, é certo, não se traduz em condição indeclinável à propositura da ação popular. Diz respeito ao mérito propriamente dito. Assim, como pressuposto da tutela jurisdicional, na espécie, poderia efetivamente ser examinado ou provado no decurso da instrução processual. Não obstante, para a propositura da ação há que haver um mínimo de plausibilidade de que os fatos noticiados se encaixam num dos requisitos

delineados no inc. LXXIII do art. 5º da Constituição da República.

Ora, se pelo teor do deduzido na inicial e da documentação a ela anexada vislumbra-se de forma irretorquível ser temerária a ação proposta, justamente por restar clarividente a legalidade e a ausência de lesividade ao erário e, por conseqüência, inexistente qualquer afronta ao princípio da moralidade administrativa, impõe-se ao Magistrado que, em juízo prévio de admissibilidade, declare extinto o feito com fundamento no inc. VI do art. 267 do Código de Processo Civil. É dever do juiz abortar o processo em que estejam ausentes as condições da ação, em especial a possibilidade jurídica do pedido e, como no caso, o interesse processual.

Conforme ressaltado anteriormente, não se discorda do entendimento de que a lesividade (material e/ou moral) não se enquadra como condição da ação e sim como requisito que autoriza a prestação jurisdicional positiva. Isso, no entanto, não obsta a conclusão indesviável de que a manifesta ausência desse requisito e a certeza, a *priori*, da impossibilidade de sua demonstração inviabilizam o curso do processo ante o aniquilamento prévio do interesse processual.

Anotam Néelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery que "existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático" (Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, 4ª

ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pág. 731).

No mesmo sentido traz-se à colação doutrina de Adroaldo Furtado Fabrício:

“A trilogia das ‘condições da ação’ completa-se com o denominado ‘interesse de agir’, ou ‘interesse processual’, como está no texto legislativo nacional. O requisito consiste em ser a prestação jurisdicional buscada pelo autor necessária e útil, vale dizer, a ação só será admitida se a atuação do Estado-juiz for a única, nas coordenadas do caso concreto, capaz de assegurar ao demandante a satisfação da pretensão de direito material por ele manifestada. Do ponto de vista da necessidade, a imposição da restrição visa impedir que alguém provoque a atividade jurisdicional do estado por mero capricho ou comodismo, quiçá com o só propósito de molestar o réu, quando estava apto a obter o mesmo resultado por seus próprios meios e sem resistência. Na perspectiva de utilidade, supõe-se que a sentença almejada represente um proveito efetivo para o autor, no sentido de assegurar-lhe uma posição jurídica mais vantajosa do que a anterior. A conceituação do interesse processual por essa dupla visualização garante que o aparelhamento judiciário não seja utilizado como órgão de consulta para a simples solução acadêmica de teses jurídicas e que, de outra banda, dela não se abuse como instrumento de intimidação ou de pressão” (Revista de Processo, n. 58, págs. 7/32).

É de ser louvado o ato judicial que prestigiando a instrumentalidade do processo obsta o curso de ações cujos resultados, com segurança, se

prenunciam inócuos. No caso das ações populares, além de impedir a concretização de resultado inverso do preconizado no remédio constitucional, possibilita que as energias, já rarefeitas pelo invencível acúmulo de serviço nos Pretórios, sejam direcionadas aos feitos que efetivamente reclamam uma prestação jurisdicional afinada com os escopos do processo: solução do conflito e pacificação social por meio da realização da justiça.

Bem por isso, com a aprovação unânime dos componentes desta Sexta Câmara Civil, apreciando matéria que guarda similitude com a *quaestio sub examen* decidiu-se:

“Apelação cível — Ação popular — Ausência de demonstração da lesividade — Interesse de agir — Inexistência — Requisito indispensável à prestação jurisdicional positiva — Extinção do processo — Confirmação da sentença — Desprovemento do apelo e da remessa necessária.

“1. É firme o entendimento sufragado pela doutrina e acolhido na jurisprudência de que não se deve indeferir petição inicial, ou extinguir o feito com substrato em matéria concernente ao mérito. Contudo, em sede de ação popular, a toda evidência, o autor não deduz pretensão em seu nome ou, em outras palavras, não defende interesse individual seu. Na verdade, age ele na condição de substituto processual em defesa do interesse público. Logo, se o processo é utilizado justamente para resguardar o interesse público e o resultado vislumbrado se volta contra esse objetivo, o seu prosseguimento é prejudicial à sociedade.

“2. Conquanto não sejam considerados como condição da ação e sim



requisitos para a prestação jurisdicional positiva, a ausência dos pressupostos da ação popular e a manifesta impossibilidade de sua demonstração aferida *a priori*, caracteriza a falta de interesse processual, o que inviabiliza o curso do processo, determinando a sua extinção com supedâneo no art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil” (Apelação Cível n. 2001.009131-3 — acórdão deste Relator).

4) No caso *sub examen*, conforme já referido acima, o autor investe contra ato que dispensou a licitação para que fosse celebrado o contrato no valor de R\$ 661.200,00 (seiscentos e sessenta e um mil e duzentos reais), para a realização de cursos de qualificação e requalificação profissional. Como sabido, a celebração de contrato sem prévia concorrência pública, ou administrativa, nos termos do art. 4º da Lei n. 4.717, de 29/6/65, é considerada nula. Portanto, a lesividade resulta de presunção derivada da própria norma. Assim, a questão crucial no caso vertente reside justamente na legalidade ou ilegalidade da dispensa do processo licitatório.

Pelo que consta dos autos e inclusive é admitido na inicial, a justificativa para a dispensa está respaldada no inc. XIII do art. 24 da Lei n. 8.666/93, fato que se deu pelo Processo de Dispensa n. 23/93, publicado no Diário Oficial de 29/7/96 (fl. 10) e que contou com a aprovação pelo Tribunal de Contas do Estado.

A sentença da mesma forma, indica que “o contrato impugnado, dada sua natureza, foi realizado após processo de dispensa de licitação, em conformidade com o disposto no art. 24, XIII, da Lei n. 8. 666/93, consoan-

te se infere do documento colecionado à fl. 10, que destaca essa importante particularidade”.

Considerando o objeto do contrato, aliado ao fato de a Unisul ser uma entidade educacional sem fins lucrativos, é aceitável o argumento calçado em premissa lógica de que a base da justificativa foi efetivamente o preconizado no art. 24, inc. XIII, da Lei n. 8.666/93, que assim reza:

Art. 24. É dispensável a licitação:

“(…)

“XIII — *na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional*, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos”.

O apelante entende que a dispensa da licitação não poderia ser autorizada com lastro nesse dispositivo porque a entidade beneficiária não se dedica à recuperação social do preso. Evidente o equívoco. A disposição legal está dividida em duas partes: a primeira, referindo-se às entidades de pesquisa, do ensino, ou de desenvolvimento institucional; a segunda, às instituições que tenham como objeto estatutário a recuperação social do preso. Claro e insofismável que a Universidade se enquadra na primeira parte do dispositivo.

Não seria este, pois, o vício inquinador da questionada nulidade do ato.

Ressalta-se, portanto, que, em princípio, o Estado poderia, como de fato pode, contratar com a



Unisul, assim como o fez com outras entidades educacionais com a mesma finalidade, independentemente de prévia licitação.

Conforme leciona Antônio Roque Citadini, “a lei inova ao permitir a contratação, com dispensa de licitação, de instituição brasileira que por seu estatuto ou regimento seja incumbida da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional e que tenha reputação ético-profissional e seja de caráter não lucrativo” (Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas, 3ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1999, pág. 201).

Não há nada, absolutamente nada, na petição inicial que denuncie não preencher a entidade contratada os requisitos delineados em lei. Ao contrário, é público e notório, portanto, indubitado, que a Universidade em referência satisfaz as exigências que permitem a dispensa de licitação.

Com peculiar propriedade, anota Jessé Torres Pereira Júnior que “a lei licitatória cumpre, neste inciso, a ordem do art. 218 da Constituição Federal, que incumbe o Estado de promover e incentivar ‘o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas’. A determinação do § 4º do preceito constitucional nitidamente inspira esta hipótese de dispensabilidade, ao cometer à lei, imperativamente, o dever de apoiar e estimular ‘as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de recursos humanos...’”.

E acrescenta:

“Tanto que a Lei n. 8.666/93 sujeita a dispensa, neste caso, a duas condições:

“a) tratar-se de instituição brasileira sem fins lucrativos, ou seja, sociedade civil (a lei não exige o título de utilidade pública) de cujo ato constitutivo conste como objetivo societário a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento institucional;

“b) contar a entidade com ‘inquestionável reputação ético-profissional’ (vale dizer, em termos licitatórios, idoneidade assemelhada, *mutatis mutandis*, àquela resultante da habilitação prevista no art. 27 e à notória especialização definida no art. 25, § 1º)” (Comentários à lei das licitações e contratações da administração Pública. Rio de Janeiro, Renovar, 1999, pág.161).

Esse entendimento vem reforçado pelas palavras de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

“Efetivamente, a exemplo do que foi prescrito no inciso XX do mesmo artigo, uma das formas mais eficazes de incentivar o desenvolvimento é por meio da valorização do trabalho. A lei estabelece uma desigualdade jurídica no universo dos licitantes visando, sobretudo, resguardar outros valores, também tutelados pelo Direito. No aparente conflito, deve o legislador estabelecer, com sabedoria, a prevalência do bem jurídico fundamental, no caso” (Contratação direta sem licitação, 4ª ed., Brasília, Brasília Jurídica, 1999, pág. 313).

Não obstante, há que ser considerado que temos várias instituições educacionais nas mesmas condições da entidade beneficiária. Assim, pelo que se vislumbra do pedido deduzido na inicial, a lisura do contrato passaria pela análise dos elementos ou dos critérios que motivaram a sua escolha

dentre as tantas Universidades em atividade no Estado.

É de se destacar, no entanto, que a lei não prevê, no caso de incidência da situação prevista no inc. XIII do art. 24 da Lei n. 8.666/93, a necessidade de licitação, mesmo existindo instituições congêneres. Isso, segundo alguns autores, poderia significar a abertura para os desmandos e os apaniguamentos. O risco realmente existe e caso verificada, pelo menos como indício plausível, a sua ocorrência, a correção via ação popular se legitimaria.

No entanto, sem um mínimo de dado concreto a lhe dar guarida, a hipotética suposição de lesividade ou protecionismo, apenas porque existem outras Universidades no Estado, não é motivo suficiente para atacar um ato que se revestiu de legalidade. Pensar o contrário seria permitir que o processo, em vez de instrumento a serviço da justiça e da pacificação, servisse à inquietação e à insegurança das relações jurídicas sedimentadas ao abrigo da lei.

Sobre o tema, o já citado Jacoby Fernandes, após alertar que alguns renomados mestres sustentam que a licitação seria dispensável se não houvesse possibilidade de competição e que, em havendo, seria indeclinável o procedimento licitatório para garantir a efetividade do princípio da isonomia, afirma:

“O assunto merece detida reflexão: em primeiro plano, deve-se observar que as hipóteses de dispensa de licitação elencadas no art. 24, em exame, constituem, como exposto no capítulo III, o reconhecimento prévio, pelo legislador, do ‘conflito’ entre valo-

res tutelados pelo Direito, os quais adredemente a lei resolveu, permitindo a contratação direta. Na inexigibilidade de licitação, ao contrário, o legislador partiu do fato de que seria inviável a competição, deixando ao prudente arbítrio do agente público o enquadramento dos fatos à norma. Corolário dessa assertiva é que, em quase todos os casos de dispensa, poderá o administrador promover a licitação se entender conveniente, embora o legislador lhe tenha permitido a contratação direta. Não há nisso, evidentemente, afronta ao princípio da isonomia, vez que a Constituição tutela outros princípios além do da igualdade” (*op. cit.*, pág. 323).

E mais à frente:

“Cabe obter perar que a licitação não é o único meio de garantir a efetividade dos princípios da isonomia e da impessoalidade. Segundo, o legislador pátrio não pode abrir, ao seu talante, possibilidades de contratação direta sem acatamento ao princípio da licitação se não tiver a sustentá-lo outro princípio, também consignado na Constituição Federal.

“Estará obrigado a promover a licitação quando o critério de escolha do fornecedor ou executante não puder ser demonstrado sem ofensa ao princípio da moralidade e da impessoalidade. É esse estreito limite que paira entre o atendimento de todos os requisitos estabelecidos em cada uma das hipóteses de dispensa e a prevalência do dever de licitar.

“Logo, mesmo existindo várias instituições com igualdade de condições — se forem exatamente iguais, o que é pouco provável —, a escolha pode ser feita por uma pesquisa de

preços, por exemplo. Mais adequado seria que a justificativa da escolha do contratado (...) tivesse relação com a capacidade da instituição e o objeto do contrato, e não só com o preço" (*op. cit.*, pág. 326).

Para então concluir:

"É importante lembrar que a inviabilidade de competição só é requisito para a contratação direta por inexigibilidade, conforme expressamente estabelece o art. 25. Não se pode criar, pela via doutrinária, palavras que não existem na lei!

"Em importante acórdão, o TCU firmou entendimento sobre essa questão e definiu que 'atendidos os demais requisitos postos em lei' (art. 24, XIII), enseja a dispensa de licitação, mesmo quando a competição se revela viável" (*op. cit.*, pág. 327).

Concordo com o entendimento sufragado pelo ilustre jurista. Seu posicionamento se ajusta e referenda o que dantes se argumentou: o simples fato de existir mais de uma instituição que preencha as condições estabelecidas no art. 24, XIII, da Lei n. 8.666/93, não se constitui em óbice à dispensa da licitação para a efetivação de contratos que guardem sintonia com o preconizado naquela norma.

Entendo como correta a afirmação da MMA. Juíza de que a análise meritual do Tribunal de Contas, como resultado de sua competência constitucional (art. 71 da CF, e 59 da CE), traduz-se em ato administrativo, sendo, em princípio, defeso ao Poder Judiciário questioná-la. Isso, reste bem claro, quando o mérito da decisão daquela Corte estiver acobertada pelos princípios que regem as atividades da

Administração (art. 37 da Constituição da República).

Por outro lado, não se pode aceitar que o simples fato de o Tribunal de Contas ter decidido pela legalidade de um ato administrativo, no caso, um contrato envolvendo cifras significativas, impeça, de forma definitiva, a apreciação no âmbito do Poder Judiciário. Isso, ineludivelmente, afrontaria o princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional dos conflitos, conforme a garantia insculpida no inc. XXXV do art. 5º da *Lex Mater*.

De qualquer forma, entendo dispensável a instrução do feito para se aferir com a necessária segurança que o ato acoimado de nulo atendeu os pressupostos legais para a sua validade, evidenciada, de resto, pelas circunstâncias fáticas e jurídicas, a ausência de lesividade ao erário.

Ao contrário do sustentado no reclamo, *data venia*, na espécie, constata-se a possibilidade de um juízo de certeza *a priori* acerca da temeridade da ação ou da impossibilidade de serem demonstradas a ilegalidade e a lesividade e, conseqüentemente, a imoralidade.

4. Ante o exposto, afasto as preliminares e, no mérito, nego provimento ao recurso. Em sede de reexame, confirmo a sentença.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, desproveram a remessa e o apelo.

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

Exmo. Sr. Dr. Carlos Henrique Fernandes.

Florianópolis, 6 de setembro de 2001.

*Francisco Oliveira Filho,*  
*Presidente;*  
*Luiz César Medeiros,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 99.001463-0, DE BARRA VELHA**

**Relator: Des. Vanderlei Romer**

*Direito material. Ação de cobrança fundada no art. 1.531 do Código Civil. Réu que, efetivamente, executou dívida já paga, vindo a desistir posteriormente do pleito. Má-fé por parte do credor, contudo, não demonstrada a contento. Aplicação da Súmula 159 do STF. Provimento.*

*Doutrina e jurisprudência são firmes no sentido de que a penalidade do art. 1.531 do Estatuto Civil só pode ser imposta se a demanda, comprovadamente, é fruto de dolo, de má-fé, do desejo de locupletamento à custa alheia, o que repugna o bom direito.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.001463-0, da comarca de Barra Velha, em que é apelante Banco do Estado do Paraná S.A. Crédito Imobiliário, sendo apelado Paulo Roberto Vitorino Mendes:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, prover o recurso.

Custas na forma da lei.

### **I — Relatório**

Trata-se de ação de indenização fundada no art. 1.531 do Estatuto Civil. Disse o autor, Paulo Roberto Vitorino Mendes, que não obstante a regular quitação das parcelas referentes a contrato de financiamento, o Banestado S.A. Crédito Imobiliário ingressou com ação de execução, da qual veio a

desistir após a oposição de embargos, que se fez acompanhar por documentação comprobatória do pagamento das prestações supostamente em aberto.

Em contestação, o réu invocou o princípio da boa-fé na prática bancária, justificando o aforamento da execução, ao argumento de que, na hipótese, os pagamentos foram efetuados na agência sita em Joinville, sendo que por falta justificável do processamento a informação não foi enviada à filial de Florianópolis, tampouco àquela de Curitiba. Acrescentou que o processo em questão só foi deflagrado porque o autor, não obstante ter sido notificado, quedou-se silente.

Forte no argumento de que agiu de boa-fé, propugnou pela rejeição da pretensão inaugural.

O feito tramitou regularmente, culminando com a sentença que acolheu *in totum a actio*.

A tempo e modo recorreu o vencido, reeditando a tese defensiva. Ressaltou, contudo, que na hipótese de ser mantido o *decisum*, tendo o requerente decaído de parte substancial do pedido — uma vez que postulou o dobro do valor do contrato, obtendo, todavia, apenas o dobro das parcelas pagas — urge aplicar-se o disposto no art. 21 do CPC

Respondido o recurso, alçaram os autos.

É o necessário relatório.

## II — Voto

Irresignado com o decreto de procedência que, nos exatos termos do art. 1.531 do Código Civil, acolheu o pedido do postulante para determinar a restituição em dobro do valor de parcelas executadas indevidamente, interpõe o Banestado recurso de apelação.

E malgrado respeitável o entendimento esposado pelo Togado *a quo*, suas alegações, no meu sentir, merecem guarida.

Forçoso reconhecer que o pedido de desistência foi manifestado após o oferecimento dos embargos, não se cogitando, pois, da aplicação do art. 1.532. Contudo, não vislumbro o necessário intuito malicioso do réu/apelante, condição *sine qua non* para a incidência da rigorosa penalidade inserta no art. 1.531. Bem alerta o mestre Washington de Barros Monteiro que “sem prova de má-fé da parte do credor, que faz a cobrança excessiva, não se comina referida penalidade. A pena é tão grande e tão desproporcionada que só mesmo diante de prova inconcussa e irrefra-

gável de dolo deve ser aplicada” (*in Direito das Obrigações*, 2ª parte, pág. 404, ed. 1975).

A respeito, bastante elucidativo é o voto do Min. Barros Monteiro, lavrado no REsp n. 46.203-7:

“Ocorre que, segundo a doutrina e a jurisprudência dominantes acerca da inteligência do citado art. 1.531 do CC, a pena ali prevista (pagamento em dobro) somente incide se tiver o credor obrado maliciosamente. Nesse sentido o magistério de Washington de Barros Monteiro (*Direito das Obrigações*, págs. 409/410, 24ª ed.). Para J. M. Carvalho Santos ‘uma simples inadvertência não justifica a imposição das penas, mas se, apesar de reavivada a memória do credor, insiste este no pedido, justificada está a má-fé capaz de legitimar a penalidade’ (*Código Civil Interpretado*, vol. XX, pág. 345).

“De outro lado, a Súmula 159 do Excelso Pretório enuncia que ‘a cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código Civil’.

“No mesmo diapasão alinha-se a jurisprudência desta Casa. Quando do julgamento do REsp n. 14.016/SP, relator o eminente Min. Athos Carneiro, a Quarta Turma decidiu:

‘A aplicação da ‘pena privada’ do artigo 1.531 do Código Civil presuppõe o ajuizamento de demanda com malicioso pedido de dívida já paga, ou de quantia maior do que a realmente devida’.

“Mais incisivo ainda se apresentou aresto provindo da eg. Terceira Turma, de relatoria do ilustre Min. Walter Zveiter, *in verbis*:

‘Sem prova inconcussa e irrefragável do dolo, não há como impor-se ao litigante a condenação de que trata o disposto nos arts. 1.531 e 1.532 do Código Civil, quando promove lide dita temerária’ (REsp n. 1.964/RN)”.

É adita o eminente membro do novel STJ, em conclusão que se aplica inteiramente à hipótese vertente:

“Não bastava, pois, para alicerçar-se a condenação a assertiva de mera desorganização interna do banco-réu ou descaso na obrigação de dar baixa no feito que promovera. *Era de rigor, ao contrário do admitido pelo v. Acórdão, que evidenciasse a malícia do credor, detectada pelo seu objetivo de extorquir o alheio sob o color de cobrar dívida, circunstância esta que — bem de ver — não se encontra presente na espécie ora debatida*” (sem grifo no original).

Cito, ainda, os precedentes que se seguem: REsp ns. 94.753, rel. Min. Milton Luiz Pereira; 46.203, rel. Min. Barros Monteiro; 14.016, rel. Min. Athos Carneiro, dentre tantos outros).

Urge salientar que o fato de a sentença prolatada nos autos dos embargos à execução ter aplicado ao ora recorrente a sanção de litigância de má-fé (art. 17 do CPC) não induz *res iucata*. São, em verdade, dispositivos distintos, como demonstra julgado do egrégio 1º Tribunal Civil do Estado de São Paulo:

“...a questão veiculada no vertente agravo reporta-se à problemática do sancionamento da litigância de má-fé em relação à qual subsistem sanções previstas no CPC e no Código Civil, impendendo, previamente, examinar se, em relação a tais penalidades,

ocorre mera cumulação, imbricação ou absorção de uma pela outra.

“Assim é que, enquanto o CPC pune a litigância de má-fé, irrogando ao *improbis litigator* a obrigação de compor perdas e danos decorrentes de sua conduta processual infrajurídica, o art. 1.531 do Código Civil impõe àquele que demandar por dívida já paga a obrigação de pagar ao devedor o dobro do que houver cobrado. Evidentemente, a cobrança de dívida já paga pode se encartar, sem maiores esforços de exegese, em alguns itens do art. 17 do CPC, onde se inserem as figuras típicas de litigância de má-fé, pois, salvo prova em contrário, constitui conduta processual tarjada por esse elemento subjetivo.

“Entretanto, a despeito dessa circunstância, as perdas e danos decorrentes de litigância de má-fé não se confundem com a sanção do art. 1.531 do Código Civil. Isto porque não tem esta natureza compensatória, mas sim de pena, podendo ser cumulada com as perdas e danos — cf. Aguiar Dias, Da Responsabilidade Civil, Rio, Forense, 1954, vol. II, pág. 483, nota 855 — conquanto, no sentir de alguns juristas, tal penalidade seja draconiana — cf. Carvalho Santos, Código Civil Brasileiro Interpretado, Rio, Freitas Bastos, 1952, vol. XX, pág. 345 e outros ali colacionados.

“Demais, as perdas e danos impostas pelo art. 18 do CPC, a despeito de valiosas opiniões e decisões em contrário, não dependem de pedido da parte, podendo emergir da atividade oficiosa do juiz — cf. Hélio Tornaghi, Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo, Ed. RT, 1974, vol. I, pág. 150 —, além de ser impos-



tas e exigidas no próprio processo em que ocorreu a litigância de má-fé, enquanto a penalidade do art. 1.531 do Código Civil tem sua aplicação condicionada ao pedido do réu, pedido esse que, por sua autonomia, haverá de ser formulado em reconvenção ou em ação própria.

“Finalmente, as perdas e danos decorrentes de litigância de má-fé independem do resultado da ação, porquanto a parte vencida pode fazer jus a ser indenizada, ao passo que, obviamente, a pena reportada no art. 1.531 do Código Civil somente incidirá se e quando vitoriosa a parte em face de quem foi proposta a ação de cobrança indevida.

“Destarte, distintas as sanções, evidencia-se que o pedido de incidência daquela prevista no precitado art. 1.531 do Código Civil não se encontra incluído naquele de condenação por perdas e danos decorrentes de litigân-

cia de má-fé...” (Julgs. TACivSP, vol. 118, págs. 83/84).

Diante do exposto, voto pelo provimento do recurso, invertendo-se os ônus da sucumbência.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara decidiu, por votação unânime, prover o recurso.

Presidiu a sessão de julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira e dela participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Janke.

Florianópolis, 4 de março de 2002.

*Anselmo Cerello,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Vanderlei Romer,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 01.010797-0, DE CANOINHAS

**Relator: Des. Vanderlei Romer**

*Direito do menor. Adoção. Processo extinto sem julgamento de mérito com fulcro no art. 267, IV, do CPC. Casal não inscrito no cadastro de pretendentes à adoção na comarca. Condição que não pode ser erigida a pressuposto processual, dada a excepcionalidade da hipótese. Pretensos adotantes pré-habilitados em comarca diversa.*

*“O cadastro previsto no art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não há negar, é instrumento de suma importância no desenvolvimento da política de amparo ao menor desassistido, mas em certas situações não pode ser erigido em requisito indispensável para o deferimento do pedido de adoção” (AI n. 96.007402-3, rel. Des. Paulo Gallotti).*



*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 01.010797-0, da comarca da Canoinhas (1ª Vara), em que são apelantes S. L. M. e S. N. M. M.:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, prover o recurso para anular a decisão, a fim de que o feito prossiga como de direito.

Custas na forma da lei.

### I — Relatório

Tratam os autos de processo de adoção da menor P. de D. B., deflagrado por S. L. M. e sua esposa, S. N. M. M.

Afirmaram os autores que os pressupostos legais (arts. 42 e 165 do ECA) estão plenamente satisfeitos. Acresceram que contam com a aprovação da mãe, a qual manifestou expressamente seu desejo de que a criança com eles permanecesse.

Pedido de guarda provisória indeferido, ao fundamento de que os requerentes não estão cadastrados no registro de pessoas interessadas em adoção na comarca.

Instado, o Ministério Público opinou pela busca e apreensão da infante, pronunciamento este que houve por bem o MM. Juiz acatar.

Peticionaram, então, os postulantes, propugnando pela reconsideração do despacho de indeferimento da guarda provisória. Mantido o *decisum*, agravaram de instrumento, acabando por obter o efeito suspensivo “ativo” até o pronunciamento definitivo da Câmara.

Julgado extinto o feito sem julgamento de mérito, em sentença que vem calcada no art. 267, inc. IV, do CPC, a tempo e modo recorreram S. L. M. e S. N. M. M.

Principiaram por dizer que a falta de prévio cadastro na comarca de Canoinhas não constitui pressuposto absoluto e insuperável para a concessão da adoção. Demais disso, disseram, encontram-se inscritos na comarca de Joinville, onde residem, havendo, portanto, reconhecimento formal de aptidão para adoção. E que mesmo que se admitisse “a necessidade de apresentação do cadastro prévio (que no caso dos autos existe advindo de outra comarca do Estado e foi apresentado), ainda assim, sua ausência não seria motivo bastante para sumária extinção do feito. Ressaltaram, ato contínuo, que a parte dispositiva do *decisum* combatido não se coaduna com a sua fundamentação, havendo, em verdade, um pré-julgamento do mérito. Refutaram a afirmativa sentencial de que se teriam evadido com a menor, obstando o cumprimento do mandado de busca e apreensão, tanto que, cientes da determinação judicial, entregaram-na prontamente.

Por esses e outros argumentos que, por brevidade, passam a fazer parte integrante deste, clamaram pelo provimento do apelo para anulação do decisório.

Em ambas as instâncias, o *Parquet* é pelo desprovimento.

### II — Voto

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Inconformados com o pronunciamento singular que julgou extinto o processo de adoção sem julgamento de mérito, ao fundamento de que não estão inscritos no cadastro de interessados em adoção da comarca de Canoinhas, os autores interpuseram recurso de apelação.

E conquanto respeitável o entendimento esposado pelo nobre sentenciante *a quo*, que encontra respaldo, inclusive, em julgado desta Corte de Justiça, tenho que sua argumentação merece guarida.

A decisão monocrática peca, *datissima venia*, por excessivo apego ao formalismo. O art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, de fato, estabelece que cada comarca deve manter um cadastro de indivíduos interessados em adoção. Cuida-se de determinação deveras salutar, que tem por escopo obstar a entrega de crianças a pessoas que não tenham sido previamente avaliadas, bem como tornar mais célere a colocação do menor em um lar substituto, e, conseqüentemente, sua adoção.

É norma que, por óbvio, deve ser prestigiada.

No entanto, erigi-la a pressuposto processual, especialmente no caso concreto, em que restou sobejamente comprovado que os apelantes já estão inscritos no órgão cadastral da comarca de Joinville, é medida extremada, que merece censura.

De efeito, considerável é o número de precedentes no sentido de que *“não se deve afastar uma criança dos braços de quem a acolhe desde o nascimento, cujo requerimento de adoção já foi efetuado, a pretexto de inobservância cadastral de pretendentes à*

*adoção, a não ser que se comprove de plano a inabilitação moral para o ato”* (Al n. 99.017563-4, rel. Des. Carlos Prudêncio, sem grifo no original).

E do corpo do acórdão:

“O cadastro previsto no art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, realmente, é instrumento de suma importância no amparo aos menores, mas não pode ser erigido em requisito indispensável para o deferimento de pedido de adoção.

*“Neste sentido, a lição de J. Franklin Alves, in Adoção, Guarda, Investigação de Paternidade e Concubinato, Forense, Rio de Janeiro, 1995/86:*

*‘No direito do menor deixou a adoção de ser um instituto destinado a resolver o problema de casais sem filhos, para transformar-se num forte instrumento de solução para o problema da paternidade irresponsável e do menor desassistido.*

*‘O interesse do menor é, pois, diretriz dominante. Pode o casal preencher os requisitos legais para adotar e o magistrado indeferir a adoção por não vislumbrar no pedido atendimento aos interesses do menor.*

*‘Ao mesmo tempo, no direito do menor, o magistrado tem mais liberdade para, sem vulnerar a lei, ajustar o preceito legal às exigências do caso concreto”.*

Ainda a respeito:

“O cadastro previsto no art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não há negar, é instrumento de suma importância no desenvolvimento da política de amparo ao menor desassistido, mas em certas situações não pode ser erigido em requisito in-

dispensável para o deferimento do pedido de adoção” (AI n. 96.007402-3, rel. Des. Paulo Gallotti).

Convém repetir que os recorrentes estão inscritos no cadastro em questão na comarca de Joinville. Logo, estão previamente habilitados para adoção, satisfeitos que foram os requisitos para tanto. Tal fator só vem a reforçar o extremismo do decisório investido.

Há que se mencionar, também, o art. 6º do ECA: “na interpretação desta lei, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”. Por fim, destaco a inexistência de norma legal que ampare a decisão objurgada.

No tocante à guarda provisória, deve ela perdurar, à míngua de elementos que desabonem a conduta dos autores.

Por essa forma, sem entrar no *meritum causae* da questão em deba-

te, disso decorrendo a dispensabilidade de maiores considerações a respeito, dou provimento ao recurso para anular a decisão, a fim de que o feito prossiga como de direito.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara decidiu, por votação unânime, prover o recurso para anular a decisão, a fim de que o feito prossiga como de direito.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Newton Janke. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Medeiros.

Florianópolis, 25 de fevereiro de 2002.

*Anselmo Cerello,*  
*Presidente, com voto;*  
*Vanderlei Romer,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 01.020101-1, DA CAPITAL

**Relator: Des. Vanderlei Romer**

*Civil. Registro público. Prenome. Alteração. Arts. 57 e 58 da Lei n. 6.015/73.*

*O prenome pode ser alterado quando exponha o seu portador a situações embaraçosas ou constrangedoras, assim quando permite confundir pessoa do sexo feminino com pessoa do sexo masculino. Afinal, é a lei que deve ser colocada a serviço da vida, e não a vida a serviço da lei.*

*Recurso improvido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 01.020101-1, da comarca da Capital, em que é apelante o representante do Ministério Público e apelada Lidiney Licínio:*

ACORDAM os desembargadores integrantes da Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

### I — Relatório

O representante do Ministério Público interpôs apelação contra sentença que julgou procedente o pedido formulado na ação de retificação de registro civil proposta por Lidiney Licínio, determinando a alteração de seu prenome para Lídia. Alegou, em epítome, que a sentença ofende o art. 58 da Lei n. 6.015/73.

Com resposta, opinou a Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e improvimento do recurso.

### II — Voto

Interpretando o art. 58 da Lei n. 6.015/73, Paulo Lúcio Nogueira esclareceu que, “apesar da regra da imutabilidade do prenome, é de se ver que tal regra não é absoluta, comportando alteração em casos excepcionais. Pode o prenome ser alterado desde que exponha o seu portador a ridículo ou quando não for usado, pois a jurisprudência já tem reconhecido que prenome imutável é aquele que foi posto em uso, embora não constante do registro” (Questões Cíveis Controvertidas, 3ª ed., São Paulo: Sugestões Literá-

rias, 1980, pág. 87). Também o Superior Tribunal de Justiça assinalou que, “a despeito da regra geral segundo a qual o prenome será definitivo (art. 58 da Lei de Registros Públicos, com a redação dada pela Lei n. 9.708, de 18/11/98), o nome pode ser modificado desde que motivadamente justificado” (REsp n. 182.846/RJ, rel. Min. Barros Monteiro, j. 2/8/01, DJU 19/11/01). É o que se dá na espécie, em que o prenome com o qual a autora foi registrada, Lidiney, há muito lhe vem causando constrangimentos, confundindo-a com pessoa do sexo masculino. Basta conferir o seu “certificado de conclusão de 1º grau” (fl. 8), as missivas que recebe (fls. 9/12), os contratos que firma (fls. 13/15) e os depoimentos colhidos nos autos (fls. 50/51/53). Inclusive as certidões emitidas pelo Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina (fl. 22) e pela Justiça Federal da Seção Judiciária de Santa Catarina (fl. 24) têm a autora como pessoa do sexo masculino, justo que naquela consta “solteiro” como seu estado civil e nesta se a qualifica como “o requerente”. Daí por que tenho como demonstradas a “exceção” e a “motivação” exigidas pelo art. 57 da Lei n. 6.015/73. De fato, a regra geral da imutabilidade do nome — aliás fragilizada pela Lei n. 9.708/98, que alterou a redação do art. 58 da Lei n. 6.015/73 de “o prenome será imutável” para “o prenome será definitivo (...)” — cede ao direito de a pessoa portar nome que não a exponha a situações embaraçosas ou constrangedoras, embaraços e constrangimentos que devem ser avaliados não a partir de conceitos frios e abstratos mas sim do exame concreto das razões íntimas e psicológicas do portador do no-

me. Afinal, há muito advertia Sá Pereira que “soberana não é a lei, mas a vida”. É a lei que deve ser colocada a serviço da vida, e não a vida a serviço da lei.

Nego provimento.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator a Câmara decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Votaram com o relator os Exmos. Srs.

Des. Mazoni Ferreira, que presidiu o julgamento, e Newton Janke. Pela Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 4 de março de 2002.

*Anselmo Cerello,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Vanderlei Romer,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 99.020397-2, DE RIO DO SUL

**Relator: Des. Cercato Padilha**

*Apelação cível. Ação de prestação de contas. Contrato bancário. Conta corrente. Carência de ação decretada. Inexistência de pedido genérico. Sentença cassada. Recurso provido.*

*Explicitado satisfatoriamente pela autora da demanda que seu objetivo, por meio da ação aforada, é a exibição de cálculos pormenorizados, durante determinado período, a fim de que possa aferir exatamente todos os lançamentos efetuados em sua conta corrente, bem como os critérios e índices utilizados para sua realização, não há dúvida de que tal pedido é certo e determinado, em nada dificultando a defesa pelo demandado, pois pode compreender claramente os limites objetivos da lide, inexistindo, portanto, qualquer afronta ao art. 286 do CPC, sendo que, ao revés, o impedimento do manejo da ação em tela, pelo argumento suscitado, configuraria, certamente, violação ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.020397-2, da comarca de Rio do Sul (2ª Vara), em que é apelante Indústria de Conservas Schmidt*

*Ltda. ME, sendo apelado Banco do Brasil S.A.:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

### Custas de lei.

I — Trata-se de recurso de apelação interposto como expressão de inconformismo diante da sentença prolatada nos autos da ação de prestação de contas promovida por Indústria de Conservas Schmidt Ltda. ME em razão do Banco do Brasil S.A., com o objetivo de compelir a instituição bancária ré a prestar contas sobre os lançamentos efetuados na sua conta corrente durante todo o período de movimentação, visando à apuração de irregularidades quanto aos valores debitados por conta de juros, taxas e correção monetária, cujos índices utilizados questiona, decisão que extinguiu o processo sem julgamento do mérito, ante a ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, qual seja, a realização de pedido genérico, em afronta ao art. 286 do CPC.

Objetiva o presente recurso a substituição da decisão de primeira instância, trazendo como razões de apelo, em linhas gerais, o fato de que a negativa da prestação jurisdicional invocada, sob a alegação de que o pleito não reunia as condições exigidas pela lei, constitui indevida omissão estatal no exercício de sua função judicante.

Nas contra-razões, o apelado rebateu as alegações apresentadas, protestando, a final, pela manutenção da decisão objurgada.

Após, alcançaram os autos esta Superior Instância.

É, em síntese, o relatório.

II — O recurso é tempestivo e formalmente regular, bem como ine-

xiste qualquer fato extintivo, ou impeditivo e, por fim, preparado.

O presente exercício do poder de exigir o dever do Estado de reexaminar seus próprios pronunciamentos judiciais reúne as condições recursais, ou seja, a expressão do inconformismo é adequada e corresponde à natureza do ato atacado (possibilidade jurídica); o ajuizamento do recurso é a única forma capaz de afastar o ônus da sucumbência e melhorar a sua situação diante do ato impugnado (interesse recursal), e a recorrente, prejudicada, legitimada a exercitá-lo (legitimidade ativa recursal).

Assim sendo, é admissível e merece provimento.

Justifica-se:

*Ab initio*, impende salientar que o fornecimento periódico de extratos, em casos tais, não isenta os estabelecimentos bancários da obrigação de esclarecer devidamente os lançamentos efetuados na respectiva conta corrente.

Humberto Theodoro Júnior, sobre o tema, comenta:

“Se é certo que a obrigação de prestar contas resulta do princípio universal de que todos aqueles que administram ou têm sob sua guarda bens alheios têm o dever de acertar o fruto de sua gestão com o titular dos direitos administrados, não menos certo é que, de antemão, é impossível determinar todos os casos em que uma pessoa se considera administrador de bens alheios.

“Há situações interessantes em que os recursos investidos não são propriamente do terceiro, mas embora sendo do gestor, são aplicados no in-

teresse contratual de terceiro. Uma abertura de crédito, por exemplo, em que o credor aplica recursos no custeio de obrigações do devedor; ou o prestador de serviços que aplica bens e valores próprios na realização da obra de outrem; ou o banco que periodicamente efetua lançamentos na conta de depósito de seu cliente, são casos em que a ação de prestação de contas tem cabimento, não obstante os recursos manejados sejam daquele que faz os lançamentos. O importante é que o resultado dessas operações afeta a esfera jurídica de outrem e, surgindo dúvida, reclamam acerto através de procedimento próprio para apuração de contas” (Curso de Direito Processual Civil, vol. III, 1ª ed., Forense, págs. 1.550/1.551).

A propósito, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“Processual civil. Ação de prestação de contas. Interesse. Lançamentos em conta corrente. Dúvidas. Fornecimento de extratos. Prescindibilidade.

“I. Independentemente do fornecimento de extratos de movimentação financeira dos recursos vinculados a contrato de crédito em conta corrente, remanesce o interesse processual do correntista para a ação de prestação de contas, em havendo dúvida sobre os critérios aplicados pelo banco. Precedentes.

“II. Recurso especial não conhecido” (REsp n. 164.154/RJ, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU de 25/9/00).

Destarte, possui a apelante, em tese, o direito de satisfazer sua pretensão pela via eleita, contudo, o MM. Juiz *a quo* entendeu tratar-se de

pedido genérico aquele realizado na petição inicial, decretando a carência da ação, por afronta ao art. 286 do Código de Processo Civil.

Comentando o mencionado dispositivo, Wellington Moreira Pimentel assevera:

“1. Com o exercício da ação quer o autor obter do Estado a prestação jurisdicional através da qual será composta a lide. Assim, a sentença conterà um comando que encerra um provimento. O pedido consubstancia o provimento jurisdicional que o autor afirma necessitar do Estado.

“(…)”

“Mas é do pedido que se infere a ação. Por ele se identifica o bem jurídico que o autor pretende obter e a espécie de providência jurisdicional que do Estado reclama.

“A natureza da ação proposta, afirma Frederico Marques, está sempre em função do pedido, pois que o *jus actionis* se encontra ligado instrumentalmente à pretensão, e é no pedido que esta vem deduzida e exposta (Instituições, vol. III, pág. 48).

“O pedido envolve e, por isso, pode ser observado sob dois ângulos ou aspectos que constituem o seu objetivo imediato e mediato. Assim, imediato é a providência jurisdicional reclamada que poderá ser de natureza declaratória, condenatória, constitutiva ou mandamental. Objeto mediato do pedido é o bem jurídico cuja tutela o autor pretende alcançar com a sentença.

“Além de dar a natureza da ação, o pedido fixa os limites da lide. Estabelece os contornos dentro dos quais deverá se conformar a sentença.



“O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta. Não pode o juiz decidir *ultra* ou *extra petita*.”

“Irá, em última análise, informar os limites objetivos da coisa julgada, que se conterà dentro da parte dispositiva da sentença.

“2. O pedido deve ser certo ou determinado. A determinação e o acertamento do pedido são intuitivas.

“É preciso dizer o que se pede. A necessidade de *acertar* ou *determinar* o pedido é decorrente da própria natureza das coisas, segundo o magistério de Jorge Americano. Não se pode pedir coisa insuscetível de se saber qual seja, ou de determinar em seu *quantum* (Comentários ao CPC, vol. 1.º, pág. 217).

“Tenha-se presente que o pedido é o objeto da ação. Sobre ele versará a defesa do réu. Há de ser, pois, certo. E a certeza de que se revestirá o pedido envolve os dois aspectos deste: tanto o mediato (bem jurídico cuja tutela o autor pretenda) quanto o imediato (natureza da providência jurisdicional).

“A exigência da certeza do pedido não é nova. O pedido ou a conclusão, afirmava Ramalho, deve ser claro, certo e somente alternativo nos casos que a lide o admite (Joaquim Inácio Ramalho, Praxe Brasileira, pág. 199).

“A determinação diz respeito à qualidade e quantidade do objeto mediato do pedido, vale dizer, do bem jurídico sobre o qual recai a pretensão de direito material.

“Para ser certo o pedido deverá vir expresso” (Comentários ao Código

de Processo Civil, RT, vol. III, págs. 168/171).

Colhe-se da inicial da ação, quando a autora efetivou o pedido, o seguinte trecho:

“...esclarecendo-se entre outras, os valores debitados a títulos de: multa-taxa, juros e suas taxas, comissões e sua origem e taxa, transferências e sua destinação e origem, correção monetária com respectivos índices, e demais lançamentos diversos dos créditos, bem como sua origem, depósitos e débitos de cheques emitidos pela autora, principalmente, demonstrando a maneira de como se atingiu ao saldo final, constante da conta corrente” (*sic*).

Ora, não há considerar tal pedido como genérico, pois, além de restringir o período no qual pretende verificar as contas, explicitou satisfatoriamente sua pretensão de ver esclarecidos pormenorizadamente todos os juros, índices, taxas, e a forma de cálculo empregada na apuração do saldo encontrado na conta corrente da requerente.

A propósito, Antônio Cláudio da Costa Machado, em sua obra Código de Processo Civil Interpretado, anota:

“A prestação de contas é o procedimento especial por cujo intermédio se busca a realização do direito de exigir ou do direito de prestar contas a alguém. A prestação — que em qualquer dos dois casos corresponde a uma obrigação de fazer infungível — tem sempre sua origem numa relação jurídica de que decorre o direito de alguém de receber e de efetuar pagamentos com dinheiro alheio, como acontece quando determinados contratos são celebrados (mandato, re-

apresentação mercantil, sociedade etc.), certos atos materiais praticados (gestão de negócios, tutela) ou quando no processo alguns fatos têm lugar (a nomeação de curador, inventariante ou administrador, a presença de sucessor provisório, ou de testamenteiro etc.). *Observe-se que, sob o ponto de vista da concreta atividade do prestador de contas, tal prestação significa fazer alguém a outrem, pormenorizadamente, parcela por parcela, a exposição dos componentes do débito e crédito resultantes de determinada relação jurídica, concluindo pela apuração aritmética do saldo credor, ou devedor, ou de sua inexistência* (o conceito transcrito literalmente é de Adroaldo Furtado Fabrício)” (grifo nosso) (Saraiva, 1993, págs. 862/863).

Destarte, explicitado satisfatoriamente pela autora da demanda que seu objetivo, por meio da ação aforada, é a exibição de cálculos pormenorizados, durante determinado período, a fim de que possa aferir exatamente todos os lançamentos efetuados em sua conta corrente, bem como os critérios e índices utilizados para sua realização, não há dúvida de que tal pedido é certo e determinado, em nada dificultando a defesa pelo acionado, pois pode compreender claramente os limites objetivos da lide, inexistindo, portanto, qualquer afronta ao art. 286 do CPC, sendo que, ao revés, o impedimento do manejo da ação em tela, pelo argumento suscitado, configuraria, certamente, violação ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal,

que determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Por fim, e para pôr uma pá de cal sobre a celeuma, pertinente o comentário do já mencionado autor Antônio Cláudio da Costa Machado sobre o prefalado art. 286 do CPC, que, em seu inciso III, inclusive autoriza a realização de pedido genérico “quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu”.

“Hipótese concreta típica da previsão deste inc. III é a ação de prestação de contas proposta por quem tem o direito de exigí-las (art. 914, I), onde o *quantum* da condenação depende fundamentalmente do conteúdo das contas que venha a prestar o réu (art. 915). Embora a sentença seja formalmente declaratória (art. 918), o seu conteúdo é inequivocamente condenatório”.

Por estes fundamentos, dá-se provimento ao recurso, a fim de casar a sentença *a quo* e determinar o prosseguimento do feito, em seus ulteriores termos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos.

Florianópolis, 20 de dezembro de 2001.

*Pedro Manoel Abreu,*  
*Presidente com voto;*  
*Cercato Padilha,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 99.006978-8, DE JOINVILLE****Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento**

*Agravo retido — Substituição de testemunha — Tempestiva entrega de rol — Ausência de manifestação da parte contrária — Preclusão.*

*Instrução — Juntada de documentos — Possibilidade — Inteligência dos arts. 130 e 397 do CPC — Observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.*

*Impugnação ao valor da causa — Insurgência recursal — Agravo retido — Inadequação — Não conhecimento.*

*Apelação cível — Princípio da identidade física do magistrado — Juiz removido ou afastado por qualquer motivo — Não-vinculação — Art. 132 do CPC.*

*Contrato de prestação de serviços — Inadimplemento — Obra inacabada — Rescisão — Indenização por perdas e danos.*

*Ampliação do projeto original — Alteração do objeto contratual — Dedução dos valores — Possibilidade.*

*Correção monetária — Marco inicial — Realização do laudo pericial.*

*Juros de mora — Incidência — Citação inicial — Artigo 1.537 do Código Civil e Súmula 163, STF — Provimento parcial da apelação.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível n. 99.006978-8, da comarca de Joinville (Unidade de Justiça Intensiva), em que é apelante João Souza, sendo apelado Neri Laurentino:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Custas na forma da lei.

**I — Relatório**

Trata-se de ação de rescisão contratual cumulada com indenização por perdas e danos aforada por Neri Laurentino contra João Souza, objetivando a resolução do contrato de prestação de serviços firmado entre as partes.

Alegou o autor, em sua petição inicial, ter o requerido se comprometido a construir um galpão para oficina, ao preço de CR\$ 9.000.000,00 (nove milhões de cru-

zeiros reais), que seria pago pela transferência de um veículo.

Aduziu que o requerido não executou a obra corretamente, abandonando-a após o prazo fixado para a sua realização e pugnou pela rescisão do contrato com perdas e danos.

O requerido, em contestação, alegou que o autor não realizou o pagamento acordado e alterou o projeto inicial da obra, sustentando a improcedência dos pedidos formulados. Ofereceu, ainda, o requerido, reconvenção, repisando os argumentos da peça contestatória.

O douto Togado singular julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados pelo autor, rescindindo o contrato e condenando o requerido ao pagamento de indenização pelas perdas e danos suportados.

Irresignado, o requerido interpôs apelação, pugnando preliminarmente pela apreciação dos agravos retidos interpostos e, no mérito, pela reforma da decisão atacada.

Após o oferecimento de contra-razões pelo apelado, ascenderam os autos a esta Corte.

## II — Voto

Inicialmente, mostra-se imprescindível a análise dos agravos retidos interpostos pelo recorrente, requerida preliminarmente no recurso de apelação.

Sustenta o apelante, no agravo retido de fls. 107/108, a indevida substituição das testemunhas, deferida em audiência pelo douto Julgador *a quo*, tendo em vista a ausência de comprovação da modificação de residência das testemunhas substituídas.

Compulsando-se os autos, verifica-se que o requerimento de substituição das testemunhas (fl. 58) fora protocolado em 4 de fevereiro de 1997, ou seja, vinte e um dias antes da realização da aludida audiência, sem, contudo, ter sido juntada aos autos.

Assim, percebe-se que, não obstante a serôdia juntada da petição, seu protocolo observou o prazo previsto no artigo 407 do diploma processual, referente ao depósito do rol de testemunhas em cartório.

Importa assinalar, ademais, que o requerido e seu procurador encontravam-se presentes na ocasião do deferimento da substituição das testemunhas, consoante depreende-se do termo de audiência de fl. 47, e, no entanto, não manifestaram qualquer contrariedade acerca dessa mudança.

Desse modo, realizada a substituição da testemunha na presença silente da parte, não lhe é dado manifestar posteriormente o seu inconformismo, ante a preclusão verificada.

Nesse sentido, cumpre trazer a lume as seguintes decisões desta egrégia Corte de Justiça:

“Agravo de instrumento. Ação de manutenção de posse. Justificação prévia. Substituição das testemunhas em audiência. Falta de impugnação do réu. Preclusão verificada.

‘Prolatado o despacho agravado em audiência, a falta de insurgência, quando então, da parte alegadamente prejudicada, induz à renúncia tácita de, posteriormente, manifestar ela qualquer irresignação contra a determinação judicial atacada, sob a invocação da existência de cerceamento de defesa’ (AI n. 10.294, rel. Des.

Trindade dos Santos)” (Agravado de Instrumento n. 96.005531-2, da Capital, rel. Vanderlei Romer).

Desse modo, não merece provimento o presente agravo retido.

Identicamente, não assiste razão ao apelante no tocante ao agravo retido de fls. 129/132.

A juntada dos documentos, ainda que posteriormente à contestação, não implica ferimento às disposições processuais, mas, pelo contrário, trazem aos autos elementos hábeis a fornecer subsídios que assegurem maior certeza no provimento jurisdicional.

Destarte, tem-se entendido que somente os documentos indispensáveis à propositura da ação devem, necessariamente, acompanhar as peças inicial e contestatória, sendo permitido às partes a produção de demais provas durante o curso do processo, desde que, certamente, observado o cumprimento das garantias do contraditório e da ampla defesa, erigidas constitucionalmente.

Nesse sentido, já se pronunciou nosso Tribunal de Justiça, nos seguintes julgados:

“Processo civil — Instrução — Documento novo — Juntada na audiência de instrução e julgamento — Possibilidade — Manutenção nos autos — Agravo retido não provido.

“Somente os documentos indispensáveis, como tais considerados os ‘substanciais ou fundamentais’ (RSTJ 37/390 e 100/197), tidos como pressupostos da causa é que devem acompanhar a inicial e a defesa. Os demais podem ser oferecidos em outras fases e até mesmo na via recursal, desde que ouvida a parte contrá-

ria e inexistente o espírito de ocultação premeditada e propósito de surpreender o juízo” (Apelação Cível n. 99.001596-3, de Criciúma, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

No mesmo timbre:

“Agravado de instrumento — Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização por abalo moral — Arguição de nulidade por falta de fundamentação — Motivação sucinta — Ausência de infringência ao princípio da persuasão racional e do livre convencimento motivado (art. 93, X, da CF) — Deferimento da juntada de prova documental após o encerramento da fase instrutória — Documento imprescindível ao deslinde da ação — Possibilidade — Exeque-se dos arts. 397 e 130 do CPC — Vista à parte contrária — Observância do contraditório (art. 398) — Recurso desprovido” (Agravado de Instrumento n. 00.007028-9, de Itajaí, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra).

Ainda, no que tange à oitiva da testemunha Abrão Henrique Vieira, percebe-se de idêntico modo que o requerimento formulado para tanto fora protocolado anteriormente à realização da audiência, dentro do prazo legal e na presença do requerido, que, novamente, não manifestou o seu inconformismo, o que, pelas razões já apontadas, implica o não acolhimento do presente agravo de instrumento.

Por fim, com relação ao agravo retido interposto à decisão que julgou improcedente a impugnação ao valor da causa, não se conhecer dele ante a sua inadequação.

A impugnação ao valor da causa é processada em apartado aos autos, possuindo procedimento próprio, de modo que a decisão nele proferida

deve ser atacada mediante agravo de instrumento.

Acerca da matéria, já se pronunciou esta Corte:

“Indenização por danos morais. Decisão que repele incidente de impugnação ao valor da causa. Agravo retido. Meio recursal inadequado. Nulidade do *decisum*. Prolação por magistrado diverso daquele que concluiu a fase instrutória. Proemial rejeitada. Não obtenção de empréstimo bancário. Causação de prejuízos a empresa comercial. Ação aforada por seu representante legal em nome próprio. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Carência da ação. Sentença confirmada por fundamento diverso. Apelo desacolhido.

“— A impugnação do valor da causa tem procedimento próprio, tramitando em apenso ao processo principal, com a decisão nela prolatada sendo atacável via agravo de instrumento. Não se tratando, pois, de interlocutória exarada dentro dos próprios autos principais, descabida mostra-se a agressão a ela via agravo retido, posto não ser viável a apresentação de recurso fora dos autos próprios” (Apelação Cível n. 98.004530-4, de Blumenau, rel. Des. Trindade dos Santos).

“Ação de nulidade de doação inoficiosa — Impugnação ao valor da causa — Interposição de agravo retido — Meio recursal inadequado — Oferecimento de caução — Art. 835 do CPC — Lavratura do termo respectivo — Ausência de insurgência no tempo e modo devidos — Preclusão temporal caracterizada — Prescrição — Doação da integralidade dos bens do doador — Inobservância da parte que caberia aos demais herdeiros, fe-

rindo suas legítimas — Nulidade decretada — Sentença mantida.

“— Improperável interposição de agravo retido contra decisão interlocutória proferida em incidente processual, já que, por possuir procedimento próprio, tramitando em processo apenso aos autos principais é sua decisão atacável via agravo de instrumento, já que, por não se tratar de decisão interlocutória proferida nos próprios autos principais, descabida mostra-se a agressão via agravo retido, posto não ser viável a apresentação de recurso fora dos autos próprios” (Apelação Cível n. 00.015699-0, de Blumenau, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz).

Isso posto, passa-se à análise das razões da apelação.

Alega o apelante, preliminarmente, no aditamento ao recurso de apelação (fls. 197/201), a nulidade da decisão dos embargos declaratórios opostos à sentença, por ter sido prolatada por magistrado que não instruiu o feito.

Ora, uma vez afastado o juiz que prolatou a sentença, não ocorre ferimento ao disposto no artigo 132 do CPC o julgamento da ação por juiz diverso.

O princípio da identidade física do juiz não incide de forma absoluta, de modo que, com o afastamento do magistrado responsável pela instrução do processo, deve-se assegurar o fornecimento da prestação jurisdicional.

O Superior Tribunal de Justiça, tutor da uniformidade interpretativa da legislação federal, assim já se pronunciou:

“Processual civil — Execução fundada em contrato de confissão de dívida desacompanhado das promiss-



sórias a ele vinculadas — Irrelevância — Subsistência do contrato como título hábil a instruir a execução, desde que presentes os requisitos legais — Princípio da identidade física do juiz — Afastamento do juiz que proferiu a sentença — Julgamento dos embargos de declaração pelo que assumiu a vara — Ausência de nulidade — CPC, art. 132 — Precedentes — Recurso especial — Enunciado n. 7 da Súmula/STJ — Recurso desacolhido. I — Apresentando o contrato as formalidades exigidas para qualificá-lo como título executivo (art. 585, II, CPC), é lícita a execução, independentemente da juntada das promissórias a ele vinculadas. II — *Afastado o juiz que tenha proferido a sentença, por qualquer dos motivos previstos no art. 132, CPC, desvincula-se ele do feito, sendo competente para julgar os embargos de declaração opostos contra essa sentença o magistrado que assumiu a vara.* III — A pretensão de reexame de prova não enseja recurso especial, nos termos do enunciado n. 7 da Súmula/STJ e em razão da competência constitucionalmente atribuída a esta Corte” (STJ — REsp n. 198767—RJ — 4ª T. — Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira — DJU 8/3/2000 — pág. 122) (grifou-se).

Nesse sentido:

“Processo civil — Princípio da identidade física do juiz — Juiz removido ou afastado por qualquer motivo — Não-vinculação — Art. 132 do CPC — Precedente — Recurso desacolhido — Nos termos da nova redação dada ao artigo 132, CPC, o afastamento, por qualquer motivo, do juiz que concluiu a audiência de instrução, colhendo a prova oral, autoriza que seja a sentença proferida pelo seu sucessor, o qual,

se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas” (STJ — REsp n. 77127—RJ — 4ª T. — Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira — DJU 16/3/1998 — pág. 137).

Com relação ao mérito, não merece reparo a decisão censurada.

Compulsando-se os autos, verifica-se que as partes firmaram contrato de prestação de serviços, comprometendo-se o apelante a construir um galpão e o autor a pagar CR\$ 9.000.000,00 (nove milhões de cruzeiros reais), mediante um automóvel da propriedade de sua esposa.

O aludido automóvel, consoante se depreende do depoimento de seu comprador, Abrão Henrique Venera, à fl. 142, fora adquirido na “Pasquali Veículos”.

Ocorre que o réu/apelante era funcionário desse estabelecimento, o que pode ser confirmado pela cópia da reclamatória trabalhista por ele proposta (docs. de fls. 122/124) e corroborado pelo depoimento de fl. 137.

Consoante as informações dos depoimentos, denota-se que o veículo, na ocasião de sua venda, já não mais se encontrava na posse do autor.

Segundo a testemunha Darci Luiz Dematte, “na revendedora Pasquali lhe falaram de que o veículo não era deles e sim do Sr. João...” (fl. 140).

Tarcísio Vavassori afirma que “o revendedor Pasquali falou ao depoente de que aquele Fiat Uno inicialmente era do autor e que havia sido passado para o requerido, que por sua vez havia deixado na loja para ser revendido” (fl. 139).



Percebe-se, dessa feita, que o veículo fora entregue para o apelante, muito embora sem a realização da transferência da documentação, que o colocou à venda no estabelecimento em que trabalhava.

Assim, restou efetivamente cumprida a contraprestação do apelante, consoante demonstra o conjunto probatório, devendo ser afastadas as suas alegações.

Ademais, como bem salientou o Magistrado *a quo*, “não é crível que o reconvinco não tivesse cumprido com sua parte na execução do contrato de empreitada, sem que o reconvinco reclamasse em momento anterior. Segundo os autos, já haviam passado mais de 12 (doze) meses entre a data de paralisação da obra e o ajuizamento da presente, o que bem denota o desinteresse em cobrar a importância referente ao veículo, justamente porque o recebeu no momento contratado” (fl. 166).

Percebe-se que a decisão não deixou de considerar a alteração do projeto inicialmente previsto e contratado, contemplando as diferenças apuradas na solução da controvérsia, consistindo a indenização decorrência lógica da resolução do contrato.

Com relação aos honorários de advogado, não se vislumbra qualquer ofensa ao disposto no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Cumprido frisar que a complexidade do feito, determinada pela sua natureza, exigiu dos respectivos procuradores a constante intervenção nos autos no decorrer de sua instrução, o que, sem sombra de dúvida, há de ser considerado na fixação dos honorários.

Assim, considerando-se a natureza da causa, o tempo exigido e a complexidade da demanda, percebe-se que a fixação dos honorários realizada pelo Magistrado singular atende ao disposto no artigo 20 do CPC, não merecendo qualquer reparo.

Por fim, quanto à correção monetária e juros de mora, faz-se necessário tecer algumas considerações.

A correção monetária destina-se a conferir à moeda os seus valores efetivos, devolvendo-lhe o seu poder de compra suprimido pelo decorrer do tempo.

Assim, a data de realização do laudo pericial, momento da efetiva comprovação dos prejuízos pelo não acatamento da obra, representa o adequado termo inicial para a incidência da correção monetária, a fim de que os valores a ser apurados apresentem consonância com o valor efetivo do prejuízo constatado, não merecendo reforma a decisão nesse tocante.

*Mutatis mutandis*, já decidiu esta Corte:

“Desapropriação — Valor da indenização fixado com base no laudo pericial — Correção monetária — Juros compensatórios — Juros de mora — Remessa desprovida.

‘Justo preço, em litígios desapropriatórios, é o que resulta apurado pericialmente, em perícia regularmente realizada, cujas conclusões não sofreram contumeliosa e motivada ataque das partes’ (Ap. Cív. n. 48.352, de Xanxerê).

‘Incluem-se os juros legais de mora a contar do trânsito em julgado da decisão; os juros compensatórios de 12% ao ano são devidos pela utilização antecipada do imóvel, e conta-

dos tão-somente da imissão provisória na posse até o efetivo pagamento.

‘— A correção monetária incide a partir do laudo pericial’ (Ap. Cív. n. 49.321, da Capital) (Apelação Cível n. 96.011274-0, de Tubarão, Des. Cláudio Barreto Dutra).

Extrai-se do corpo do acórdão:

“Da mesma forma, no tocante à atualização monetária a contar da avaliação procedida (21/1/92), sendo este o critério mais justo, uma vez que o valor resultante da avaliação procedida não pode permanecer estagnada em valores vigentes naquela oportunidade e que não serão de pronto satisfeitos.

‘A correção monetária nas indenizações em razão de desapropriação, em face da Lei n. 6.899/81, é devida desde logo e a partir do laudo aceito’ (RT 611/87).

‘— A correção monetária incide a partir do laudo pericial’ (Ap. Cív. n. 49.321, da Capital, rel. Des. Wilson Guarany).

“Destarte, absolutamente correta a determinação constante da dita sentença sob reexame referentemente à correção monetária do preço estabelecido como indenizatório a partir da data do laudo pericial adotado como pa-

râmetro, compensado o valor em questão com aquele depositado inicialmente, igualmente atualizado desde a data da efetivação de tal depósito”.

Os juros de mora, todavia, consoante o disposto no artigo 1.536, § 2º, do CPC, bem como o conteúdo da Súmula 163 do STF, devem incidir nas obrigações ilíquidas a partir da citação do requerido, assistindo razão ao apelante tão-somente neste particular.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, dá-se provimento parcial ao recurso, fixando-se a citação do requerido como marco inicial para a incidência dos juros de mora.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Carlos Prudêncio e Orli Rodrigues.

Florianópolis, 29 de novembro de 2001.

*Carlos Prudêncio,*

*Presidente com voto;*

*Wilson Augusto do Nascimento,*

*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 99.014635-9, DE SÃO JOSÉ**

**Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento**

*Apelação cível — Indenização — Furto de veículo em estacionamento de shopping center — Dever de indenizar.*

*Há obrigação do estabelecimento comercial de indenizar os danos causados a veículos parados em seu estacionamento, em virtude do interesse comercial da empresa, motivador do oferecimento das vagas.*

*Litigância de má-fé — Resistência infundada — Multa de ofício.*

*Age de má-fé o apelante que, em desobediência ao disposto no artigo 14, III, do CPC, formula pretensão ciente de que são destituídas de fundamento, contrariando, inclusive, matéria já pacífica e sumulada.*

*Denúnciação da lide — Honorários advocatícios.*

*Havendo uma segunda relação processual entre denunciante e denunciado, devem ser fixados honorários advocatícios em favor do procurador do denunciante, quando procedente a denúnciação.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.014635-9, da comarca de São José (2ª Vara), em que são apelantes Comind Participações S.A. e outros, sendo apelada Sandra de Deus D'Ávila:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso e, de ofício, condenar os apelantes na pena de litigância de má-fé, em 20% sobre o valor da causa.

Custas na forma da lei.

### **I — Relatório**

Sandra de Deus D'Ávila aforou na comarca de São José ação de indenização por perdas e danos contra Comind Participações S.A., em decorrência do furto de seu veículo, enquanto localizado no estacionamento de *Shopping Center* administrado pela ré.

Aduziu, a autora, ter deixado seu veículo no *Shopping Center* Itaguaçu para a realização de compras. No momento do retorno ao referido estacionamento, não mais o encontrou no local. Requereu a condenação da ré ao pagamento de indenização

em valor equivalente ao do automóvel, acréscido de correção monetária e juros legais. Juntou documentos.

Contestando, argüiu a ré a ilegitimidade ativa da autora e, no mérito, não haver responsabilidade do empreendedor sobre os veículos estacionados naquele local. Requereu a improcedência total do pedido.

A ré denunciou à lide Atlântica Seguros, em decorrência de contrato de seguro existente com ela, a cobrir furtos de automóveis em seu estacionamento.

A autora, ao seu turno, requereu o indeferimento da denúnciação à lide pretendida, pois a apólice apreendida pela ré já estaria vencida.

Manifestando-se acerca da contestação, a autora procurou afastar a ilegitimidade ativa ventilada, bem como, no mérito, demonstrar a efetiva responsabilidade da administradora pelos veículos estacionados no *Shopping Center*.

Realizada audiência de conciliação, instrução e julgamento, não logrou êxito a transação, tendo a autora concordado com a denúnciação à lide, sendo então determinada a citação da denunciada.

Contestando, a denunciada requereu a citação do IRB como litiscon-

sorte necessário e, no mérito, alegou não haver direito à autora, em virtude de o estacionamento operar na modalidade de estacionamento aberto.

Apresentada contestação pelo IRB nos mesmos termos da seguradora.

Manifestando-se acerca das contestações apresentadas, a autora colacionou vasta jurisprudência para amparar seu pedido.

Concluída a instrução, com o depoimento pessoal da autora, foram apresentadas alegações finais.

Prolatada sentença, julgando procedente o pedido formulado na inicial, a ré apelou, nos mesmos termos de sua contestação, para ver reformada a sentença.

Da mesma forma, os litisdenuciados apelaram, reeditando os termos de suas respostas, postulando, também, a reforma no tocante à condenação ao pagamento dos honorários, pois não se opuseram à denúncia.

Contra-arrazoando, a autora pugnou pela manutenção do *decisum*.

Vieram os autos conclusos.

## II — Voto

Trata-se de apelação cível em ação de indenização decorrente de furto de automóvel em estacionamento de *shopping center*. Alegam os apelantes, basicamente, a irresponsabilidade pela guarda do veículo, bem como a não comprovação por parte da apelada de que este encontrava-se estacionado no *shopping center*.

Com relação à prova do furto e à localização do veículo no momento

em que foi subtraído, o boletim de ocorrência, bem como o cupom fiscal de compras realizadas em loja no interior do *shopping*, aliados ao fato de a apelada ter se dirigido no mesmo instante à direção do estabelecimento, comunicando o fato, e ter sido orientada a efetuar o referido boletim de ocorrência, são provas suficientes de que o veículo foi furtado do estabelecimento, mormente quando nenhuma prova em sentido contrário foi produzida pelos apelantes.

A presunção de veracidade do boletim de ocorrência, não sendo refutada por qualquer outra prova, ou sequer indício de prova, seria suficiente à pretensão da apelada. Tendo sido, ainda, corroborada por outras provas e indícios, não há como negar a existência da situação fática embasadora do pedido.

Por outro lado, as argumentações expendidas pelos apelantes com relação à irresponsabilidade, em decorrência da ausência de vigilância, de ser o estacionamento um prolongamento da via, aberto, sem entrega de chaves, já foram há muito refutadas por completo pela jurisprudência, tendo a matéria sido sumulada pelo STJ, em sua Súmula 130, publicada no DJU em 4/4/1995, que possui o seguinte enunciado:

“A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento”.

A referida Súmula não faz qualquer distinção com referência à modalidade de estacionamento, se aberto ou fechado, oneroso ou gratuito, com ou sem entrega de chaves.

No mesmo sentido vem decidindo, reiteradamente, esta Corte:

“Ação de indenização. Furto de veículo em *shopping center*. Responsabilidade do estabelecimento comercial. Dever de indenizar derivado de relação jurídica extracontratual. Apelo desprovido.

“1 — ‘Ainda que o serviço de estacionamento seja gratuito, não havendo controle de entrada e saída de veículos, com entrega de chaves, ou outro meio, e mesmo que o automotor seja manobrado pelo próprio usuário, é indescartável o dever do *shopping center* de indenizar o furto do automóvel verificado no local, pois é presumido o dever de guarda e vigilância, remunerado de maneira indireta, no próprio custo das mercadorias. Não há negar que o estacionamento constituiu-se serviço de inegável interesse econômico para o empreendimento comercial atrair clientela’ (Apelação Cível n. 96.005412-0, de Blumenau, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

“2 — Na hipótese suso mencionada, para que faça jus à reparação do prejuízo experimentado, cumpre que o autor não só demonstre, sem resquício de dúvida, haver-se utilizado realmente do parque de estacionamento, e, bem assim, da ocorrência infracional motivadora do pedido” (Apelação Cível n. 98.016246-7, de São José, relator Des. Eládio Torret Rocha).

A simples contratação do seguro por parte da administradora do *shopping center* significa dizer que assumiu a responsabilidade pelos veículos estacionados ali, tendo pago o valor do prêmio, e transferido a respon-

sabilidade para a companhia seguradora.

Por sua vez, a pretensão da seguradora é totalmente infundada, pois contratou seguro para indenizar o furto de veículos de terceiros localizados no estacionamento do *shopping center*, ou seja, assumiu o risco, e para isso cobrou o devido prêmio, não tendo como negar a indenização baseada no fato de ser o estacionamento aberto, eis que, quando contratou, conhecia as características do referido local. Muito interessante é o negócio para a seguradora, que cobra o prêmio, para manter a área coberta por seguro, e depois evita o pagamento alegando irresponsabilidade sobre a área.

Dessa forma, litigam os apelantes de má-fé, pois trazem argumentos há muito superados e sem qualquer fundamento, com o claro intuito de opor resistência injustificada ao andamento do processo.

Nesse sentido, já se manifestou esta Câmara:

“Preliminar. Nulidade da sentença. Inocorrência. Testemunha contraditada ouvida como informante. Possibilidade. Complementação da prova. Sistema do livre convencimento motivado.

“O Juiz é o destinatário da prova, cabendo-lhe sua apreciação e valorização de forma livre, indicando na decisão os motivos formadores de seu convencimento. Não há, portanto, que se falar em nulidade da sentença, se considerado depoimento de testemunha contraditada, porquanto vem complementada com outros elementos idôneos, constando a necessária motivação.

“Responsabilidade civil. Furto de veículo em estacionamento de *shopping center*. Área franqueada aos clientes. Falha no dever de guarda e vigilância. Indenização devida. Recurso provido.

“Presentes no pedido os pressupostos legais do direito indenizatório da parte, devido é o seu ressarcimento, sendo pacífica a orientação jurisprudencial do STJ de que ‘responde aquele que propicia local para estacionamento, uma vez que mantém algum aparato que sugeria também oferecer segurança’.

“Não se isenta de responsabilidade pela guarda do bem, mesmo que oferecido o serviço a título gratuito, empresa que possui manifesto interesse econômico em dispor de área praxeada para estacionamento de veículos dos clientes, pois este é o seu principal objetivo, ou seja, atrair a clientela.

“Assume, destarte, o dever de custódia do bem (art. 1.266, 1ª parte, CC), por tratar-se de serviço complementar, remunerado indiretamente.

*“Litigância de má-fé. Apelação com argumentos infundados e confrontantes com jurisprudência pacífica. Resistência injustificada ao andamento do processo. Imposição de pena em 20% sobre o valor da causa. Aplicação dos arts. 14, III, c/c art. 17, IV, e V, e art. 18, § 2º, todos do CPC.*

*“Age como litigante de má-fé o apelante que traz argumentos infundados e aponta fatos exaustivamente provados nos autos, opondo resistência injustificada ao andamento do processo, merecendo condenação à pena de 20% sobre o valor da causa”* (Apelação Cível n. 97.001351-5, de

São José, relator Des. Carlos Prudêncio) (grifei).

Portanto, de ofício, aplica-se aos apelantes a pena de litigância de má-fé, em 20% sobre o valor atribuído à causa.

Por fim, acerca da condenação do litisdenunciado, no pagamento de honorários advocatícios ao denunciante, sob o argumento de que não se opôs à pretensão do litisdenunciante, não há, também, de ser provido o apelo. Aceitando a litisdenúnciação, e integrando o processo, surgiu uma lide secundária, entre o litisdenunciado e o litisdenunciante, já que entre estes é que existia a relação jurídica, nada havendo entre o litisdenunciado e a autora da ação. Para esta lide secundária não de ser, da mesma forma, arbitrados honorários advocatícios.

Nesse sentido:

*“Contrato de seguro. Sub-rogação da seguradora. Ação contra o causador do dano. Shopping center. Furto de veículo. Estacionamento aberto. Irrelevância. Dever de indenizar. Súmula 130 do Superior Tribunal de Justiça.*

*‘A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento’.*

*“Denúnciação da lide. Condenação da denunciada no pagamento de honorários advocatícios. Admissibilidade.*

*‘Considerando-se a existência de duas relações jurídicas independentes entre si, uma entre autor e réu e outra entre este e a seguradora litisdenunciada, a verba sucumbencial deve ser suportada pela parte venci-*



da em cada uma delas' (Des. Orli Rodrigues).

'Responsabilidade solidária do IRB — Instituto de Resseguros do Brasil. Inocorrência. Exegese do art. 896 do Código Civil e do art. 68, § 3º, do Decreto-Lei n. 73/66.

'O IRB não responde diretamente perante os segurados pelo montante assumido em resseguro'"(Apelação Cível n. 99.008382-9, de São José. Relator Des. Silveira Lenzi) (grifei).

Diante disso, é de ser negado provimento às apelações e, de ofício, aplicar-se a pena pela litigância de má-fé em 20% sobre o valor atribuído à causa, devidamente corrigido.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, nega-se provimento às apelações e, de ofício, aplica-se a pena pela litigância de má-fé em 20% sobre o valor atribuído à causa, devidamente corrigido.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 16 de outubro de 2001.

*Carlos Prudêncio,*

*Presidente, com voto;*

*Wilson Augusto do Nascimento,*

*Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 00.001061-8, DE CHAPECÓ

**Relator: Des. Nelson Schaefer Martins**

*Ação de revisão contratual c/c compensação e repetição do indébito. Contrato de abertura de crédito, com reconhecimento e quitação de dívidas e outras avenças. Contratos de crédito fixo. Contratos de abertura de crédito rotativo em conta corrente. Possibilidade de revisão de todos os contratos apresentados pelos autores. Auto-aplicabilidade do disposto no art. 192, § 3º, da Constituição da República. Decreto n. 22.626/33. Limitação dos juros a 12% ao ano. Ilegalidade da Taxa Referencial. Adoção do INPC. Capitalização de juros. Inadmissibilidade. Súmula 121 do STF. Comissão de permanência. Afastamento dos encargos previstos para o caso de inadimplemento. Aplicação das disposições do Código de Defesa do Consumidor, arts. 1º, 3º, § 2º, 47, 51, inc. IV, 52, § 1º, e 54. Redução de ofício da multa contratual para o percentual de 2%. Lei n. 9.298 de 2/8/96. Lei n. 8.078/1990. Matéria de ordem pública. Princípio da proporcionalidade. Honorários advocatícios. Recurso desprovido.*



*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.001061-8, da comarca de Chapecó (3ª Vara), em que é apelante Banco do Estado de Santa Catarina S.A. – Besc e apelados Piazza Comércio de Tratores e Máquinas Ltda., João Piazza, Osmar Piazza e Ademir Piazza:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso e de ofício reduzir a multa.

Custas de lei.

Perante o Juízo da 3ª Vara Cível da comarca de Chapecó, Piazza Comércio de Tratores e Máquinas Ltda., João Piazza, Osmar Piazza e Ademir Piazza promoveram ação de revisão contratual c/c compensação e repetição do indébito em face do Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc.

Alegaram que movimentam conta corrente na agência do Besc de Chapecó para os mais diversos tipos de operações e modalidades.

Porém os juros, multa, comissão de permanência e outros encargos implicaram na elevação excessiva dos valores devidos. As operações financeiras, nas modalidades de crédito em conta corrente e contratos de crédito, sucederam-se, para quitação das outras.

Invocaram a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, do art. 192, § 3º, da Constituição da República, do Decreto n. 22.626/33, da Lei n. 1.521/51, dos arts. 1.062 e seguintes do Código Civil e dos índices de correção monetária do IGPM.

Apontaram o descabimento da capitalização de juros e da comissão de permanência e requereram a revisão de todos os contratos celebrados entre as partes.

O demandado contestou e em preliminar impugnou o valor da causa. No mérito asseverou que cumpria aos autores o depósito dos valores em juízo e, como não o fizeram, estaria configurada a litigância de má-fé.

Afirmou que se operou a novação, não se podendo discutir contratos já quitados. Sustentou a legalidade da capitalização de juros e que o art. 192, § 3º, da Constituição da República não é auto-aplicável.

Defendeu as teses de inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor; descabimento de repetição do indébito pois nenhum pagamento indevido fora realizado; incidência de comissão de permanência pois o contrato já venceu e sua incidência é alternativa e não cumulativa.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido para determinar a revisão dos contratos celebrados entre as partes com o acolhimento dos seguintes capítulos do pedido: a) aplicação do dispositivo do art. 192, § 3º, da Constituição da República; b) incidência de juros de 12% ao ano; c) exclusão da capitalização dos juros e da Taxa Referencial; d) correção dos valores pelo IGPM ou outro índice oficial que a venha substituir; e) exclusão da cláusula que autoriza o réu a definir a taxa a ser aplicada na comissão de permanência, apurando-se o *quantum* em liquidação de sentença; f) reversão dos valores pagos indevidamente, apurados por cálculo, em favor dos

autores, facultada a compensação, se subsistirem débitos. Diante da sucumbência mínima dos autores, condenou o banco ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre a diferença a ser encontrada.

O incidente de impugnação ao valor da causa foi julgado improcedente.

O banco apelou tempestivamente apresentando os seguintes argumentos: a) caracterizada a novação somente poderia ser revisado o último contrato firmado entre as partes; b) o art. 192, § 3º, da Constituição da República é auto-aplicável; c) os juros de 12% ao ano são juros de mora e por isso podem ser fixados juros convencionais acima desse percentual de acordo com o art. 1.262 do Código Civil; d) legalidade da Taxa Referencial como indexador; e) não há demonstração de ocorrência de capitalização de juros e, assim não fosse, é admissível a capitalização mensal de juros, por aplicação analógica da legislação referente às cédulas de crédito comercial; f) não foi aplicada comissão de permanência no cálculo do débito; g) dos vários itens que compõem o pedido inicial apenas alguns foram acolhidos, daí por que o Besc decaiu de parte mínima, de modo que a sucumbência deva ser suportada pelos apelados ou deva ser reconhecida a sucumbência recíproca.

O recurso foi preparado e contra-arrazoado.

Os autos ascenderam a esta Corte Estadual de Justiça.

É o relatório.

I. Afasta-se a alegação de que somente poderia ser revisado o último

contrato firmado entre as partes. O processo encontra-se instruído com os seguintes contratos: instrumento particular de contrato de abertura de crédito, com reconhecimento e quitação de dívidas e outras avenças n. 97/014; contratos de abertura de crédito fixo ns. 97/00313, 93/918, 95/995 e 95/1.166; contratos de abertura de crédito rotativo em conta corrente ns. 92/101; 92/131; 92/153; 92/211; 92/275; 92/353; 92/411; 93/289; 93/380; 93/463; 93/644; 93/706; 93/824; 93/919; 94/062; 94/167; 94/254; 94/344; 94/437; 94/605; 94/714; 94/829; 94/831; 94/946; 94/1.101; 94/1.181; 94/015; 95/142; 95/236; 95/393; 95/484; 95/588; 95/720; 95/804; 95/861 e 95/947 (fls. 52/139).

Na inicial os apelados mencionaram todos os contratos, relacionando-os individualmente (fls. 4/7). No pedido requereram a “Revisão do Contrato de Confissão de Dívida Garantida por Alienação Fiduciária, Contrato n. 97/014, bem como dos demais contratos elencados na presente” (fl. 31).

A respeito transcreve-se trecho da Apelação Cível n. 00.024427-9, de Tubarão, rel. Des. Trindade dos Santos, Quarta Câmara Civil, j. 7/6/2001:

“O Superior Tribunal de Justiça conforta esse entendimento, quando gizou:

‘...não há razão para limitar o exercício jurisdicional na revisão de contratos sucessivamente renovados, mesmo no caso de emissão de título, porque a dívida que serve de ponto de partida para o cálculo do débito resulta da aplicação de cláusulas previstas em contratos anteriores, em um enca-

deamento negocial que não pode ser visto isoladamente' (REsp n. 218.701/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

"(...)

'Em todos os ordenamentos jurídicos tem-se consagrado o entendimento segundo o qual 'a situação emergente da ilicitude originária não desaparece com o reconhecimento da dívida' (Pierangelo Catalano)' (Ap. Cív. n. 1998.012653-3, de Sombrio, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, DJE n. 10.669, de 26/3/2001, pág. 25).

"Enveredando pela mesma tripla de raciocínio, enfatizamos em outro julgamento:

'Execução. Cédula de crédito industrial. Embargos acolhidos em parte. Renegociação de débitos vinculados a operações bancárias anteriores. Não entranhamento, nos autos, dos contratos precedentes. Inexigibilidade, incerteza e iliquidez do *quantum debeatur*. Incidência do art. 618, I, do CPC. Extinção que se decreta. Apelo dos executados, para tanto, provido. Reclamo recursal do credor prejudicado.

'Cuidando-se de contratos sucessivamente renovados, existente, pois, encadeamento negocial entre inúmeros ajustes de concessão de crédito, com os posteriores destinando-se a saldar débitos existentes, alguns deles sem qualquer condição de excecutoriedade, a última dessas celebrações depende, para a sua executabilidade, do carreamento aos autos de todos os contratos precedentes, a fim de que se tornem averiguáveis os termos das cláusulas tomadas em consideração para a apuração do *quantum debeatur* levado em conta

para a renegociação sob execução. A indispensabilidade da trazida ao bojo do feito executório dos demais pactos torna-se ainda mais premente quando vislumbra-se, dos termos contratados, não a existência de uma novação propriamente dita, senão apenas a renovação do prazo para o pagamento de débitos vencidos, mediante a inserção de novos encargos. Não carreados aos autos executórios os contratos precedentes, a execução proposta inquina-se de inescindível nulidade, por descaracterizadas a liquidez, a certeza e a exigibilidade do débito motivador da demanda, com total afronta ao disposto no inciso I do art. 618 do CPC' (Ap. Cív. n. 99.002567-5, de Ponte Serrada).

"Da mesma forma, disse o egrégio Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul:

'Contratos bancários. É cabível a revisão de todos os contratos mesmo consolidados em renegociação de débito. Relações negociais que constituem uma situação jurídica continuativa que deve ser encarada como uma unidade. Limitação legal de juros e sua capitalização. Juros moratórios. Sucumbência. Provimento do apelo adesivo' (Ap. Cív. n. 196104160, rel. Juiz de Alçada Moacir Leopoldo Haeser).

'Relação jurídica continuativa. Revisão dos contratos. Possibilidade.

'É possível a revisão dos contratos, argüida em defesa nos embargos do devedor, quando o último, ora em execução, consolida débitos anteriores. Nesses casos a relação jurídica deve ser examinada como uma unidade. Aplicação dos arts. 939 e 1.007 do CC. Limite legal de juros remuneratórios, moratórios e capitalização.

Aplicação do Decreto n. 22.626. Re-definição da sucumbência. Apelo parcialmente provido' (Julgados do TARGS 103/246, Ap. Cív. n. 196192462, Juiz de Alçada Moacir Leopoldo Haeser).

'Contrato bancário. Revisão judicial deferida, inclusive para contratos já quitados. Incidência do art. 965 do CC.

'Se a prova revela que entre o banco e o devedor se estabeleceu continuidade negocial em que contratos subsequêntes quitavam os antecessores, gerou-se situação jurídica continuativa, a possibilitar a revisão negocial em sua globalidade, inclusive para retirar juros inconstitucionais dos contratos já quitados. Inconstitucionalidade dos juros é nulidade que não convalesce (...)' (Ap. Cív. n. 194.0029-03, de Estrela, rel. Juiz Márcio Oliveira Puggina).

II. O instrumento particular de contrato de abertura de crédito, com reconhecimento e quitação de dívidas e outras avenças n. 97/014 aponta na cláusula "IV – Forma de pagamento", item b, para juros de 2,5% ao mês (fl. 53).

Os contratos: I) de abertura de crédito fixo n. 95/1.166 na cláusula "Encargos" indica juros de 2% ao mês (fl. 64); II) n. 93/918 na cláusula "Encargos" indica juros de 2% ao mês (fl. 120); III) o de n. 95/995 aponta na cláusula "Encargos" juros de 6,5% ao mês (fl. 139).

Os contratos de abertura de crédito rotativo em conta corrente: I) números 92/101 e 92/131 apontam nas cláusulas "Encargos" juros de 28% ao mês (fls. 102 e 103); II) n. 92/153 (na cláusula "Encargos", juros

de 27,60% ao mês, fl. 104); III) n. 92/211 (na cláusula "Encargos", juros de 17% ao mês, fl. 105); IV) n. 92/275 (na cláusula "Encargos", juros de 22,95% ao mês, fl. 106); V) n. 92/353 (na cláusula "Encargos", juros de 21,30% ao mês, fl. 107); VI) n. 92/411 (na cláusula "Encargos", juros de 24,80% ao mês, fl. 108); VII) n. 93/289 (na cláusula "Encargos", juros de 31% ao mês, fl. 109); VIII) n. 93/380 (na cláusula "Encargos", juros de 32,20% ao mês, fl. 110); IX) n. 93/463 (na cláusula "Encargos", juros de 33,50% ao mês, fl. 111); X) n. 93/644 (na cláusula "Encargos", juros de 40% ao mês, fl. 112); XI) n. 93/706 (na cláusula "Encargos", juros de 40,90% ao mês, fl. 113); XII) n. 93/824 (na cláusula "Encargos", juros de 40% ao mês, fl. 114); XIII) n. 93/919 (na cláusula "Encargos", juros de 40% ao mês, fl. 115); XIV) n. 94/062 (na cláusula "Encargos", juros de 47% ao mês, fl. 116); XV) n. 94/167 (na cláusula "Encargos", juros de 46,20% ao mês, fl. 117); XVI) n. 94/254 (na cláusula "Encargos", juros de 50% ao mês, fl. 118); XVII) n. 94/344 (na cláusula "Encargos", juros de 50% ao mês, fl. 119); XVIII) n. 94/437 (na cláusula "Encargos", juros de 3% ao mês, fl. 121); XIX) n. 94/605 (na cláusula "Encargos", juros de 10,50% ao mês, fl. 122); XX) n. 94/714 (na cláusula "Encargos", juros de 5,50% ao mês, fl. 123); XXI) n. 94/829 (na cláusula "Encargos", juros de 4,20% ao mês, fl. 124); XXII) n. 94/831 (na cláusula "Encargos", juros de 6% ao mês, fl. 125); XXIII) n. 94/946 (na cláusula "Encargos", juros de 7% ao mês, fl. 126); XXIV) n. 94/1101 (na cláusula "Encargos", juros de 9,20% ao mês, fl. 127); XXV) n. 94/1181 (na cláusula

“Encargos”, juros de 9,20% ao mês, fl. 128); XXVI) n. 94/015 (na cláusula “Encargos”, juros de 9% ao mês, fl. 129); XXVII) n. 95/142 (na cláusula “Encargos”, juros de 8,50% ao mês, fl. 130); XXVIII) n. 95/236 (na cláusula “Encargos”, juros de 8,50% ao mês, fl. 131); XXIX) n. 95/393 (na cláusula “Encargos”, juros de 9,20% ao mês, fl. 132); XXX) n. 95/484 (na cláusula “Encargos”, juros de 9,20% ao mês, fl. 133); XXXI) n. 95/588 (na cláusula “Encargos”, juros de 8,50% ao mês, fl. 134); XXXII) n. 95/720 (na cláusula “Encargos”, juros de 8,50% ao mês, fl. 135); XXXIII) n. 95/804 (na cláusula “Encargos”, juros de 8% ao mês, fl. 136); XXXIV) n. 95/861 (na cláusula “Encargos”, juros de 7,50% ao mês, fl. 137); XXXV) n. 95/947 (na cláusula “Encargos”, juros de 7,50% ao mês, fl. 138).

A decisão impugnada deve ser mantida nesse ponto pois era mesmo de declarar-se a ineficácia das cláusulas nas partes que excedem o índice de 12% a.a., estipulado pelo art. 192, § 3º, da Constituição da República.

Apesar de decisão do colendo Supremo Tribunal Federal, em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 004/DF, de 1988, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista, relator Min. Sydney Sanches, DJU de 17/2/89, pág. 968, que decidiu por maioria que o dispositivo constitucional apontado não teria auto-aplicabilidade, nem por isso assume o caráter vinculativo.

O grande Rui Barbosa, em *Commentários à Constituição Federal Brasileira*, v. II, São Paulo, 1933, pág. 489, refere que não há em uma Constituição cláusulas a que se deva atri-

buir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras ditadas pela soberania nacional.

A idéia de que o § 3º do art. 192 da Constituição da República Federativa do Brasil esteja a depender de lei complementar importaria em verdadeiro atentado à soberania do poder constituinte, até porque, é evidente, a legislação infraconstitucional não poderá negar vigência ao dispositivo já esculpido na Constituição nem impor-lhe limites.

Ademais, o supracitado dispositivo constitucional tem seu perfil definido e o conteúdo de seus preceitos não poderá ser alterado.

Anote-se que se trata de norma clara e precisa, a dispensar conceituações, até porque o significado do termo “*juros reais*” independe de esclarecimentos outros e o instituído “*juros*” não é matéria compreendida no Direito Constitucional, mas pertence ao campo do Direito Privado Civil e Comercial.

Assim, em que pese a decisão (por maioria) contida na ADIn n. 4 do STF declarar textualmente e não auto-aplicabilidade da regra constitucional, não parece possível conceber que aquela regra seja tida por não constitucional.

Ratifica-se que o § 3º do art. 192 não se subordina ao *caput*, não tendo sua vigência condicionada à lei complementar prevista no cabeço, até porque, como já foi destacado, o sistema financeiro nacional já está regulamentado pelas leis, decretos e súmulas anteriormente indicados.

Assim, há concluir que as normas legais inferiores haverão de ser



confrontadas com a nova ordem constitucional e, se com ela conflitantes, não poderão prevalecer em face da perda de condição de validade e portanto de eficácia.

A declaração de inconstitucionalidade de uma lei, emanada do Supremo Tribunal Federal, tem força vinculativa e obriga com sentido de “*poder*” a todos os tribunais e juízos inferiores.

Contudo, a declaração da não auto-aplicabilidade de um dispositivo constitucional não possui a mesma *força*, exercendo apenas *influência* perante os demais órgãos do Judiciário.

Não pode haver contradição entre a norma inferior e a norma fundamental (superior constitucional). Conclui-se assim que entre as leis ordinárias e a lei (*latu sensu*) constitucional, não existe a possibilidade de colisão sob pena de considerar-se a lei inferior ineficaz.

É a situação que se examina: a regulamentação dos *juros*, anterior à promulgação da Carta de 1988, ficou superada pela norma fundamental em vigor (art. 192, § 3º), que lhe modificou a feição, tornando a ordem legal velha, ineficaz.

Não bastassem esses argumentos, traz-se a lume trecho de voto proferido pelo eminente Min. Carlos Velloso, do Supremo Tribunal Federal:

“No julgamento da citada ADIn n. 04/DF, fiquei vencido, sustentando o contrário, ou seja, que a norma do § 3º do art. 192 da Constituição é de eficácia plena. Assim o voto que proferi:

‘Senhor Presidente, os que sustentam que a norma do § 3º do art. 192 da Constituição é meramente pro-

gramática, assim o fazem, ao que aprendi, sobre dois fundamentos: a) a eficácia do § 3º do art. 192 estaria condicionada à edição da Lei Complementar referida no *caput* do art. 192; enquanto essa lei não vier a lume, a norma do citado § 3º do art. 192 é de eficácia limitada, declaratória de princípios programáticos; b) a locução ‘taxa de juros reais’ não teria sido definida juridicamente, o que impediria a imediata aplicação da norma limitadora dos juros.

‘Examinemos esses argumentos.

‘Os estudiosos de hermenêutica constitucional ensinam que as normas constitucionais que contenham vedações, proibições ou que declarem direitos são, de regra, de eficácia plena. Assim, no Brasil, contemporaneamente, a lição de José Afonso da Silva (‘Aplicabilidade das Normas Constitucionais’, Ed. RT, 2ª ed., 1982, pág. 89), na linha, aliás, da doutrina e da jurisprudência americanas, que Ruy Barbosa expôs, admiravelmente. Em voto que proferi neste Plenário, disse eu que a regra que vem do Direito americano é esta: as normas constitucionais que veiculam declarações de direito, imunidades e vedações são, de regra, auto-executáveis. Assim a lição de Ruy:

‘As proibições constitucionais e as declarações de direitos articuladas nas Constituições adicionam os arestos americanos, como dotadas, igualmente, de vigor imediato e anterior a qualquer explanação legislativa, as isenções constitucionalmente decretadas. ‘*Exemptions may be regarded as prohibitions*’ (16 L.R.A., 284, not.)’. Ruy Barbosa, Comentários à Const.

Brasileira, coligidos por Homero Pires, 1933, II/485.

‘Thomas M. Colley resume a jurisprudência americana a respeito do tema:

‘Pode-se dizer que uma disposição constitucional é auto-executável (*self executing*), quando nos fornece uma regra, mediante a qual se possa fruir e resguardar o direito outorgado, ou executar o dever imposto, e que não é auto-aplicável, quando meramente indica princípios, sem estabelecer normas, por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei’ (T. Cooley, *Treatise on the Constitutional Limitations*, ap. Ruy Barbosa, ob. e loc. cit., pág. 495).

‘Celso Antônio Bandeira de Mello, escrevendo sobre a ‘Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social’, registrou que o critério classificador da eficácia é a consistência e amplitude dos direitos imediatamente resultantes para os indivíduos (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social*, RDP 57-58/233).

‘O § 3º do art. 192 da Constituição, Senhor Presidente, contém, sem dúvida, uma vedação. E contém, de outro lado, um direito, ou, noutras palavras, ele confere, também, um direito, um direito aos que operam no mercado financeiro. Em trabalho doutrinário que escreveu sobre a taxa de juros do § 3º do art. 192 da Constituição, lecionou o Desembargador Régis Fernandes de Oliveira:

‘Percebe-se, claramente, que a norma constitucional gerou um direito exercitável no círculo do sistema financeiro, criador de uma limitação. Está ela plenamente delimitada no

corpo da norma constitucional, independentemente de qualquer lei ou norma jurídica posterior. Bem se vê que ‘as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano...’. Segue a redação após o ponto e vírgula estabelecendo que o descumprimento do preceito será estabelecido em lei (ordinária, porque definidora de infração penal).

‘O desfrute de tal limitação constitucional àqueles que lidam no mercado financeiro (qualquer do povo) é imediato. A limitação aos que operam no sistema, emprestando dinheiro é imediata. Do direito de um nasce a obrigação do outro. A relação jurídica intersubjetiva que se instaura gera a perspectiva do imediato desfrute da limitação imposta’ (Régis Fernandes de Oliveira. *Taxa de Juros, inédito*. O autor enviou-me cópia do trabalho).

‘Contém, já falamos, o citado § 3º, do art. 192, da Constituição, uma vedação: ‘as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano’. Porque ela é uma norma proibitória ou vedatória, ela é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, ou é ela uma norma auto-aplicável. E porque confere ela, também, um direito aos que operam no mercado financeiro, também por isso a citada norma é de eficácia plena. Não me refiro, evidentemente, à segunda parte do § 3º do art. 192, que sujeita a cobrança acima do limite a sanções penais, porque esse disposi-



tivo não precisa ser trazido ao debate' (LEX, JSTF 188/227-279)".

Esta Corte Estadual de Justiça, sensível aos argumentos preconizadores da auto-aplicabilidade do dispositivo constitucional já sedimentou o entendimento esposado neste voto.

Nesse sentido os seguintes precedentes: Apelações Cíveis ns. 98.009413-5, da Capital, j. 10/12/98; 98.000275-3, de São João Batista, j. 10/12/98; 97.002485-1, de Concórdia, j. 10/12/98; 97.002470-3, de Campos Novos, j. 10/12/98, todas tendo como relator o Des. Carlos Prudêncio, Primeira Câmara Civil; Apelações Cíveis ns. 98.010311-8, de Caçador, Quarta Câmara Civil, j. 30/6/99 e 97.011070-7, de Taió, Quarta Câmara Civil, j. 11/2/99 em ambas rel. Des. João José Schaefer; 98.004236-4, de Anita Garibaldi, Quarta Câmara Civil, j. 10/12/98 e 98.005176-2, de Jaguaruna, Quarta Câmara Civil, j. 19/11/98 nas duas rel. Des. Pedro Manoel Abreu; 96.004875-8, de Sombrio, Câmara Cível Especial, rel. Des. Eládio Torret Rocha.

Não bastassem essas razões com amparo no dispositivo constitucional indicado, há outros de ordem infraconstitucional, com base no Decreto n. 22.626/33, conforme se colhe em precedente desta Quarta Câmara Civil em Apelação Cível n. 97.010948-2 de Maravilha, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 8/3/2001:

"Execução. Cédula de crédito industrial. Embargos em parte acolhidos. Juros. Art. 192, § 3º, da CF/88. Auto-aplicabilidade. DL n. 413/69, art. 5º (...).

"Em se tratando de cédula de crédito industrial, afeta à disciplina ju-

rídica específica do Decreto-Lei n. 413/69, ao Conselho Monetário Nacional incumbe o dever de fixar os juros a serem, em tal título, praticados. Omisso o órgão governamental a respeito, ou não comprovando a instituição financeira credora a existência dessa fixação, os juros sofrem a limitação de 12% ao ano, como previsto no Decreto n. 22.626/33 (Lei de Usura (...))".

III. O contrato de abertura de crédito fixo n. 93/918 na cláusula "Encargos" indica a aplicação da Taxa Referencial (fl. 120).

Com relação à incidência da Taxa de Referência como parâmetro de atualização, esta não pode ser adotada mesmo que pactuada à luz de ponderáveis razões apresentadas pelo eminente Des. Trindade dos Santos, em Apelação Cível n. 98.006446-5, de Criciúma, Quarta Câmara Civil, j. 31/8/2000, transcrevendo-se parcialmente o voto referido:

"d) Ilegalidade da aplicação da TR como fator de correção monetária.

"No caso vertente, analisando-se o disposto na cláusula Atualização Monetária, inserta no título exequendo, verifica-se que restou pactuada a utilização da TR como índice de correção dos saldos devedores.

"Segundo meu ponto de vista pessoal, a razão, nesse aspecto, militaria em favor dos recorrentes.

"Isso porquanto, no meu entender, ante o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade da utilização da TR como fator de atualização monetária, a matéria já não mais estava a comportar grandes discussões, sendo inquestionável que, a partir desse julgamento, a TR e

a TRD não mais poderiam ser utilizadas como referenciais de correção monetária dos débitos.

“A propósito, sempre tenho em prestado destaque aos seguintes acórdãos, todos do colendo Superior Tribunal de Justiça:

‘TR. Inadequação como critério para correção monetária, não sendo de adotar-se sem expressa previsão legal’ (REsp n. 43.119-0/RS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 21/11/95).

‘Comercial. Taxa referencial (TR) inaplicável. Correção monetária pelo IPC.

‘I — A jurisprudência do STJ pacificou entendimento no sentido de que o indexador adequado para corrigir valores é o IPC do IBGE.

‘II — O mesmo direito pretoriano não admite a taxa referencial (TR), como índice de reajuste do poder real da moeda, sendo certo que este deve ceder lugar em prol do índice de preços.

‘III — Recurso conhecido e parcialmente provido’ (REsp n. 46.372/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. em 2/5/95).

“Por derradeiro:

‘Correção monetária — Aplicação da TR — Imprestabilidade.

‘A taxa referencial de juros (TR) não é índice de correção monetária e, portanto, como tal não pode ser utilizada’ (REsp n. 59.083-3/RS, rel. Min. César Asfor Rocha, j. em 29/3/95).

“No mesmo sentido, enfatizei no acórdão relativo à Apelação Cível n. 51624, de Chapecó:

‘Taxa referencial — Adoção como fator de atualização do débito — Impossibilidade.

‘Face o julgamento de inconstitucionalidade da adoção da Taxa Referencial (TR) como fator de atualização monetária, a matéria não está, na atualidade, a comportar maiores discussões. Referida taxa não constituiu-se, efetivamente, em índice de reajuste do poder aquisitivo real da moeda, não podendo, pois, exceto nas hipóteses de expressa previsão legal a respeito, ser utilizada como fator atualizatório de débitos. Para tal finalidade, e quanto a isso pacífica é a jurisprudência das instâncias superiores, o índice a ser adotado é o IPC, do IBGE’.

“Portanto, a meu sentir, impugna-se excluída, do âmbito do contrato pactuado, a utilização da TR como fator de atualização monetária do débito dos apelantes, substituindo-se-a pelos índices de variação do INPC (...).”

Registre-se que no acórdão da lavra do eminente Min. Moreira Alves, por ocasião do julgamento da ADIn n. 493-0/DF pelo colendo Supremo Tribunal Federal, DJU 4/9/1992, LEX 168/70, anotou-se:

“(…) A Taxa Referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna.

“(…) Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos

artigos 18, *caput* e parágrafos 1º e 4º; 20; 21 e parágrafo único; 23 e parágrafos; e 24 e parágrafos, todos da Lei n. 8.177, de 1º de março de 1991”.

Trecho do v. acórdão:

“(…) 31. A Taxa Referencial, que substituiu esses indexadores, todavia, não constitui índice de atualização do valor da moeda. Trata-se de coeficiente da remuneração mensal média líquida de impostos, de títulos privados ou títulos públicos federais, estaduais e municipais, como dispõem o art. 1º e seus parágrafos da Lei n. 8.177, de 1º/3/91:

‘Art. 1º. O Banco Central do Brasil divulgará Taxa Referencial — TR, calculada a partir de remuneração mensal média líquida de impostos, dos depósitos a prazo fixo captados nos bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos múltiplos com carteira comercial ou de investimentos, caixas econômicas, ou dos títulos públicos federais, estaduais e municipais, de acordo com metodologia a ser aprovada pelo Conselho Monetário Nacional, no prazo de sessenta dias, e enviada ao Senado Federal.

‘§ 1º. A TR será mensalmente divulgada pelo Banco Central do Brasil, no máximo até o oitavo dia do mês de referência.

‘§ 2º. As instituições que venham a ser utilizadas como bancos de referência, dentre elas, necessariamente, as dez maiores do país, classificadas pelo volume de depósitos a prazo fixo, estão obrigadas a fornecer as informações de que trata este artigo, segundo normas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, sujeitando-se a instituição e seus administradores, no caso de infração às

referidas normas, às penas estabelecidas no art. 44 da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

‘§ 3º. Enquanto não aprovada a metodologia de cálculo de que trata este artigo, o Banco Central do Brasil fixará a TR’.

“32. Regulamentando a matéria, o Conselho Monetário Nacional, através da Resolução n. 1.805, de 27 de março de 1991, optou pelos títulos da iniciativa privada, emitidos pelas trinta instituições financeiras com maior volume de depósitos a prazo fixo, classificadas de acordo com os dados do balanço apresentado em 30 de dezembro de 1990. A partir de então, a classificação é reavaliada a cada balanço comercial.

“33. Para cálculo da Taxa Referencial, toma-se o montante, em cruzeiros, de certificados e recibos de depósitos bancários emitidos a taxas prefixadas. Através de fórmula específica, são determinadas as taxas média e efetiva mensais dos mencionados certificados e recibos. A TR é obtida a partir da taxa média ponderada das vinte instituições relacionadas pelo Banco Central, deduzida de 2% (dois por cento), decorrentes da tributação e da taxa real histórica de juros da economia.

“34. A demonstrar que a TR não constitui índice neutro de atualização da moeda, basta compará-la com os principais índices de preços do mercado, no período de fevereiro a dezembro de 1991. A TR registra índices acentuadamente discrepantes em todos os meses, sendo menores até outubro e bastante superiores em novembro e dezembro (anexo 2).

“35. Ademais, é inegável que o depósito a prazo fixo, como produto do mercado financeiro, enfrenta a concorrência de outras aplicações, de modo que, para tornar-se atrativo, procura sinalizar com taxas de captação que garantam a reposição da expectativa de inflação no período, além de uma remuneração real, após deduzidos os impostos.

“36. Outros fatores adicionais também concorrem para a formação de taxa nominal bruta. Para os investidores pessoas físicas, as taxas da caderneta de poupança funcionam como teto mínimo a partir do qual o investidor avalia oportunidade e conveniência de aplicar ou não em CDB/RDB entre 30 e 35 dias. A necessidade de liquidez do banco emissor induz à oferta de taxas mais elevadas em relação aos demais bancos; a política de juros que o Banco Central esteja praticando no momento da operação é fator importante para a fixação do patamar, sendo certo que, no atual quadro recessivo, os juros têm alcançado níveis elevados.

“37. A TR é um indexador para o mercado financeiro de títulos e valores mobiliários, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constituindo, portanto, índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Em períodos de plena estabilidade monetária, um indexador como a TR poderá certamente apresentar percentuais relativamente elevados, refletindo taxas de captação atrativas no mercado financeiro.

“38. A Taxa Referencial reflete com propriedade a dinâmica presente no mercado do dinheiro, com as pecu-

liaridades que lhe são próprias. Embora se pretenda convencer de que a remuneração real líquida esteja embutida nos dois por cento de dedução, nada assegura que a outra componente incorpore apenas expectativa de inflação futura, uma vez que a motivação para captação de recursos junto ao público comporta outras variáveis.

“39. A atualização pela TR, em consequência, altera não apenas a expressão nominal, mas também o valor real das prestações dos contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei n. 8.177, de 1991”.

Assim, é possível extrair do aresto do STF as seguintes conclusões: a) a Taxa Referencial não constitui índice de atualização do valor da moeda; b) trata-se de coeficiente da remuneração mensal média líquida de impostos, de títulos privados ou títulos públicos federais, estaduais e municipais; c) é o Banco Central do Brasil que divulga a TR, a partir da remuneração mensal média líquida, conforme definida por bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos múltiplos com carteira comercial ou de investimentos e caixas econômicas; d) dentre as instituições que definem a TR, estão como referência as dez maiores instituições financeiras do país; e) a Taxa Referencial é obtida a partir da taxa média ponderada de vinte instituições relacionadas pelo Banco Central; f) a TR não constitui índice neutro de atualização da moeda; g) a Taxa Referencial sinaliza para a expectativa de inflação futura além de uma remuneração real; h) em períodos de estabilidade monetária, o indexador da TR apresenta percentuais relativamente elevados; i)

a cláusula que prescreve a TR contém condição onerosa e potestativa, em descompasso com o estatuído nos arts. 6º, inc. V, 39, inc. V, 51, inc. IV e seu § 1º, inc. III, da Lei n. 8.078/90, pois sujeita o mutuário a taxas de juros estipuladas pelo Banco Central do Brasil, que se utiliza como parâmetro das taxas praticadas pelas maiores e mais poderosas instituições financeiras do país, a revelar arbítrio em favor de uma das partes estipulantes do negócio, qual seja, a instituição bancária, suprimindo do contrato a vontade da outra parte mais frágil economicamente.

Márcio Mello Casado em sua obra *Proteção do Consumidor de Crédito Bancário e Financeiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, págs. 160/161, leciona:

“É abusiva a utilização de indexadores que não representam a verdadeira perda de poder aquisitivo da moeda, visto que, além de corrigir, remuneram o dinheiro, sem que isso seja informado aos clientes, em desrespeito aos conceitos expostos no Capítulo 5 deste estudo. São eles: TR, TBF, TJLP, Anbid, CDI, Andima, CDB.

“A TR foi criada através da Medida Provisória n. 294, de 31 de janeiro de 1991, transformada na Lei n. 8.177, de 1º de março de 1991, estabelecendo sua forma de cálculo a partir da remuneração mensal média dos depósitos a curto prazo fixo, captados nas agências dos bancos comerciais de investimento e múltiplos com carteiras comerciais e de investimentos. O Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, na Cartilha Explicativa sobre a TR, no Capítulo V da Cartilha,

ao tratar do tema ‘desindexação’, afirmou, textualmente, que a TR não é indexador, mas sim um tipo de *taxa de juros*, *in verbis*: ‘2. A criação da TR significa apenas uma mudança de nome do BTN? Não. Enquanto a variação do BTN refletia a inflação passada, gerando componente inercial inflacionário, a TR é um tipo de taxa de juros que baseia-se nas taxas de mercado, incorporando a expectativa dos agentes econômicos sobre a remuneração futura dos ativos financeiros’. Por tais motivos, o Superior Tribunal de Justiça assim tem se manifestado sobre o uso da Taxa Referencial: ‘I — A Taxa Referencial (TR) não é índice de correção monetária, uma vez que não reflete a variação do custo de vida, achando-se atrelada à captação de depósitos bancários. Precedentes do STF: ADIn n. 493/DF e ADIn n. 959/DF — MC. Precedentes da 6ª Turma: REsp n. 40.069/SP e da Seção: REsp n. 54.564/SP. II — Embargos de divergência acolhidos para que o índice aplicado seja o INPC, e não a TR (STJ, 3ª Seção, Embargos de Divergência no REsp n. 57.773, v.u., rel. Min. Adhemar Maciel, DJU de 4/3/1996, Seção I, pág. 5.355)”.

Reproduz-se o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça no REsp n. 170707/SP, DJU 30/10/2000, pág. 0139, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 21/9/2000, Segunda Turma:

“(…) A jurisprudência pacífica deste Tribunal vem decidindo pela aplicação dos índices referentes ao IPC, para atualização dos cálculos relativos a débitos ou créditos tributários nos meses de março/90 a fev./91. O STF assentou o entendimento (ADIn

n. 493-0) de que a Taxa Referencial não é índice de atualização da expressão monetária de valores defasados pela inflação passada, devendo ser aplicado o INPC, a partir da promulgação da Lei n. 8.177/91 e a UFIR a partir de janeiro/92, na forma recomendada pela Lei n. 8.383/91 (...).

Diante dessas circunstâncias, considerando a ilegalidade da Taxa Referencial para o caso em epígrafe, adota-se o índice oficial do INPC, conforme acima anotado, para a atualização dos cálculos relativos ao débito, de modo que se preserve a correção monetária.

IV. O instrumento particular de contrato de abertura de crédito, com reconhecimento e quitação de dívidas e outras avenças na cláusula “IV — Forma de pagamento, item b”, prescreve a aplicação da Tabela *price*, fl. 53.

A capitalização de juros é autorizada apenas em tema de contrato bancário, nas hipóteses previstas nos Decretos-Leis ns. 167 e 413 e na Lei n. 6.840/80. Nesse sentido, tem decidido o colendo Superior Tribunal de Justiça:

“A capitalização de juros (juros de juros) é vedada pelo nosso direito, mesmo quando expressamente convencionada, não tendo sido revogada a regra do art. 4º do Decreto n. 22.626/33 pela Lei n. 4.595/64. O anatocismo, repudiado pelo verbete n. 121 da súmula do Supremo Tribunal Federal, não guarda relação com o enunciado n. 596 da mesma súmula” (*in* RSTJ 22/197, rel. Min. Sálvio de Figueiredo).

Na mesma direção, RSTJ 13/352, rel. Min. Cláudio Santos.

A Terceira Câmara Civil decidiu em Apelação Cível n. 96.009917-4, de Timbó, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, j. 29/4/97, ao examinar tema relativo a contrato bancário e termo de renegociação de operações de crédito com nota promissória vinculada:

“...a possibilidade da capitalização de juros estende-se somente nos casos em que há previsão legal para tanto, como nas cédulas de crédito rural (Dec-Lei n. 167/67, art. 5º), de crédito industrial (Dec-Lei n. 413/69, art. 5º) e de crédito comercial (Lei n. 6.840/80, art. 5º). Sendo o contrato avençado de objeto diverso, inaplicável o anatocismo, como já expôs o STJ no REsp n. 16.864/SP, publicado no DJU de 29/3/93, pág. 5.258”.

V. A comissão de permanência encontra-se pactuada nos seguintes contratos e respectivas cláusulas:

a) contratos de abertura de crédito fixo ns. 95/1.166, 93/918 e 95/995, cláusula sétima, fls. 64, 120 e 139: “Caso a(o) creditada(o) não satisfaça as obrigações nos prazos estabelecidos, obriga-se ao pagamento de comissão de permanência igual aos encargos previstos no preâmbulo deste, ou a exclusivo critério do Besc, de acordo com a taxa de mercado para este tipo de operação, vigente no dia da liquidação do débito (...)”;

b) contratos de abertura de crédito rotativo em conta corrente ns. 92/101 (fl. 102); 92/131 (fl. 103); 92/153 (fl. 104); 92/211 (fl. 105); 92/275 (fl. 106); 92/353 (fl. 107); 92/411 (fl. 108); 93/289 (fl. 109); 93/380 (fl. 110); 93/463 (fl. 111); 93/644 (fl. 112); 93/706 (fl. 113); 93/824 (fl. 114); 93/919 (fl. 115); 94/062 (fl. 116); 94/167 (fl. 117);



94/254 (fl. 118); 94/344 (fl. 119); 94/437 (fl. 121); 94/605 (fl. 122); 94/714 (fl. 123); 94/829 (fl. 124); 94/831 (fl. 125); 94/946 (fl. 126); 94/1.101 (fl. 127); 94/1.181 (fl. 128); 94/015 (fl. 129); 95/142 (fl. 130); 95/236 (fl. 131); 95/393 (fl. 132); 95/484 (fl. 133); 95/588 (fl. 134); 95/720 (fl. 135); 95/804 (fl. 136); 95/861 (fl. 137); 95/947 (fl. 138): cláusula(s) quinta(s) com a seguinte redação: “Caso a(o) CREDITADA(O) não satisfaça as obrigações nos prazos estabelecidos, obriga-se ao pagamento de comissão de permanência igual aos encargos previstos no preâmbulo deste, ou a exclusivo critério do Besc, de acordo com a taxa de mercado para este tipo de operação, vigente no dia da liquidação do débito (...)”.

A comissão de permanência prevista nas cláusulas mencionadas autoriza a imposição de taxas flutuantes de mercado, sujeitas ao arbítrio do credor, o que descumpra as regras dos arts. 115 do Código Civil, e 51, inc. IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Diante da carga de potestividade contida no pacto contratual, não há segurança quanto ao efetivo percentual a ser utilizado. Assim, considerando o caráter de adesividade do contrato em epígrafe, conforme definição contida no art. 54 da Lei n. 8.078/90, aplica-se a regra do art. 47 do mesmo diploma, interpretando-se de maneira mais favorável ao consumidor as cláusulas contratuais.

A propósito, a Câmara Cível Especial em Apelação Cível n. 96.012300-8, de Papanduva, rel. Des.

Nilton Macedo Machado, decidiu a respeito de cédula rural pignoratícia:

“(...) Os juros moratórios, como forma de sanção pelo não pagamento no termo devido, em se tratando de crédito rural, são limitados a 1% ao ano e invariáveis em função de eventual inadimplência; distinguem-se dos juros remuneratórios, porque estes funcionam como mera remuneração do capital mutuado.

“É nula a cláusula que prevê variação dos juros moratórios em função da inadimplência do mutuário, por fazer incidir ‘sob as vestes de juros remuneratórios, autênticos juros moratórios em níveis superiores aos permitidos....’ (STJ, REsp n. 85.969/RS).

“I — Estabelecidos, em nota de crédito rural, juros remuneratórios e correção monetária para incidirem durante o prazo de vigência do mútuo, nula se apresenta cláusula que preveja majoração de tais encargos financeiros em caso de inadimplência do mutuário.

“II — A lei específica (DL n. 167/67) somente autoriza sejam pactuados, para a situação de não-pagamento da dívida no respectivo vencimento, os seguintes acréscimos: juros moratórios, no patamar de 1% a.a. (art. 5º, parágrafo único), e multa de 10% sobre o montante devido (art. 71).

“III — Qualquer estipulação que vise a burlar esse limite legal — como, por exemplo, o referido artifício da elevação dos juros remuneratórios ou o da criação de outros (taxas, sobretaxas, comissão de permanência) para serem aplicados no caso de inadimplemento — carece de validade” (STJ



— REsp n. 59.672; TJSC Ap. Cív. ns. 96.007124-5 e 97.012157-9).

Na mesma direção, REsp n. 111.160/RS, Quarta Turma do STJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 24/3/97, em RSTJ 95/330.

O raciocínio desenvolvido no precedente transcrito serve para confirmar a tese de que não é lícita a cláusula que prevê a substituição da taxa pactuada para o caso de inadimplência por índice superior diferenciado. Apenas os diplomas legais específicos (Lei n. 6.840/80 e DL n. 413/69) autorizam os seguintes acréscimos para a situação de não-pagamento da dívida: elevação da taxa de juros em 1% a.a. (art. 5º, parágrafo único, DL n. 413) e multa sobre o principal e acessórios em débito (art. 58, DL n. 413).

VI. A teor do disposto no art. 3º, § 2º, da Lei n. 8.078/90, considera-se a atividade bancária alcançada pelas normas do Código de Defesa do Consumidor, incluída a entidade bancária ou instituição financeira no conceito de *fornecedor* e o aderente no de *consumidor*.

Nesse sentido, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery em *Código de Processo Civil Comentado*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pág. 1.372, nota 12:

“Contratos bancários. Todas as operações e contratos bancários se encontram sob o regime jurídico do CDC. Não só os serviços bancários, expressamente previstos no CDC 3º § 2º, mas qualquer outra atividade, dado que o banco é sociedade anônima, reconhecida sua atividade como sendo de comércio, por expressa determinação do CCom 119. Assim, as atividades bancárias são de comércio,

e o comerciante é fornecedor conforme prevê o *caput* do CDC 3º. Por ser comerciante, o banco é, sempre, fornecedor de produtos e serviços. O que pode ser discutido, eventualmente, é se determinado contrato bancário é ou não de consumo, ou seja, se o co-contratante é ou não consumidor. Esta é a discussão possível e jurídica acerca dos contratos bancários. A preocupação atual dos países ocidentais é dotar as leis de melhor proteção contra as atividades bancárias e creditícias. Acolhendo sugestão do Prof. Dr. Newton De Lucca, no Congresso Internacional de Direito do Consumidor (Brasília, abril de 1994), o plenário aprovou conclusão unânime no sentido de que ‘os bancos e as atividades bancárias se encontram sob o regime jurídico do Código de Defesa do Consumidor’”.

VII. Há tema que deve ser conhecido, de ofício, relativo à multa prevista nos seguintes contratos e respectivas cláusulas: cláusula sétima dos contratos de abertura de crédito fixo números 95/1.166, 93/918 e 95/995, fl. 64, 120 e 139; cláusula quinta dos contratos de abertura de crédito rotativo em conta corrente números 92/101 (fl. 102); 92/131 (fl. 103); 92/153 (fl. 104); 92/211 (fl. 105); 92/275 (fl. 106); 92/353 (fl. 107); 92/411 (fl. 108); 93/289 (fl. 109); 93/380 (fl. 110); 93/463 (fl. 111); 93/644 (fl. 112); 93/706 (fl. 113); 93/824 (fl. 114); 93/919 (fl. 115); 94/062 (fl. 116); 94/167 (fl. 117); 94/254 (fl. 118); 94/344 (fl. 119); 94/437 (fl. 121); 94/605 (fl. 122); 94/714 (fl. 123); 94/829 (fl. 124); 94/831 (fl. 125); 94/946 (fl. 126); 94/1.101 (fl. 127); 94/1.181 (fl. 128); 94/015 (fl. 129); 95/142 (fl. 130);

95/236 (fl. 131); 95/393 (fl. 132); 95/484 (fl. 133); 95/588 (fl. 134); 95/720 (fl. 135); 95/804 (fl. 136); 95/861 (fl. 137); 95/947 (fl. 138).

A multa contratual deve ser mantida por ser representativa do ressarcimento pelo atraso no cumprimento da obrigação. Porém, o percentual não pode ser de 10% (dez por cento) mas impõe-se sua alteração para 2% (dois por cento) nos termos da Lei n. 9.298 de 2/8/96, que modificou a redação do art. 52, § 1º, do CDC.

O art. 1º do Código de Defesa do Consumidor prescreve que esta lei “estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social”.

As normas do Código de Defesa do Consumidor, a teor do disposto no seu art. 1º, devem incidir ao caso concreto independentemente de irrisignação da parte devedora, pois, por serem de *ordem pública e interesse social* e por regularem relações de consumo, não incidindo neste caso o princípio dispositivo.

Nessa direção Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery, obra citada, pág. 1.348. Desse modo, não se cogita de *reformatio in pejus*.

Nessa linha de pensamento, tem decidido o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

1) Apelação Cível n. 97.012256-0, de Itapiranga, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Quarta Câmara Civil, j. 29/10/98:

“Embargos do devedor. Contrato abertura de crédito fixo. (...) Cláusula penal. Multa contratual. Limitação a

2%. Aplicação de ofício do art. 52, § 1º, do CDC.

“(...) Cláusula penal. Multa contratual. Limitação em 2%. Cuidando-se de matéria de ordem pública, a multa moratória é de ser minorada, *ex officio*, de 10 para 2% do saldo devedor, de sorte a amoldar-se ao § 1º do art. 52 do Estatuto do Consumidor (...)”.

2) Apelação Cível n. 98.010361-4, de Palmitos, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Quarta Câmara Civil, j. 19/11/98:

“Embargos do devedor. Contrato abertura de crédito fixo. (...) Multa contratual. Não incidência sobre os juros moratórios. Limitação a 2%. Aplicação de ofício do art. 52, § 1º, do CDC (...)”.

“Cláusula penal. Multa contratual. Limitação em 2%. Cuidando-se de matéria de ordem pública, a multa moratória é de ser minorada, *ex officio*, de 10 para 2% do saldo devedor, de sorte a amoldar-se ao § 1º do art. 52 do Estatuto do Consumidor (...)”.

Não se cogita de descumprimento das disposições do art. 6º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil e do art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição da República, pois não há falar em *direito adquirido* ou *ato jurídico perfeito* apenas porque o contrato prevê a multa em 10% sobre o saldo devedor.

Ocorre que Celso Ribeiro Bastos em *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. II (Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra Martins), São Paulo: Saraiva, 1989, pág. 197, esclarece que a rigor o *ato jurídico perfeito* está compreendido na idéia do *direito adquirido*, de maneira que “não se pode conceber um direito adquirido que não

advenha de um ato jurídico perfeito”. Assim o constituinte quis imunizar o *ato jurídico perfeito* contra as oscilações de forma aportadas pela lei.

Observa-se que os dispositivos epigrafados referem-se à aplicação da lei no tempo. O *ato jurídico perfeito* é aquele que se encontra bem acabado quanto aos elementos de sua formação e apenas aguarda o instante virtual ou potencial para vir a produzir seus efeitos.

Ocorre que não se pode considerar prevalente a cláusula contratual que trata da multa contratual como protegida pelo disposto no art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição da República —, se as *normas* do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), a teor de seu art. 1º, são de ordem pública e interesse social.

Além disso não se deve olvidar o comando da norma contida no art. 170 da Constituição da República: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V — defesa do consumidor”.

José Joaquim Gomes Canotilho em *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1998, pág. 1.099, explica que para a compreensão da Constituição como um sistema interno de princípios e regras constitucionais, há entender a sua articulação a partir de *princípios estruturantes fundamentais* que se assentam em *subprincípios e regras constitucionais* concretizados daqueles princípios estruturantes. Isto quer dizer que “a constituição é

formada por regras e princípios de diferente grau de concretização (= diferente densidade semântica)”. E esclarece que os princípios designados por *princípios estruturantes* são “constitutivos e indicativos das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. São, por assim dizer, as traves mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico político”.

Assim, considerando que o sistema constitucional está ordenado por meio de princípios e regras que obedecem a uma ordem decrescente de abstratividade, conclui-se que todas as normas constitucionais se destinam a materializar os *princípios estruturantes*, que representam os autênticos e mais relevantes objetivos da Constituição.

Por outro lado, é possível afirmar que na Constituição da República Federativa do Brasil são princípios estruturantes aqueles contidos no *caput* do art. 1º da referendada Magna Carta — a) da República, b) da Democracia e c) do Estado de Direito e mais os princípios da soberania (art. 1º, inc. I), da cidadania (art. 1º, inc. II), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, inc. IV) e do pluralismo político (art. 1º, inc. V).

Estes *princípios estruturantes* são, segundo Gomes Canotilho, princípios abertos; constituem e indicam as idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional e ratificam as intenções contidas no preâmbulo da carta política.

Ora, a norma constitucional do art. 170, inc. V (*defesa do consumidor*), conforme a teoria de Gomes Canotilho, destina-se a materializar ou a

densificar os *princípios estruturantes* da cidadania (CF, art. 1º, inc. II), da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III), dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CF, art. 1º, inc. IV).

Mesmo que haja conflito de normas constitucionais, ambas precizadoras de direitos e garantias fundamentais, aplica-se nesse caso o princípio da proporcionalidade ou da ponderação de valores, para afirmar aquela norma que contenha maior carga de fundamentalidade.

No caso concreto, está-se diante do confronto entre a norma do art. 5º, inc. XXVI, que trata da segurança contratual — que densifica o princípio estruturante do Estado de Direito e a norma do art. 170, inc. V, que concretiza os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Assim, na hipótese, considerando que o interesse social deve prevalecer em confronto com o princípio da segurança contratual, de cunho privado, ratifica-se a preferência pela

aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Observa-se, pois, que no caso *sub examine* deve prevalecer a disposição do art. 52, § 1º, da Lei n. 8.078/1990, inexistindo desrespeito ao disposto no art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição da República, mas afirmação de outras normas fundamentais da Carta Magna, que com a primeira coexistem.

VIII. Os autores foram vencedores em todas as teses ventiladas. Em consequência, os honorários advocatícios fixados na sentença devem ser mantidos.

Isso posto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cercato Padilha.

Florianópolis, 27 de setembro de 2001.

*Pedro Manoel Abreu,*

*Presidente com voto;*

*Nelson Schaefer Martins,*

*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 00.011057-4, DE ARARANGUÁ**

**Relator: Des. Nelson Schaefer Martins**

*Embargos de terceiro. Imóveis penhorados. Insolvência não demonstrada. Fraude à execução não caracterizada. CPC, artigo 593, incisos I e II. Recurso provido.*

*São requisitos para a caracterização da fraude à execução: a) existência de demanda do credor contra o devedor (alienante) anterior à transferência dos bens; b) capacidade de essa demanda reduzir o devedor à condição de insolvente; c) inexistência de outros bens que possam satisfazer a obrigação; d) ocorrência de prejuízo*

*ou dano pelo credor diante do fato da alienação; e) insolvência do devedor pelo fato da alienação dos bens a terceiros.*

*Embora a alienação dos bens pelo devedor se dê após a propositura da ação de execução, se não está demonstrado pelo credor que o alienante não possui outros bens para garantia da obrigação, não se configura a fraude à execução.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.011057-4, da comarca de Araranguá (2ª Vara), em que é apelante Imobiliária Village Dunas Ltda. e apelado Antônio Carlos Bianchi da Rosa:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas de lei.

Perante o Juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Araranguá, Imobiliária Village Dunas Ltda. promoveu embargos de terceiro em face de Antônio Carlos Bianchi da Rosa.

Alegou que é possuidora e proprietária dos imóveis matriculados sob os ns. 27.739, 27.740 e 27.741 adquiridos do executado Pedrinho Possamai Della em 6/3/1989, pelo do contrato particular de compra e venda registrado em 2/1/1991.

O embargado respondeu. A sentença julgou improcedentes os embargos para: I) reconhecer a fraude à execução na alienação dos imóveis; II) declarar a ineficácia do ato em relação ao credor; III) determinar o cancelamento do registro da alienação fraudulenta e IV) manter a penhora em favor do exequente.

Irresignada, a embargante apelou tempestivamente sob os se-

guintes argumentos: a) adquiriu os imóveis de boa-fé e sem nenhuma restrição ou ônus em 6/3/1989 com averbação no Cartório de Registro de Imóveis em 2/1/1991; b) a penhora formalizada em 24/8/1998 deve ser declarada insubsistente, pois, além da ausência de má-fé por parte da apelante, não há fraude à execução eis que não está comprovada a inexistência de outros bens do devedor para garantia do pagamento; c) a apelante não é parte na ação de execução; d) a penhora pode recair apenas em bens pertencentes ao executado, e somente após a constatação da inexistência de bens suficientes é que eventualmente se poderia cogitar de fraude à execução.

O recurso foi preparado e contra-arrazoado.

Os autos ascenderam a esta Corte Estadual de Justiça.

É o relatório.

Constata-se que o executado Pedrinho Possamai Della foi citado em 4/10/1988 (fls. 12/v., execução) e o mandado respectivo foi juntado aos autos em 21/10/1988 (fls. 11/v., execução).

Foram penhorados os imóveis relacionados na inicial dos embargos: lotes ns. 1 a 32, da quadra n. 22; lotes ns. 1 a 32 da quadra n. 23; e lotes ns. 1 a 32 da quadra n. 24 (auto de penho-

ra e depósito datado de 24/8/1998, fl. 67, execução).

Segundo a embargante, esta adquiriu os imóveis do executado, em 6/3/1989, pelo contrato particular de compromisso de compra e venda (fl. 2, embargos).

Extrai-se de certidões expedidas pelo Cartório de Registro de Imóveis da comarca de Sombrio que os respectivos contratos de promessa de compra e venda estão datados de 6/3/1989 (fls. 8/v., 9/v. e 10/v.). A citação do executado deu-se em data anterior.

Contudo, não está demonstrado nos autos de que ao tempo das alienações dos lotes em 6/3/1989 respondesse o devedor Pedrinho Possamai Della por ação fundada em direito real ou por demanda capaz de reduzi-lo à insolvência (CPC, art. 593, incs. I e II).

Caracteriza-se a fraude à execução nas hipóteses do art. 593 e incisos do CPC:

“Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens: I — quando sobre eles pender ação fundada em direito real; II — quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência; III — nos demais casos expressos em lei”.

Não há comprovação ou mesmo alegação nos autos de embargos de terceiro que o executado não disponha de outros bens penhoráveis.

A propósito, traz-se à colação precedente do colendo Superior Tribunal de Justiça em REsp n. 20.778-6—SP, 4ª Turma, rel. Min. Sál-

vio de Figueiredo, j. 26/9/94, DJU 31/10/94, pág. 29.500:

“I. A caracterização da fraude de execução prevista no inciso II do art. 593, CPC, ressalvadas as hipóteses de constrição legal, reclama a concorrência de dois pressupostos, a saber, uma ação em curso (seja executiva, seja condenatória), com citação válida, e o estado de insolvência a que, em virtude da alienação ou oneração, conduzido o devedor.

“II. Não evidenciado qualquer desses requisitos, descabe cogitar do reconhecimento dessa referida modalidade de fraude.

“III. A demonstração do pressuposto da insolvência é dispensável para a caracterização de outras hipóteses de fraude de execução, a saber, a contemplada no inciso I do mesmo dispositivo e as de oneração ou alienação do bem sob constrição judicial” (reproduzido em Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 31ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, pág. 646, art. 593: 31).

Portanto, se a alienação é realizada quando pendente ação cognitiva ou de execução, capaz de alterar o patrimônio do devedor reduzindo-o à insolvência, caracteriza-se a fraude à execução. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal:

“Fraude à execução. Não há cuidar, na espécie da boa ou má-fé do adquirente do bem do devedor, para figurar a fraude. Basta a certeza de que, ao tempo da alienação, já corria demanda capaz de alterar-lhe o patrimônio, reduzindo-o à insolvência. Proposta a execução, desnecessária a inscrição da penhora para a ineficácia



de venda posteriormente feita, sendo suficiente o desrespeito a ela por parte do executado” (in RTJ 123/349).

A propósito, colhe-se da lição de Moacyr Amaral Santos, em *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, vol. III, 13ª ed., São Paulo, Saraiva, 1993, pág. 255:

“A fraude à execução tem por pressuposto que, ao tempo da alienação ou da oneração, se tenha iniciado o processo condenatório ou executório contra o devedor. A alienação, ou a oneração, se destina a fraudar a execução, iniciada, ou em perspectiva de o ser pela existência de uma ação em Juízo. O intuito do alienante de prejudicar o credor é manifesto, evidente, donde independer a fraude à execução de prova do *consilium fraudis*, que se presume. Na fraude de execução a fraude está *in re ipsa*”.

Portanto, para que no caso concreto se caracterizasse a fraude à execução, teria o apelado que demonstrar que ao tempo das alienações corria demanda capaz de alterar-lhe o patrimônio, reduzindo-o à insolvência.

Colaciona-se o magistério de Alcides de Mendonça Lima em seus *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VI, tomo II, Rio de Janeiro, Forense, 1974, a propósito da fraude de execução:

“Já existe ação em juízo do devedor contra o credor, exigindo o cumprimento de uma obrigação insatisfeita” e “é matéria regulada pelo direito público, ou seja, o processual, porque, invocada a prestação jurisdicional, o Estado passou a ter interesse em que, havendo condenação, a execução se efetive, em nome de seu

próprio prestígio e de sua própria autoridade” (op. cit., págs. 494/495).

Logo, “enquanto não houver ação em juízo, poderá haver ‘fraude contra credores’, com os ônus decorrentes para o credor de provar a malícia do terceiro que participou do ato com o devedor, mas não ‘fraude de execução’. Desde que haja ação, não importa se a mesma se rege pelo processo de conhecimento ou pelo processo executivo: desde a propositura, a alienação ou a oneração pelo devedor determinarão a ‘fraude de execução’, se a hipótese enquadrar-se num dos incisos deste artigo (593)” (op. cit., pág. 500).

“(…) A alienação e a oneração, por si sós, podem não configurar ‘fraude de execução’, se o credor encontrar outros bens com os quais a obrigação possa ser satisfeita. É necessário, assim, que se opere a conjugação do dano e da fraude. Ainda que tenha havido a intenção de fraudar, mas o dano não ocorreu, o credor não sofreu prejuízo algum. Mas se houve o dano, nos casos deste dispositivo (art. 593, II), é porque houve fraude, que se presume” (op. cit., págs. 501/502).

“(…) A simples propositura da ação, por si só, não gera a fraude, pois a mesma somente se configurará se houver dano, prejuízo, decorrente da insolvência a que chegou o devedor com a alienação ou oneração de seus bens” (op. cit., pág. 507).

Da autorizada lição transcrita surgem como requisitos para a caracterização da fraude de execução os seguintes:

a) existência de demanda do credor contra o devedor (alienante)



anterior à transferência dos bens; b) capacidade de essa demanda reduzir o devedor à condição de insolvente; c) inexistência de outros bens que possam satisfazer a obrigação; d) ocorrência de prejuízo ou dano pelo credor diante do fato da alienação; e) insolvência do devedor pelo fato da alienação dos bens a terceiros.

Conclui-se todavia que embora a alienação dos bens pelo devedor tenha-se dado após a propositura da ação de execução, não está demonstrado que o alienante não possua outros bens para garantia da obrigação.

Acrescente-se que o ônus da prova da insolvência do devedor é do credor. A respeito, a lição de Humberto Theodoro Júnior em *Curso de direito processual civil*, vol. II, 14ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992, págs. 110/111:

“(…) Não havendo a prévia sujeição do objeto à execução, para configurar-se a fraude deverá o credor demonstrar o *eventus damni*, isto é, a insolvência do devedor decorren-

te da alienação ou oneração. Esta decorrerá normalmente da inexistência de outros bens penhoráveis ou da insuficiência dos encontrados. Observe-se que a insolvência não deve decorrer obrigatoriamente da demanda pendente, mas sim do ato de disposição praticado pelo devedor. Não importa a natureza da ação em curso (pessoal ou real, de condenação ou de execução)”.

Isso posto, dá-se provimento ao recurso, invertidos os ônus da sucumbência.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu, e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cercato Padilha.

Florianópolis, 8 de novembro de 2001.

*Trindade dos Santos,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Nelson Schaefer Martins,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 01.012574-9, DE TIJUCAS**

**Relator designado: Nelson Schaefer Martins**

*Embargos de terceiros. Advogado. Ausência do instrumento de mandato. Defeito sanável. Possibilidade de regularização da representação postulatória. Inteligência dos arts. 13, inc. I, e 37 e seu parágrafo único do CPC. Princípios da instrumentalidade e do aproveitamento dos atos praticados. Precedentes do STJ e do TJSC. Preliminar afastada.*

*A falta de instrumento de mandato constitui defeito sanável de maneira que para a regularização da representação postulatória da embargante aplica-se o disposto no art. 13, inciso I, do CPC.*

*O art. 13 do CPC propicia solução satisfatória para todos os tipos de defeitos de representação, inclusive para a representação postulatória privativa do advogado. Se este não traz desde logo aos autos a procuração, dispõe do prazo de quinze dias para fazê-lo, alegando urgência. Se isso não argüir, o juiz deve fixar o prazo determinando que a falta seja suprida.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 01.012574-9 da comarca de Tijucas, em que é apelante Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A. — Banrisul e apelados Mário Hercílio Dadam, Maria de Lourdes Orsi Dadam, João Dadam Sobrinho e Neiva Teresinha Valle Dadam:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por maioria de votos, rejeitar a preliminar argüida de ofício pelo Relator.

Custas de lei.

Perante o Juízo da comarca de Tijucas, Mário Hercílio Dadam, Maria de Lourdes Orsi Dadam, João Dadam Sobrinho e Neiva Teresinha Valle Dadam promoveram embargos de terceiros em face do Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A. — Banrisul.

O embargado contestou.

A sentença julgou procedentes os embargos e excluiu os imóveis da constrição.

Irresignado o embargado apelou tempestivamente requerendo a anulação ou a reforma do *decisum*.

O recurso foi preparado e contra-arrazoado.

Os autos ascenderam a esta Corte Estadual de Justiça.

Em sessão de julgamento, o eminente Desembargador Relator votou pelo não conhecimento do recurso

ante a ausência de procuração do advogado que o subscreveu, tese argüida de ofício.

É o relatório.

Constata-se que a contestação e as razões de apelação foram assinadas pelo advogado Dr. Djalma Goss Sobrinho (fls. 20/23 e 32/38). Porém, não se encontra nos autos procuração outorgada ao advogado apontado.

O procurador do banco embargado não requereu abertura de prazo para a juntada do instrumento de mandato na apresentação de contestação ou na interposição da apelação.

No entanto, não deve ser acolhida a preliminar de ausência de pressuposto processual relativo à ausência de instrumento de procuração argüida de ofício pelo Relator.

O colendo Superior Tribunal de Justiça vem decidindo no sentido de que a falta de instrumento de mandato constitui defeito sanável de maneira que para a regularização da representação postulatória aplica-se o disposto no art. 13, inciso I, do CPC. Nessa direção, REsp n. 50.538-0/RS, rel. Ministro Costa Leite, Corte Especial do STJ, j. 10/11/1994, em RSTJ 68/384.

Argumenta-se que há três espécies de representação processual: (a) a representação legal, dos incapazes e das pessoas jurídicas; (b) a representação voluntária ou conven-

cional (Código Civil, art. 1.288) e (c) a representação postulatória.

Segundo o acórdão referido (REsp n. 50.538-0/RS), o art. 13 do CPC propicia solução satisfatória para todos os tipos de defeitos de representação, inclusive a postulatória privativa do advogado.

Por conseguinte, se este não traz desde logo aos autos a procuração, dispõe do prazo de quinze dias para fazê-lo, alegando urgência. Se isso não argüir, o juiz deve fixar o prazo, determinando que a falta seja suprida.

Ora, se quando falta documento tido como indispensável à propositura da ação concede-se prazo para a parte autora nos termos dos arts. 283 e 284 do CPC, com igual razão deve-se deferir termo para que a parte apresente o instrumento de procuração.

Na mesma direção REsp n. 1.561/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, 4ª Turma do STJ, j. 11/12/89, DJU 5/2/90, RT 659/183:

“Processo — Representação processual — Irregularidade — Nulidade sanável — Impossibilidade de reconhecimento sem que antes assinem o juiz prazo razoável ao interessado para suprimento da omissão — Inteligência do art. 13, c/c os arts. 37 e 254 do CPC.

“Ementa oficial: Processo civil. Mandato. Suprimento. Oportunidade.

“1. Em face da sistemática vigente (CPC, art. 13), o juiz não deve extinguir o processo por defeito de representação antes de ensejar à parte suprir a irregularidade.

“2. O atual Código de Processo Civil prestigia o sistema que se orienta no sentido de aproveitar ao má-

ximo os atos processuais, regularizando sempre que possível as nulidades sanáveis”.

Esta Corte Estadual de Justiça decidiu na mesma direção em Apelação Cível n. 97.008110-3, de Lages, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Quarta Câmara Civil, j. 17/5/2001; Apelação Cível n. 98.013509-5, de Criciúma, rel. Des. João José Schaefer, Quarta Câmara Civil, j. 4/2/1999 e Apelação Cível n. 36.242, de Ituporanga, rel. Des. Amaral e Silva, Terceira Câmara Civil, j. 12/11/1991, DJSC n. 8.389, pág. 12, de 2/12/91.

Por outro lado, e apenas para argumentar, recorde-se da redação do art. 9º, § 3º, da Lei n. 9.099 de 26/9/95 que admite a outorga de poderes por meio de mandato verbal ao advogado.

Logo, em homenagem aos princípios da instrumentalidade e do aproveitamento dos atos processuais, e adotando-se o método de interpretação sistemática, tem-se que é possível a composição das regras dos arts. 13, inciso I, e 37 e seu parágrafo único do estatuto processual.

Assim, intime-se o advogado que firmou o recurso de apelação para no prazo de 10 dias apresentar o instrumento de mandato. Cumprida a diligência, dê-se prosseguimento ao exame do apelo.

Isso posto, rejeita-se a preliminar argüida de ofício pelo honrado Desembargador Relator.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cernato Padilha, e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos.

Florianópolis, 27 de setembro de 2001.

*Pedro Manoel Abreu,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Nelson Schaefer Martins,*  
*Relator.*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos:

Em contraposição ao entendimento da douta maioria, restei vencido, porquanto, no meu entender, o recurso em tela não estava a merecer conhecimento.

Ocorre que o procurador do insurgente que firmou a peça interposicional apelatória não está municiado com o necessário instrumento procuratório que o legitime a, em nome do apelante, residir em juízo, afrontando, dessa forma, o art. 37 do *Codex Instrumental Civil*.

Em momento algum, como resai dos autos, o recorrente outorgou poderes ao advogado signatário do apelo interposto — Dr. Djalma Goss Sobrinho — para representá-lo em juízo nos autos dos embargos de terceiro interpostos, e insurgir-se contra a sentença que lhe foi adversa.

E não carregou o mesmo procurador aos autos, no prazo de quinze dias, como é de lei, o respectivo instrumento de procuração que o habilitasse a atuar, no plano judicial, em defesa dos interesses do apelante.

Essa omissão está a gerar o não conhecimento do recurso aqui em epígrafe.

É a orientação que, iterativamente, vem sendo dada pelo eg. Superior Tribunal de Justiça, como bem se constata dos arestos seguintes:

“Advocacia. Instrumento de mandato. Inexistência. 1. Sem instrumento de mandato, o advogado não se encontra habilitado para estar em juízo. 2. É havido por inexistente o recurso assinado por advogado que não apresentou instrumento de mandato. 3. Recurso especial não conhecido” (REsp n. 13.675/SP, rel. Min. Nilson Naves, DJU n. 122, de 23/6/92, pág. 10.316).

“Processual civil. Inexistência de instrumento de mandato de advogado — Art. 37 do CPC.

“I — Diz o art. 37, do CPC, que sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido a postular em juízo e, conseqüentemente, serão tidos como inexistentes todos os atos praticados no processo.

“II — Recurso especial não conhecido” (REsp n. 4.651—SP, rel. Min. Waldemar Zweiter, DJU n. 211, de 5/11/90, pág. 12.430).

Acentuou, outrossim, a mais alta Corte de Justiça do País:

“Recurso — Regularidade de representação processual — Apreciação — Saneamento.

“A regularidade de representação processual consubstancia pressuposto geral de recorribilidade. O exame de tal requisito independe de promoção da parte contrária, de vez que as contra-razões exurgem como faculdade e não ônus processual. Trata-se de matéria sobre a qual o Órgão julgador deve pronunciar-se. Constatada a irregularidade, descabe cogitar da intimação da parte para afastá-la, impondo-se a negativa de seguimento ao recurso” (RE n. 142415-0 (AgRg)—RJ, rel. Min. Marco Aurélio, DJU n. 156, de 14/8/92, pág. 12.229).

Na mesma esteira, este Sodalício tem apontado:

“Não se conhece da apelação interposta por advogado que se faz presente ao feito, sem o instrumento de mandato, pressuposto indispensável à sua legitimidade postulacional, a teor do disposto no artigo 37 do Código de Processo Civil” (ACMS n. 1.623, da Capital, rel. Des. Napoleão Amarante).

“Não se conhece de recurso interposto por advogado que não tinha poderes para representar o recorrente...” (Ap. Cív. n. 19.410, de Lages, rel. Des. Reynaldo Alves).

“Recurso. Ausência de mandato. Não conhecimento.

“São considerados inexistentes os atos praticados por advogado despedido de poderes” (Ap. Cív. n. 38.735, de Mafra, rel. Des. Eder Graf).

“Recurso. Interposição por advogado sem procuração nos autos. Inadmissibilidade. Ato inexistente. Aplicação do art. 37, parágrafo único, do CPC.

“Não se conhece de recurso interposto por advogado sem procuração nos autos” (Ap. Cív. n. 41.277, de Canoinhas, rel. Des. Nestor Silveira).

Perfilhando integralmente os doutos pronunciamentos judicantes transcritos, assim ementamos o acórdão unânime resultante do julgamento, em 13/8/96, da Apelação Cível n. 96.003396-3, da comarca de Criciúma:

“O instrumento de mandato é pressuposto da legitimidade postulacional do causídico que reside em juízo, pretendendo representar uma das partes da relação processual. Sem

esse instrumento, os atos praticados em nome de quem não conferiu poderes para que o advogado procurasse em seu nome serão reputados como inexistentes, a teor do art. 37, parágrafo único, do Código de Processo Civil. *Mutatis mutandis*, não há condições para reconhecer de recurso manejado por procurador a quem não foram outorgados os necessários poderes, e que durante toda a tramitação processual na instância *a quo* não exibiu o indispensável instrumento”.

E reiteramos no acórdão correspondente à Apelação Cível n. 97.008540-0, da comarca da Capital:

“No plano jurídico, inexistente é o recurso de apelação subscrito por causídico que não comprova, através do indispensável instrumento procuratório, deter os poderes necessários para, em nome da insurgente e representando-a, residir em juízo. Configura-se, nesse contexto, a ilegitimidade postulacional, com o que resta desautorizado o conhecimento do apelo”.

Nem poder-se-ia sustentar que, no caso vertente, cabível seria concessão de prazo à postulante recursal para regularizar a sua representação processual, com a incidência subsidiária, então, do art. 13 do Estatuto Processual Civil.

Transcreva-se, a propósito do tema, o seguinte acórdão da 13ª Câmara Civil do colendo Tribunal de Justiça de São Paulo, do qual foi relator o eminente Des. Marrey Neto:

“Advogado — Ingresso em juízo sem mandato *ex vi* do art. 37 do CPC — Pretendida aplicação subsidiária do art. 13 do mesmo Estatuto de Rito — Inadmissibilidade — Previsões que não se superpõem.

“Os arts. 13 e 37 do CPC não se superpõem. Enquanto o art. 13 prevê representação irregular, alguma, portanto, existindo, insuficiente, o art. 37 se dirige para hipótese diversa, em que nenhuma a representação, obrigando-se o advogado comprová-la existente dentro do prazo de 15 dias” (RT 709/87).

Em conclusão, pois: os atos praticados por procurador sem o necessário instrumento de mandato inexistem juridicamente.

É a lição do ilustrado Celso Agrícola Barbi, quando observa:

“A falta de apresentação de instrumento de mandato no prazo faz

com que os atos praticados pelo advogado sejam considerados não ratificados e havidos por inexistente juridicamente, isto é, sem valor jurídico” (Comentários ao Código de Processo Civil, Rio, Forense, 1993, 8ª ed., vol. I, pág. 143).

E, inexistente o ato praticado, ou seja, o recurso, dele não se pode conhecer.

São as expostas razões que me levaram a divergir da douta maioria

Florianópolis, 17 de dezembro de 2001.

*Trindade dos Santos*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 99.002561-6, DE CRICIÚMA**

**Relator: Des. José Volpato de Souza**

*Apelação cível — Prova pericial — Nulidade da sentença em razão da ausência da intimação das partes para apresentação de quesitos e assistentes técnicos — Inocorrência — Intimação efetivada — Indeferimento do pedido para a realização de nova perícia — Desnecessidade — Recurso desprovido.*

*“O juiz é o destinatário da prova, cabendo-lhe sua apreciação e valorização de forma livre, indicando na decisão os motivos formadores de seu convencimento” (Apelação Cível n. 97.005457-2, de Itajaí, rel. Des. Carlos Prudêncio).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.002561-6, da comarca de Criciúma (2ª Vara), em que é apelante Coplavem Seguros S.A., Sucessora de Montiprevi S.A. Sociedade Previdenciária, sendo apelado Adílio Antônio de Carvalho:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, pelo conhecimento e desprovido do recurso.

Custas na forma da lei.



## I — Relatório

Adilio Antônio de Carvalho inter pôs ação declaratória em face de Montiprevi S.A. Sociedade Previdenciária, pretendendo receber o pagamento das parcelas mensais e vitalícias devidamente corrigidas, em decorrência de contrato firmado com a ré. Argüiu, para tanto, ter aderido ao contrato do grupo denominado II-A, cuja mensalidade seria de Cr\$ 75,00 e que concederia a ele o direito de receber, após 10 anos de contribuição, a importância de Cr\$ 1.113,75 e, após 15 anos de contribuição, Cr\$ 5.093,37. Alegou mais que, por ocasião de sua aposentadoria, já com 183 parcelas quitadas, a ré deixou de adimplir o contrato firmado, tendo remetido o valor de Cr\$ 114,00 para fins de resgate das contribuições saldadas.

A ré foi citada e apresentou a contestação (fls. 39/40). Não tendo encaminhado o pedido dentro do prazo, a contestação foi desentranhada e devolvida à parte mediante recibo (fls. 97 e 98/99).

Houve réplica (fls. 79/82).

As partes foram intimadas para especificar as provas que pretendiam produzir (fls. 85/89), sendo que o autor não requereu a produção de qualquer prova e a ré pugnou pela produção de prova pericial (fls. 90/92).

A ré foi intimada para definir qual a modalidade de prova pericial que pretendia produzir (fls. 93/95). Comparecendo aos autos (fl. 96), reiterou o pedido de realização de prova pericial por profissional indicado por órgão de classe.

Realizada a perícia judicial (fls. 118/122), as partes foram novamente intimadas, agora para manifesta-

rem-se sobre o laudo pericial apresentado (fl. 131).

Na audiência de instrução e julgamento realizada (fl. 144), a ré rogou pela produção de perícia autoral, o que foi indeferido.

Apresentadas as alegações finais por memoriais, o MM. Juiz de primeiro grau julgou procedente o pedido, declarando o direito do autor à aposentadoria vitalícia e condições contratadas no prazo de 10 anos, condenando a ré ao pagamento dos valores em atraso, bem como ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 15% sobre o valor da condenação (fls.184/192).

Irresignada, a ré apelou, afirmando que requereu perícia de caráter autoral pois pretendia provar que os valores ofertados por ela correspondiam ao direito do autor, o que não foi deferido. Aduziu que ocorreram inúmeros vícios no andamento processual, o que causaria a nulidade da sentença. Alegou que o perito nomeado não possuía qualificação autoral; que não foi intimada para oferecer quesitos, nem indicar assistente técnico; que não houve intimação para pronunciar-se sobre a perícia realizada; e que apenas se deu conta dessas irregularidades por ocasião da sua intimação para o comparecimento na audiência de instrução e julgamento. Por derradeiro, reclama pelo provimento do recurso (fls. 199/207).

Não houve contra-razões (fl. 214).



## II — Voto

O conteúdo da postulação há de ser apreciado ante a presença dos requisitos de admissibilidade recursal.

Cuida-se de apelação cível em que a recorrente aspira à anulação da sentença de primeiro grau em razão da ocorrência de vícios que considera insanáveis. Relatou, inicialmente, que o perito nomeado não possuía qualificação autoral, mesmo sendo requerida a perícia para essa finalidade. Fez extensas considerações sobre a ausência de intimação para oportunizar o oferecimento de quesitos, a serem respondidos pelo *expert* judicial, bem como para indicar assistente técnico. Por fim, ressaltou que não foi intimada para manifestar-se sobre a perícia realizada e que apenas se deu conta das inúmeras irregularidades ocorridas por ocasião da sua intimação para o comparecimento na audiência de instrução e julgamento.

Compulsando os autos, tem-se que a pretensão da ré/apelante não está a merecer o mínimo respaldo.

O Togado de primeiro grau determinou a intimação das partes para especificarem as provas que pretendiam produzir (fl.85). Intimadas por ofício encaminhado com aviso de recebimento (fls. 86/89), as partes compareceram aos autos, sendo que o autor/apelado não requereu a produção de nenhuma prova (fl. 90), e a ré/apelante pleiteou a “produção de prova pericial, além das provas orais previstas na legislação processual” (fl. 92).

A parte ré foi novamente instada a manifestar-se para esclarecer a modalidade de perícia que pretendia ver produzida (fls. 93/95), ensejo em

que reiterou o pedido de realização de “prova pericial e, ainda, que o profissional seja indicado por órgão de classe, ou finalmente que a perícia seja feita pela própria Susep a pedido deste juízo” (fl. 96).

Deferida a prova pericial requerida e nomeada a *expert* pelo Juízo, houve nova intimação das partes “para os fins do art. 421 do CPC” (fls. 104/107 verso).

Dispõe o art. 421 do Pergaminho Instrumental:

“Art. 421 — O juiz nomeará o perito, fixando de imediato o prazo para a entrega do laudo.

“§1º Incumbe às partes, dentro em 5 (cinco) dias, contados da intimação do despacho de nomeação do perito:

“I — *indicar assistente técnico*;

“II — *apresentar quesitos*” (grifei).

Desse breve e necessário prelúdio depreende-se que os argumentos despendidos pela ré/apelante não possuem o menor fundamento. Mesmo sendo revel (fl. 97), a ré/apelante foi devidamente intimada (AR) para todos os atos processuais, inclusive inerentes à instrução, incluindo nessa fase processual a perícia contábil realizada (fls. 119/122).

Após a realização da referida perícia, inúmeras vezes a ré/apelante foi intimada para realizar atos processuais (efetuar o depósito dos honorários periciais — fls. 132/133, comparecer na audiência de instrução e julgamento — fls. 137/143), e em nenhuma dessas ocasiões insurgiu-se contra a prova técnica. Tão-somente na audiência pugnou

pela realização de perícia de caráter autorial, que foi indeferida, por ser, segundo o entendimento do Magistrado *a quo*, requerida a destempe (fl. 144). Dessa decisão, proferida em audiência, não houve recurso.

É certo também que caberia à apelante, quando da celebração do contrato, dizer de maneira clara e precisa a forma como o autor/apelado iria receber o dinheiro objeto do investimento. Diga-se de passagem que a discussão no presente feito é saber se a devolução do dinheiro está sendo feita com base no documento de fl. 9.

A apelante, como pode ser observado pelos elementos constantes dos autos, não apresentou qualquer cálculo no sentido de demonstrar o valor/salário que deverá ser pago ao autor/apelado.

A ré/apelante foi declarada revel por decisão irrecorrida (fls. 97 e 102 verso). Mas, a critério de entendimento jurisprudencial, a parte revel foi intimada, por seu procurador, após a sua habilitação nos autos, para participar dos principais atos processuais intercorrentes (RSTJ 26/452, 32/445, 50/352, e RT 493/113, 591/187, 599/74, *in* Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Theotonio Negrão, 31ª ed., Saraiva, 2000, pág. 387). Demais disso, examinando acuradamente os autos, percebe-se que os princípios da ampla defesa e do contraditório nortearam o presente feito do início ao fim, não havendo nenhum dos vícios apontados pela apelante.

Não obstante, o fato de o magistrado conduzir o processo, disciplinando-o para que haja brevidade

processual e igualdade entre as partes, não constitui cerceamento de defesa nem vício processual.

Mesmo cabendo às partes a produção de provas (CPC, art. 333), o juiz é que deve verificar a conveniência, selecionando quais as indispensáveis para a instrução e julgamento da lide.

É da jurisprudência:

“A livre apreciação da prova desde que a decisão seja fundamentada, considerada a lei e os elementos existentes nos autos, é um dos cânones do nosso sistema processual” (STJ — 4ª Turma, REsp n. 7.780/SP, Min. Sálvio Figueiredo, j. 3/12/91).

“O juiz é o destinatário da prova, cabendo-lhe sua apreciação e valorização de forma livre, indicando na decisão os motivos formadores de seu convencimento” (Apelação Cível n. 97.005457-2, de Itajaí, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Assim, não vislumbrando nenhum dos defeitos indigitados pela apelante, e não tendo ela atacado o conteúdo de mérito do julgamento proferido, o recurso deve ser desprovido e a sentença mantida por seus próprios fundamentos.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, conhece-se do recurso para negar-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 16 de abril de 2002.

*Carlos Prudêncio,  
Presidente, com voto;  
José Volpato de Souza,  
Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 01.014197-3, DE SÃO MIGUEL DO OESTE**

**Relator: Des. José Volpato de Souza**

*Apelação cível — Execução com base em título extrajudicial — Exceção de pré-executividade — Carência de ação — Inocorrência — Prosseguimento da execução — Recurso provido.*

*A execução aparelhada com contrato de confissão de dívida e notas promissórias a eles vinculadas não pode ser extinta sob o argumento de que não foi subscrito por testemunhas. A execução, em casos dessa natureza, deve prosseguir em relação às notas promissórias.*

*É mister ressaltar que o excesso de formalismo não deve figurar como óbice à garantia do direito material pleiteado em juízo.*

*“Fala-se muito em interesse público na preservação do rito, do due process of law, como um valor absoluto e abstrato, para justificar as devastações concretas que a injustiça de um decreto de nulidade, de uma falsa preclusão, da frieza de uma presunção processual desumana, causam à parte inerte. Não. Não é isto fazer justiça. Não é para isto que existe o processo” (Galeno Lacerda, Desembargador do TJRS).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 01.014197-3, da comarca de São Miguel do Oeste (2ª Vara), em que é apelante Ubaldo Maldaner, sendo apelados Édio Jacó Maldaner e Ivanete Maldaner:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso para dar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

### **I — Relatório**

Ubaldo Maldaner interpôs recurso de apelação objetivando a reforma da sentença proferida pelo Juízo a quo na ação de execução proposta contra Édio Jacó Maldaner e Ivanete Maldaner, ora apelados, que acolheu a exceção de pré-executividade e extinguiu o presente feito baseado na nulidade da execução por ausência de título hábil.

Alega que a decisão contraria as provas presentes nos autos, tendo em vista a juntada das notas promissórias originais, que, por serem dotadas de autonomia, mostrar-se-iam hábeis a prosseguir a execução. Relata que, citados os apelados, estes não efetuaram o pagamento, não houve oferta de bens, tampouco realizou-se penhora. Argumenta ainda que a execução deve prosseguir em relação às promissórias, posto que não é facultado aos avalistas discussão acerca da *causa debendi*. Pugna pelo provimento do recurso e conseqüente reforma da sentença.

Os apelados apresentaram contra-razões aduzindo correta a decisão proferida pelo douto Magistrado que não reconheceu como título executivo a confissão de dívida acostada aos autos, por tratar-se de cópia e não possuir assinatura de duas testemunhas. Afirmam que não há possibilidade de admitir como título executivo o documento juntado aos autos, sob pena de negar vigência ao disposto no inciso II do art. 585 do Código Buzaid. Não obstante, sustentam que sua defesa foi demonstrada pela exceção de pré-executividade, na medida em que o título apresentado não atendia aos requisitos essenciais à propositura da ação de execução.

## II — Voto

Inicialmente, cumpre salientar que a exceção de pré-executividade mostra-se adequada para alegar a nulidade de título executivo e não exige prazo, nem forma ou procedimento especial.

A respeito da possibilidade de arguição de exceção de pré-executi-

dade, oportuno o ensinamento de Leonardo Greco:

“Como instrumento da plenitude de defesa, a exceção de pré-executividade pode argüir tanto matérias de ordem pública, quanto nulidades relativas a exceções substanciais que dependem de argüição da parte, como a prescrição; pode ser oferecida antes dos embargos ou depois destes (sobre matérias por estes não preclusas) e, assim, o seu campo de atuação tende a cada vez mais alargar-se, preenchendo todos os vazios defensivos abertos pela disciplina insatisfatória dos embargos” (Greco, Leonardo. O Processo de Execução, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, vol II, pág. 626).

No caso em tela, observo que os apelados embasaram a exceção de pré-executividade na nulidade da execução, já que o referido título executivo apresentado com instrumento de confissão de dívida não estava subscrito por duas testemunhas. A respeito da matéria, devemos nos reportar ao art. 585 do Cãnone Processual Civil, que dispõe acerca dos títulos executivos extrajudiciais, apresentando entre eles o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas. Destarte, a lei é clara ao estabelecer a exigência da assinatura das testemunhas para que se aperfeiçoe a liquidez e exigibilidade do título e, conseqüentemente, que o referido título possa instruir a execução.

No que concerne às notas promissórias acostadas aos autos pelos apelantes, observa-se que são provenientes do termo de confissão de dívida e possuem o condão de autorizar o prosseguimento da execução. É certo

que os referidos títulos originais foram juntados já na fase final do feito, a *contrario sensu* do que dispõe o art. 283 do *Codex Processual*.

Entretanto, é mister ressaltar que o excesso de formalismo não deve figurar como óbice à garantia do direito material pleiteado em juízo.

Nesse sentido, são valorosas as palavras do ínclito processualista Galeno Lacerda, então Desembargador do egrégio Tribunal de Justiça gaúcho, no encerramento do Congresso Brasileiro de Direito Processual Civil realizado em Porto Alegre, em 15/7/83, ao ensejo dos dez anos de vigência do Código de Processo Civil, de cuja conferência “O Código e o Formalismo Processual” destacamos os seguintes trechos:

“Subverteu-se o meio em fim. Distorceram-se as consciências a tal ponto que se cria fazer justiça, impondo-se a rigidez da forma, sem olhos para os valores humanos em lide. Lavavam-se as mãos sob o escudo frio e impassível da sacralidade do rito (...) Insisto em dizer que o processo, sem o direito material, não é nada. O instrumento, desarticulado do fim, não tem sentido.

“Ou, em outras palavras, a lei que rege a forma deve ser interpretada e aplicada em função do fim. Nesta perspectiva, os malefícios do formalismo no processo resultam, em regra, de defeitos na interpretação da lei processual (...) A esta altura, já se consegue vislumbrar horizontes mais amplos, a sobrepujar o apego formal que pontilha o processo de nulidades, em frustração descabida de sua natureza instrumental, posta para a descoberta e realização do justo.

“Fala-se muito em interesse público na preservação do rito, do *due process of law*, como um valor absoluto e abstrato, para justificar as devastações concretas que a injustiça de um decreto de nulidade, de uma falsa preclusão, da frieza de uma presunção processual desumana, causam à parte inerme. Não. Não é isto fazer justiça. Não é para isto que existe o processo.

“Neste sentido, tratando-se de um Código de processo, o interesse público superior, que o inspira e justifica, é que se preste ele a meio eficaz para definição e realização concreta do direito material. Não há outro interesse público mais alto, para o processo, do que o de cumprir sua destinação de veículo, de instrumento de integração da ordem jurídica mediante a concretização imperativa do direito material (...) O processo deixa de ater-se a um momento estático no tempo, para afeiçoar-se, ao contrário, ao dinamismo e à fluência da vida, a fim de, com olhos voltados à economia das partes e à necessidade de eliminar-se o litígio com presteza, aproveitar o já instaurado para fazer a justiça ulterior ao momento inicial”.

O jurista conclui sua bela e fecunda oração, depois de referir outros aspectos do Código Instrumental, aduzindo:

“E não haverá consolo maior à alma de um Juiz do que tanger o processo com inteligência e sabedoria, para, de suas mãos deslumbradas, ver florir a obra plástica e admirável da criação do justo, do humano, na vida” (Revista da *Ajuris*, vol. 28, pág. 7).

Não obstante, entende o Superior Tribunal de Justiça:

“Processo civil. Direito cambial. Execução. Promissória vinculada a contrato de financiamento. Testemunhas (art. 585, II, CPC). Avalista. *Causa debendi*. Recurso conhecido e parcialmente provido.

“A execução, aparelhada com contrato de financiamento e nota promissória a ele vinculada, deve prosseguir em relação a esta, em não tendo sido o instrumento contratual subscrito por duas testemunhas, circunstância que a descaracteriza como título executivo extrajudicial.

“Não se faculta aos avalistas discutir a *causa debendi* (REsp n. 3.594/SC, 4ª Turma, STJ, Relator Min. Sálvio de Figueiredo).

Diante do exposto, só nos resta o entendimento pelo prosseguimento

da execução em relação às notas promissórias.

Destarte, conheço do apelo para anular a sentença, a fim de que a execução prossiga até o seu final.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por unanimidade, decidem conhecer do recurso para dar-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 24 de abril de 2002.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente com voto;*  
*José Volpato de Souza,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 01.019898-3, DE BIGUAÇU

**Relator: Des. José Volpato de Souza**

*Indenização — Danos causados por construção em imóvel lindeiro — Perícia técnica divergente — Prevalência da perícia oficial — Necessidade da reparação mais ampla e segura para fins de habitação — Lucros cessantes devidos.*

*“Entre dois laudos divergentes, tem maior peso e credibilidade o do perito oficial que aponta estimativa razoável e desinteressada” (JC 60/135).*

*Uma vez confessados os danos pela construtora requerida, conforme descrição do laudo do perito judicial e do assistente técnico daquela, não pairam mais dúvidas do sério comprometimento da estrutura do imóvel, edificado em terreno não propício para as cravações das estacas realizadas no imóvel lindeiro, fazendo-se destarte necessário o orçamento oficial cuja opção prevê a reconstrução do imóvel sem riscos.*

*Faz jus o proprietário de imóvel residencial ou comercial perceber não só os danos emergentes, mas também os lucros cessantes, consistentes no valor dos alugueres que teve de arcar ou deixado de usufruir, em razão da impossibilidade de uso do imóvel, bastando para a sua comprovação a não contestação ante o pedido expresso na inicial, sendo plenamente possível a apuração de ambos em liquidação de sentença.*

*O dano moral deve ser arbitrado levando-se em consideração a situação econômica das partes, a repercussão social do dano e a dor da vítima. Também, deve ser aplicado no sentido de desestimular nova ofensa ao direito do cidadão.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 01.019898-3, da comarca da Biguaçu (1ª Vara), em que são apelantes João Conrado Bizatto e outros, sendo apelados Construtora Castelo Ltda. e João Conrado Bizatto:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, conhecer dos recursos, para dar provimento em parte ao recurso do autor e desproverimento ao recurso da litisdenunciada.

Custas na forma da lei.

### I — Relatório

Trata-se de recurso interposto do *decisum* que julgou parcialmente procedente o pedido de reparação de danos e condenou a requerida ao pagamento por danos morais e materiais corrigidos. Condenou ainda a denunciada à lide ao ressarcimento do valor da condenação, até o limite do contrato de seguro.

O recurso foi recebido nos seus efeitos legais.

O inconformismo do apelante resume-se na fixação de uma justa in-

denização pelos prejuízos causados pela apelada com a construção/edificação de um prédio de apartamentos lindeiro aos imóveis de sua propriedade, compostos de uma residência e uma edícula locada a terceiros.

Aduz que o fato é confessado pelo apelado, que apenas insurge-se contra o valor dos danos materiais avaliados na perícia oficial.

Pugna pela reforma do *decisum* para condenar a apelada ao pagamento da indenização por danos materiais, no valor da demolição e refazimento da obra, além da indenização por danos morais e por lucros cessantes, estes a serem apurados em liquidação de sentença.

A empresa ré, ora apelada, e o denunciado à lide não apresentaram contra-razões (fl. 306).

A seguradora litisdenunciada também apelou pugnando pela reforma parcial do *decisum* porque estaria amparada em laudo pericial inconclusivo e inidôneo, tendo sido elaborado outro laudo técnico, completo e conclusivo, que no entanto não foi considerado.



O recurso foi recebido nos seus efeitos legais.

O autor apelado apresentou contra-razões alegando que a perícia técnica combatida foi subscrita em conjunto pelo perito do Juízo e assistentes técnicos das partes, sendo imparcial e independente, não podendo ser elidida por aquela realizada pela seguradora.

Aduz que os desgastes na obra e a carência de manutenção do imóvel não podem ser evocados para isentar a responsabilidade da requerida. Alega que o Magistrado pôde optar por um dos laudos divergentes, mormente deu preferência por aquele que encontra suporte nas demais provas dos autos.

É o relatório.

## II — Voto

Insurgem-se os apelantes contra a escolha do laudo judicial em detrimento aos apresentados pelos assistentes técnicos, o que não pode ser aceito. Nesse ponto, encontra-se pacificada a seguinte orientação:

“Havendo divergência entre os laudos, prevalecem as conclusões do perito judicial, desde que coerentes e fundamentadas, por isso que o auxiliar do juízo, via de regra, está equidistante dos interesses das partes, presumindo-se verdadeiras suas afirmações” (Ap. Cív. n. 51.910, rel. Des. Amaral e Silva).

E ainda:

“Dissonantes as conclusões técnicas a opção do magistrado há que propender em favor daquelas ditadas pelo perito judicial, inquestionavelmente revestidas de maiores

condições de credibilidade. Ainda mais, quando, por desvinculado completamente das partes, o perito somente está subordinado aos desígnios da lei, ao contrário do ocorrente com os assistentes técnicos que, mormente, após a entrada em vigor da Lei n. 8.455/92, sequer estão sujeitos a compromisso legal ou aos efeitos decorrentes de suspeição ou impedimentos, tornando seus pareceres desvestidos de qualquer comprometimento com as formalidades que lhe conferiram credibilidade” (Ap. Cív. n. 51.146, rel. Des. Trindade dos Santos).

E a final:

“Entre dois laudos divergentes, tem maior peso e credibilidade o do perito oficial que aponta estimativa razoável e desinteressada” (JC 60/135).

Andou bem a r. decisão *a quo*, porquanto o entendimento jurisprudencial predominante, inclusive deste Tribunal, é no sentido de considerar a perícia realizada pelo juízo, em que o perito não tem ligação com os envolvidos, em detrimento daquelas apresentadas pelos assistentes técnicos, quando conflitantes.

Consta da fundamentação da r. sentença recorrida:

“Logo, pelo supra-exposto e ante a emissão de laudos técnicos discrepantes entre o perito judicial e o assistente técnico, designado pela denunciada, toma-se como fundamento para o presente *decisum* o parecer formulado pelo *expert* nomeado por este juízo, por sua insubordinação e independência ante os interesses discutidos no presente litígio.

“Desta forma, adotando-se as conclusões expostas pelo laudo pericial, formulado pelo perito nomeado,

não há como se negar que os danos causados no imóvel do requerente foram eminentemente causados pelas circunstâncias conjunturais, motivadas pelas vibrações na cravação das estacas na obra lindeira promovida pelo requerido, inexistindo argumentação consistente acerca de problemas estruturais no referido imóvel que pudessem ocasionar isoladamente os prejuízos sofridos...

"Diante do exposto, *julgo parcialmente procedente o pedido de reparação de danos* formulado por João Conrado Bizatto, qualificado, ante a *Construtora Castelo Ltda.*, qualificada, para condenar a requerida ao pagamento de indenização, por danos materiais, no valor de R\$ 42.313,17, com correção do índice inflacionário a partir de 25 de setembro de 2000, assim, também, em custas, despesas judiciais e honorários periciais em R\$ 1.500,00. Com correção a partir da data do recolhimento, fl. 101, e honorários advocatícios em 20% do valor da condenação, na forma do art. 20, § 3º, c/c parágrafo único do art. 21, ambos do Código de Processo Civil.

"Concomitantemente condeno a denunciada à lide, Bradesco Seguros S.A., a ressarcir à denunciante verbas principal e acessória, até o limite do Contrato de Seguro firmado, fls. 43/49, acrescido da condenação, tanto quanto buscou esquivar-se da obrigação contratual, moral e legal firmada" (fls. 257/274).

No entanto, observa-se que o perito nomeado pelo Juízo apresentou dois orçamentos, um prevendo um reforço de fundação e o outro propondo e/ou supondo a demolição e reconstrução da edícula.

"Consta expressamente do laudo elaborado pelo Eng<sup>o</sup> Bernardo J. D. Tasso, nomeado perito judicial:

'Trata-se de vistoria em imóvel de alvenaria (dois pavimentos), tendo em vista fissuras e trincas surgidas no mesmo após cravação (estacas) e construção de edifício em terreno vizinho...

'A edificação sofreu um recalque tendo em vista as vibrações com a cravação das estacas (pré-moldadas de concreto) no Edifício Cônego Rodolfo.

'As fissuras observadas e descritas são decorrentes deste recalque. Há necessidade de se fazer um reforço nas fundações da edícula e recuperar a mesma. Apresentamos em anexo dois (2) orçamentos, assim discriminados:

'A) orçamento supondo *reforço de fundação* e reconstrução da edícula nas características observadas; com reaproveitamento de materiais;

'B) orçamento supondo a *demolição* e reconstrução da edícula nas características observadas; com reaproveitamento de materiais' (fls. 108/114)" (grifei).

Verificando-se o orçamento estimativo da letra "A" (fl. 116), este resultaria no valor total de R\$ 42.313,17 (quarenta e dois mil, trezentos e treze reais e dezessete centavos). Já o orçamento apresentado na letra "B" (fl.118) resultaria no total de R\$ 45.496,30 (quarenta e cinco mil, quatrocentos e noventa e seis reais e trinta centavos). Observa-se assim uma diferença não muito expressiva, mas que mesmo para o leigo repercute como a opção mais completa e segura para a reparação dos danos.

O laudo pericial foi contestado e o perito apresentou respostas aos quesitos apresentados pela seguradora.

Consta da resposta ao quesito 11 a seguinte informação:

“O recalque é um fenômeno que está relacionado com o tipo de solo, intensidade das vibrações, acomodações; sendo que demora algum tempo para estabilizar, podendo continuar após o término da cravação das estacas no terreno vizinho. É um fenômeno difícil de precisar um tempo certo, por isso deve-se acompanhar o fenômeno por um certo tempo até a sua estabilização” (fl.161).

E do quesito 13, consta:

“O imóvel apresenta fissuras e trincas provocadas pelo recalque de fundação. Uma vez cessado o processo não há nenhum fator mais que o comprometa, devendo aí ser procedida a reforma ou reconstrução do imóvel”.

E ainda:

“Se não forem tomadas medidas corretivas e o recalque continuar, poderá haver desmoronamento parcial (quesito 16).

“Foram apresentados dois tipos de orçamentos no laudo.

“A — orçamento supondo reforço de fundações. Neste orçamento não orçamos o item revestimento (reboco), pois não serão demolidas as paredes, apenas recuperadas (item do orçamento n. 5);

“B — orçamento supondo demolição e construção nova (com cravação de estacas como fundação)”.

O laudo pericial foi impugnado *in totum* pela seguradora, alegando ser falho e inconclusivo (fls.177/179).

Foi então complementado com resposta a todos os quesitos formulados pela seguradora denunciada à lide (fls. 159/166).

O requerido apresentou por intermédio de seu assistente técnico o laudo de fls. 181/227, e pelos quesitos ampla e detalhadamente respondidos, inclusive ilustrados com fotos, constata-se que a descrição dos problemas apresentados e o motivo deles coadunam-se com o laudo técnico oficial, divergindo apenas no valor total do orçamento, porque estão amparados em medidas diferentes para a recuperação do imóvel (fls. 219/225).

Ficaram assim confessados os danos pela construtora requerida, conforme o laudo do perito judicial também confirmados pelo seu assistente técnico, não havendo dúvidas de que ficou seriamente comprometida a estrutura do imóvel, edificado em terreno não propício para as cravações das estacas realizadas no imóvel limítrofe, exigindo uma reconstrução sem riscos.

Com os problemas sérios verificados na edícula, que ficou impossibilitada de uso com a saída dos inquilinos, seria incoerente, e até mesmo desumano, exigir que o proprietário permanecesse com sua família no imóvel próximo à edícula, localizado no mesmo terreno e sujeito às mesmas danificações pela construção do prédio vizinho.

Com certeza, resultaram abalados os sentimentos de segurança que se espera ter dentro do lar, forçando uma saída indesejada, em nome da integridade física, o que caracteriza a necessidade de compensação, pois ficaram provados os transtornos que

resultaram em abalo moral, além da perda material, com a saída dos moradores/locatários e depreciação do imóvel. A casa e a edícula que compõem o imóvel encontram-se em condições de abandono, com perigo de desmoronamento, por culpa da mora da construtora no pagamento da indenização devida.

Improcede, portanto, a alegação do apelado de que não houve repercussão material, tendo o proprietário saído do local sem motivo.

Conforme preleciona João Cassillo, in “Dano à pessoa e sua indenização”, Ed. RT, 1994, pág. 136:

“O que interessa, para a apuração da indenização, é o dano em si, e não suas conseqüências materiais. O interesse existe mesmo que tais lesões não tragam qualquer reflexo pecuniário. Elas são indenizáveis pelo simples fato de se constituírem numa ofensa a um direito que não pode ficar desprotegido na ordem privada (...) nem sempre a ofensa à honra acarreta uma repercussão patrimonial, causando prejuízo ao ofendido. Nem por isso deixou de ocorrer lesão ao direito, o dano, no seu mais amplo e moderno entendimento”.

É o entendimento deste Tribunal acerca do assunto:

“Como não é possível encontrar-se um critério objetivo e uniforme para a avaliação dos interesses morais afetados, a medida do ressarcimento deve ser fixada ao arbítrio do Juiz, levado em conta as circunstâncias do caso, a situação econômica das partes e a gravidade da ofensa” ( Ap. Cív. n. 34.906, Des. Xavier Vieira).

Dessa forma, além da compensação pelo sofrimento da vítima, deve

ser aplicada a indenização por dano moral como uma forma de desestimular nova ofensa ao direito da pessoa.

Não pode ser esquecido, além disso, o direito constitucional de justa e prévia indenização, que conforme ainda dispõe a lei civil (arts.159 c/c 1.059 e 273), deverá ser sempre a mais ampla possível, buscando devolver o lesado ao *status quo ante*, mormente, como no caso dos autos, quando se trata da segurança para habitação, além da evidente depreciação do imóvel.

Dispõe o art. 572 do Código Civil, que “o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos”.

Constata-se assim a confissão e comprovação da construtora requerida dos prejuízos causados ao ora apelante, que devem ser amplamente indenizados, devendo ser acolhido o orçamento “B” elaborado pelo perito judicial, que supõe a necessidade de reconstrução da obra avariada pela construção do prédio vizinho, uma vez que ficou fartamente demonstrado o seu estado de deterioração e perigo de desabamento que aumenta a cada dia.

Os lucros cessantes requeridos na exordial não foram objeto da contestação. Além disso, o apelado alega o seu descabimento tão-somente pela inexistência de contrato locativo formal.

Porém, às fls. 17/18 consta cópia de contrato de locação da edícula assinada pelo locatário Luiz Alberto Siqueira, no valor de R\$ 280,00 (duzentos e oitenta reais), e há também um laudo de avaliação para locação

do imóvel apresentado pela imobiliária Biguaçu, do local do imóvel, no valor de R\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais) e outro pela Imobiliária Ibagy, desta Capital (fls. 149/150), cujo valor locativo foi avaliado em R\$ 480,00 (quatrocentos e oitenta reais). Consta dos autos também uma consulta de viabilidade de construção de residência e comércio à fl. 14, observando-se pelas fotos de fl. 123 que a edícula foi construída nos fundos do quintal da casa residencial, com acesso pela frente desta. Além disso, à fl. 10, encontra-se a licença para construção de edifício comercial no endereço do imóvel do apelante.

Assim sendo, foi devidamente comprovado que, em razão dos danos sofridos pelo proprietário do imóvel, este ficou sem condições de habitação, locação ou fins comerciais, sendo procedente a indenização por lucros cessantes, inclusive não contestados. Faz-se assim desnecessário o arbitramento em liquidação de sentença, podendo ser fixados com base no contrato e avaliação existente nos autos.

Vale considerar também o entendimento esposado na Apelação Cível n. 98.000424-1, de Balneário Camboriú, relator Des. Eder Graf: “a obrigação dos apelantes de pagar o valor correspondente ao tempo de ocupação do imóvel não deflui dos lucros cessantes por efeito direto e imediato da inexecução contratual culposa, mas sim do dever jurídico geral de que a ninguém é dado locupletar-se a expensas de outrem injustificadamente”.

E ainda, *mutatis mutandis*, é aplicável o seguinte entendimento jurisprudencial:

“Ação de rescisão de compromisso de compra e venda de imóveis residenciais, não cumprido pela empresa incorporadora — Rescisão contratual decretada — Condenação em perdas e danos e lucros cessantes impostos — Embargos infringentes fundados na ausência de prova, quanto aos lucros cessantes — Evidência dos mesmos — Embargos desprovidos.

“Faz jus o compromissário comprador de imóvel residencial perceber não só os danos emergentes, mas também os *lucros cessantes, consistentes estes, no valor dos alugueres que teve de arcar ou deixado de usufruir*, em razão da não entrega do imóvel no prazo estipulado pela incorporadora, sendo por isso rescindido o contrato, *bastando para a sua comprovação a não contestação* ante o pedido expresso na inicial, sendo plenamente *admissível a apuração de seu montante em liquidação de sentença*. Isto porque a reparação consistente em *perdas e danos, deve ser a mais ampla possível, restando insuficiente se não abrangeu o montante dos aluguéis* a que o compromissário comprador teve que arcar ou deixado de usufruir, em razão de culpa grave da empresa construtora e vendedora, que não entregou os imóveis, injustificadamente, no prazo convencional, sendo por isso rescindido o pacto. Razoável também é a fixação dos mesmos, durante o período compreendido entre a data convencional para a entrega e a da prolação da sentença que decretou a rescisão contratual” (grifei).

Assim, deve ser reformado o *decisum* para que seja acatada na condenação a reparação prevendo a demolição e reconstrução da obra, conforme o orçamento da opção “B”, apresentado pelo perito judicial à fl. 118, no total de R\$ 45.496,30 (quarenta e cinco mil, quatrocentos e noventa e seis reais e trinta centavos), o qual inclui a verba correspondente ao reboco da obra (fl. 144).

Fica confirmada a condenação, no montante referente aos danos emergentes e aos lucros cessantes, devendo o *quantum* de ambos ser arbitrado em liquidação de sentença, referente a todas as despesas com aluguéis e gastos decorrentes, pelo tempo que o imóvel ficou impedido para habitação e locação a serem calculados desde a data dos fatos que inviabilizaram o seu uso e gozo, até a sua recuperação total.

Cabível também a condenação em danos morais que fixo em 100 (cem) salários mínimos.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, à unanimidade, conheceram dos recursos para dar provimento parcial ao recurso da autora e desprovimento ao recurso da litisdenunciada.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orly Rodrigues.

Florianópolis, 30 de abril de 2002.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente com voto;*  
*José Volpato de Souza,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 98.018416-9, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

**Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz**

*Ação de cobrança de seguro — Roubo de mercadorias — Apólice que limitava a abrangência da cobertura securitária — Corretora que enviou proposta de seguro contendo cobertura diversa ampla — Responsabilidade da seguradora pelos atos praticados por seus prepostos — Dever de indenizar — Sentença mantida — Recurso desprovido.*

*Havendo contradição entre o seguro efetivamente contratado, que particularizava o dever indenizatório apenas para as mercadorias transportadas pela ré e de sua propriedade, e o apresentado pela corretora por meio de propaganda e que, por certo, mais abrangente, deverá prevalecer este, desde que devidamente comprovada a propaganda e o intuito do segurado de perfectibilizar este contrato.*



*Responde a seguradora por propaganda feita pela corretora de seguros a ela de qualquer forma ligada. Inteligência do art. 34 do Código de Defesa do Consumidor.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.018416-9, da comarca de Balneário Camboriú (1ª Vara), em que é apelante Sul América Seguros Gerais S.A., sendo apelada Comercial de Bebidas Riomar Ltda.:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso interposto.

Custas na forma da lei.

Comercial de Bebidas Riomar Ltda. ingressou com ação de indenização c/c cobrança de valor segurado contra Sul América Seguros Gerais S.A., pretendendo a cobertura securitária decorrente de roubo de carga em caminhão de sua propriedade.

Afirmou que em data de 4/7/96 firmou apólice com a ré para cobertura de vários riscos, dentre eles o de furto e roubo de mercadorias por ela transportadas sendo que, em data de 10/7/96 o caminhão Scania/LK 141, ano 1979 foi vítima de roubo de carga à mão armada, oportunidade em que levaram as mercadorias de responsabilidade de transporte da autora e, após pleitear a cobertura securitária, até a presente data não a obteve.

Asseverou que seu prejuízo com o roubo foi no montante de R\$ 31.355,42 e, ante a negativa da cobertura securitária, teve de desembolsar mais R\$ 1.156,58 que foram pagos diretamente à Fábrica Cia. Cervejaria Brahma.

Por fim, pleiteou o julgamento procedente de seu pleito para ser a ré condenada ao pagamento da quantia de R\$ 32.512,00, acrescida de juros e correção monetária.

Citada, a seguradora contestou o feito, aduzindo que negou a cobertura securitária por não ser a carga roubada de propriedade da segurada, mas sim da Companhia Cervejaria Brahma, sendo contratada para efetuar o transporte de dita mercadoria, prova disso é a nota fiscal acostada aos autos.

Apontou que a cobertura era apenas para prejuízos materiais dos bens de sua propriedade e não para garantir sua responsabilidade civil diante de terceiros, apontando que para este tipo de operação existe seguro específico.

Por fim, apontou que caso procedente o pleito deverá ser pago o valor correspondente à franquia no importe de 10% do valor das mercadorias furtadas, bem como pugnou pela exclusão da quantia de R\$ 1.156,58 paga à Companhia Cervejaria Brahma já que sem qualquer explicação, pugnano pelo julgamento improcedente.

Ofertada impugnação à contestação, designou-se audiência de conciliação, a qual restou infrutífera.

Sentenciando, o douto Togado *a quo* julgou procedente o feito, condenando a seguradora ao pagamento da quantia de R\$ 28.219,88, com incidência de correção monetária a contar da recusa ao pagamento (14/8/96), juros de mora, estes em 0,5% ao mês e cus-



tas processuais e honorários advocatícios em 20% sobre o valor a que for apurado em liquidação de sentença.

Irresignada, Sul América Seguros Gerais S.A. apelou, apontando que estava obrigada a cobrir apenas as mercadorias pertencentes à segurada, não a terceiros, aduzindo, ademais, os mesmos argumentos fáticos e jurídicos apontados em sua peça contestatória, asseverando que ao assim sentenciar, o Togado infringiu as disposições dos arts. 1.432, 1.434 e 1.460 do CC.

Pugnou, ao final, pela inversão do julgamento e a reforma da sentença *a quo*.

Ofertadas contra-razões ao recurso, os autos ascenderam a este egrégio Sodalício.

É o relatório.

Pretende a ora apelante a exclusão da cobertura securitária sob o argumento de que a apólice determinava a cobertura apenas nas hipóteses em que haveria transporte de mercadorias da própria segurada e, mesmo assim, com destino da distribuidora para a fábrica e da fábrica para a distribuidora.

Entretanto, razão não lhe assiste!

Como bem salientado pelo douto Togado *a quo*, restou suficientemente caracterizada a relação contratual entre as partes, representada pela realização de contrato de seguro para casos de roubo de carga. Ademais, suficientemente demonstrado o transporte das mercadorias por parte da segurada além da ocorrência do sinistro, representado pelo roubo das mercadorias por ele transportadas.

Nega-se à seguradora efetuar a cobertura securitária, sob o argumento de que o contrato entabulado previa indenização, apenas para hipóteses de roubo de carga em que a propriedade seja do próprio transportador, o que não se verifica no presente caso, já que a nota fiscal tinha como destinatário não a Comercial de Bebidas Riomar Ltda. (ora segurada), mas sim Supermercado Vitória Ltda., sendo este o proprietário da carga transportada.

Efetivamente, ao compulsarmos as condições gerais que regem a apólice ora executada, logo em seu início, assim aponta:

“Riscos cobertos.

“Prejuízos materiais causados às mercadorias de propriedade do segurador, quando em transporte da fábrica para a distribuidora, da distribuidora para a fábrica, em veículo adequado devidamente licenciado, por via terrestre, no território nacional e causados diretamente por: (...)” (pág. 10).

Ora, o contrato firmado é claro ao apontar que seriam indenizáveis, apenas, as mercadorias de propriedade da segurada, e, conforme regra do art. 1.460 do CC, “quando a apólice limitar ou particularizar os riscos do seguro, não responderá por outros o segurador”.

Ora, estando particularizada a hipótese em que as mercadorias transportadas seriam indenizadas, apenas naquela em que sua propriedade seja da própria segurada, por certo por outros transportes não responderá.

Entretanto, em que pese a veracidade desta afirmativa, percebe-se que no presente caso ela não poderá ser aplicada.

Isso porque, ao compulsarmos os autos, verificamos que a corretora de seguros Suport Administração e Corretora de Seguros Ltda. enviou carta à ora segurada, em que propunha a realização de seguro em que “todas as puxadas efetuadas independentes do número, em veículos próprios ou de freteiros autônomos, estarão cobertos, tendo a distribuidora uma economia de aproximadamente R\$ 20.000,00 ano”.

Ora, em carta enviada pela corretora que firmou o contrato de seguro restou consignado, de forma clara, que em todas as puxadas efetuadas de responsabilidade da segurada, as mercadorias estariam cobertas, não havendo, então, a restrição ou particularização anteriormente descrita.

Com base nesta “proposta” é que firmou o contrato de seguros, acreditando, então, que seriam cobertos quaisquer transportes por ela efetuados, iludindo-se, então, com a propaganda feita.

Ora, não teria razão a segurada firmar contrato de seguro sem que restassem seguradas as mercadorias por ela transportadas.

Ademais, claro que a seguradora responde pelos atos praticados por seus representantes, *in casu* representados pela seguradora e a corretora que em seu nome atua.

Primeiramente cumpre-nos salientar que é inegável a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, como bem nos apresenta o § 2º do art. 3º do CDC, que assim aduz:

“Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de

crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Dito isso, o artigo 34 do mesmo diploma legal aponta que:

“O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos”.

Comentando o supramencionado artigo, Ada Pellegrini Grinover *et alii* comentam:

“Este dispositivo legal é da mais alta relevância. Não são poucos os casos em que o consumidor lesado fica totalmente impossibilitado de acionar o fornecedor — beneficiário de um comportamento inadequado de um de seus vendedores — sob o argumento de que estes não estavam sob sua autoridade, tratando-se de meros representantes autônomos” (*in* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, 6ª ed., Ed. Forense Universitária, 1999, pág. 247).

Pela citação supramencionada, a seguradora responde pelos atos praticados por seus prepostos, mesmo que legalmente esta vinculação não exista, já que, pelas regras ditas pelo Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor do produto é igualmente responsável pelos atos de seus representantes, mesmo que autônomos, ou seja, mesmo que não haja vinculação jurídica direta entre eles.

Inegável a qualidade de representante da corretoras diante da seguradora, tanto que no folheto de propaganda consta como companhias seguradoras, dentre outras, a Sul América Seguros Gerais S.A.

Ora, restando firmada a apólice pela corretora e esta, na qualidade de representante da seguradora, afirmou-lhe, por meio de proposta nitidamente distinta da constante no contrato firmado, que o seguro cobriria qualquer mercadoria, de propriedade dela ou não, induzindo a segurada em erro, fazendo com que ela acreditasse que contratara algo que a apólice não cobria.

Justamente este o fim buscado pelo CDC, sendo sua incidência medida que se impõe.

A este respeito, aliás, já se pronunciou o egrégio Tribunal Gaúcho:

“Apelação cível. Seguro de dano. Automóvel. Furto. Pagamento à corretora. *Solidariedade da seguradora reconhecida. Art. 34 do CDC. Indenização pelo valor médio de mercado. As circunstâncias do caso permitem a aplicação do art. 34, do CDC, reconhecendo-se a responsabilidade da seguradora, quando efetuado pagamento à corretora que, ostensivamente, se apresenta como de algum modo ligada àquela.* Juridicidade da cláusula que prevê indenização pelo valor médio do bem à data da liquidação do sinistro. Apelação parcialmente provida” (Ap. Cív. n. 599222924, Sexta Câmara Cível, TJRS, rel. Des. Antonio Janyr Dall’agnol Junior, julgado em 15/9/1999) (grifo nosso).

Ademais, percebe-se que a propriedade da mercadoria transportada, por certo, é da segurada.

Em que pese na nota fiscal constar nome de terceira pessoa co-

mo destinatária da mercadoria, denota-se que existe contrato de exclusividade entre a Brahma e a distribuidora Comercial de Bebidas Riomar Ltda., contrato este que, como se sabe, impõe a obrigatoriedade de somente a empresa autorizada distribuir, para determinada área comercial, os produtos da marca, *in casu*, Brahma.

A produtora, como se sabe, não poderá vender seus produtos diretamente ao público em geral, cabendo à distribuidora esta tarefa.

Assim, o supermercado a que a nota fiscal se refere é, justamente, dentro da área de abrangência comercial da segurada, e sendo a Comercial de Bebidas Riomar Ltda. a responsável pela distribuição das bebidas da marca Brahma naquela região e a proprietária do caminhão que transportava referidas bebidas, por certo, a proprietária das bebidas roubadas.

Ante o exposto, por votação unânime, nega-se provimento ao recurso interposto, mantendo-se incólume a bem-lançada decisão objurgada.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Anselmo Cerello e Cesar Abreu.

Florianópolis, 8 de outubro de 2001.

*Anselmo Cerello,*  
*Presidente com voto;*  
*Sérgio Roberto Baasch Luz,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 00.015253-6, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ****Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz**

*Resolução contratual — Inépcia da inicial e carência de ação não configuradas — Agravo retido improvido. Promessa de compra e venda de sala comercial — Construtora inadimplente — Determinada devolução dos valores pagos pelos promitentes compradores — Decisão mantida — Sucumbência recíproca — Art. 21 do CPC — Adequação — Apelo acolhido em parte.*

*— Não é inepta a petição inicial quando suficientemente clara, podendo-se depreender a causa de pedir, da qual decorreram logicamente os pedidos, sendo que o fato de terem sido postulados alternativamente não prejudicou o entendimento nem causou embaraço à defesa.*

*— Desnecessária a notificação premonitória quando o fundamento da demanda é o inadimplemento absoluto e não a mora no cumprimento da obrigação, eis que a finalidade da interpelação é possibilitar a reversão do incumprimento; sendo isso impossível, pode o contratante lesado interpor, desde logo, a demanda resolutória.*

*— Comprovada a inexecução culposa do contrato por parte da construtora demandada, fazem jus os autores à devolução das parcelas pagas pelo imóvel que não lhes foi entregue.*

*— Sendo vencidos e vencedores os litigantes, devem as custas processuais e honorários advocatícios ser distribuídos proporcionalmente à sucumbência de cada qual, admitida a compensação da verba honorária.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.015253-6, da comarca de Balneário Camboriú (1ª Vara), em que é apelante Paulo Caseca — Construções e Incorporações Ltda., sendo apelados Rozemar Bernardes e Irene Machado Bernardes:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, desprover o agravo retido e prover em

parte o apelo para reconhecer a sucumbência recíproca.

Custas na forma da lei.

Rozemar Bernardes e sua mulher Irene Machado Bernardes interuseram ação de rescisão de contrato de promessa de compra e venda cumulada com indenização de perdas e danos por inadimplemento absoluto, em face de Paulo Caseca Construções e Incorporações Ltda., aduzindo, em síntese, que firmaram com a re-

querida contrato de promessa de compra e venda por preço reajustável, tendo por objeto uma sala comercial em um condomínio localizado na Avenida Central da cidade de Balneário Camboriú.

Após pagarem integralmente o preço do imóvel, descobriram os autores que foram vítimas de um engodo, pois o terreno sobre o qual a requerida iria erigir seu empreendimento era objeto de permuta realizada com os herdeiros de Olindor Ribeiro de Camargo, os quais rescindiram a dita permuta, acabando por vender o imóvel para José de Oliveira.

Tal fato ocasionou a impossibilidade absoluta do cumprimento da obrigação, pelo que requereram a procedência do pedido para declarar a rescisão do contrato, condenando a requerida a pagar valor que possibilite aos autores adquirirem sala comercial com as mesmas características daquela objeto do contrato desfeito, ou a restituir o valor pago corrigido a partir do desembolso de cada parcela, acrescido de lucros cessantes correspondentes à privação, pelos autores, do capital “empatado” ao malgrado negócio. Além disso, requereram a condenação da requerida ao pagamento de multa de 10% prevista no contrato, além de perdas e danos a ser apurados em exame pericial ou liquidação de sentença.

Citada, a requerida apresentou contestação, argüindo, preliminarmente, a inépcia da petição inicial, tendo em vista que não está clara a causa de pedir e, do mesmo modo, não há conclusão lógica do que se pretende conseguir; bem como a carência de ação, por não ter sido a re-

querida constituída em mora pela necessária notificação.

No mérito, invocando o art. 1.092 do CC, alegam que os autores não cumpriram sua parte no contrato, uma vez que em atraso com 14 parcelas, além de não haver demonstração de danos emergentes ou lucros cessantes que teriam sofrido os autores, não existindo previsão contratual de sua indenização, sendo indevida, mesmo porque a requerida não tinha a intenção de prejudicá-los, porém, o atraso de alguns clientes, os altos tributos, aliados ao comportamento da economia nacional ocasionaram o atraso na entrega da obra.

Quanto à multa contratual e juros de 1% ao mês, tais não teriam sido convencionados para o inadimplemento da requerida, e sim para os autores, sendo, além disso, abusiva dita cláusula, devendo-se aplicar o Código de Defesa do Consumidor.

Ao final, requereu a extinção da ação ou sua improcedência.

Os autores impugnam a contestação às fls. 73/81.

Designada audiência de conciliação, esta restou infrutífera, tendo as partes especificado as provas que pretendiam produzir, após o que o MM. Juiz de Direito determinou a conclusão do processo para análise em gabinete, tendo, então, rechaçado as preliminares aduzidas na contestação, designando audiência de instrução e julgamento.

Dessa decisão o requerido interpôs agravo retido, postulando o acolhimento das preliminares rejeitadas.

Na audiência de instrução e julgamento, ausente o representante le-

gal da requerida ou seu procurador, perdeu a oportunidade de produzir as provas, tendo os autores desistido das suas. Deferiu-se, então, a apresentação de alegações finais por memoriais, as quais somente foram apresentadas pelos autores que repisaram o contido na inicial.

Entregando a prestação jurisdicional, o MM. Juiz *a quo* julgou procedente em parte o pedido inicial, condenando a requerida a restituir os valores pagos pelos autores, devidamente corrigidos e com juros de mora a contar de cada pagamento, bem como a pagar ao patrono dos autores verba honorária fixada em 15% sobre o valor da causa.

Inconformada, a requerida apela postulando, em preliminar, a apreciação do agravo retido e, no mérito, reeditando os argumentos da contestação. Insurge-se, também, quanto à verba da sucumbência, pois entende que, não tendo sido acolhidos todos os pedidos dos autores, deveriam eles ser condenados ao pagamento de honorários proporcionais ao que perderam, não sendo possível a compensação.

Requer, a final, o acolhimento do agravo retido para extinguir a ação ou o provimento da apelação para julgá-la improcedente, ou, ainda, mantida a decisão *a quo*, a condenação dos autores em verba honorária sobre os pedidos que não foram acolhidos.

Apresentadas as contra-razões, propugnando pela manutenção da decisão monocrática, ascenderam os autos a esta instância recursal.

É o relatório.

Requer a apelante, inicialmente, o provimento do agravo retido in-

terposto, para que seja indeferida a petição inicial, por encontrar-se inepta, já que não estaria clara e precisa a causa de pedir, bem como por não decorrer da narração dos fatos, logicamente, a conclusão.

Sem razão a agravante, pois a petição inicial está suficientemente clara, podendo-se depreender que a causa de pedir consiste no inadimplemento de contrato de compra e venda imputado ao requerido, decorrendo logicamente o pedido de rescisão e devolução das quantias pagas, além de indenização por perdas e danos, sendo que o fato de a forma de indenização ter sido postulada em pedidos alternativos não prejudica o entendimento nem causa embaraço à defesa.

Não havendo dúvidas quanto à pretensão dos autores, seria rigorismo excessivo extinguir-se o feito sem julgamento de mérito, por inépcia da vestibular.

Assim já se decidiu:

“Ação direta de inconstitucionalidade — Art. 7º da Lei Complementar n. 065/97 — Pedido desconexo — Clareza na exposição de fatos — Defesa realizada com amplitude — Princípio da eventualidade — Inépcia inexistente — Redução da base de cálculo do IPTU aos aposentados — Lei de iniciativa exclusiva do executivo — Emenda legislativa — Afronta aos artigos 61, § 1º, II, *b*, da CF e 50, § 2º, III, da CE — Inconstitucionalidade.

‘Suficiente a exposição dos fatos, claro o fito do autor, evidenciado que a parte ré, bem compreendendo a demanda, sem prejuízo e com amplitude, exercitou a defesa, estabelecendo-se o contraditório, a petição inicial não deve ser reconhecida como inepta.



ta' (REsp n. 170.202/SP, rel. Ministro Milton Luiz Pereira, DJ 24/8/1998, pág. 00029)" (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 98.015084-1, de Brusque, rel. Des. Alcides Aguiar).

Requer, também, a agravante, seja reconhecida a preliminar de carência de ação, tendo em vista que os autores não teriam promovido sua notificação, com o fim de constituição em mora.

Ocorre que os autores não estão postulando a rescisão do contrato em função de não ter sido entregue o imóvel no prazo estipulado, e sim em função de que o terreno, em que deveria este ser construído, foi retomado pelo proprietário, o que geraria a impossibilidade no cumprimento da obrigação contratada.

Dessa forma, desnecessária, no caso, a notificação da agravante, eis que o fundamento da demanda não é a mora, e sim o inadimplemento absoluto, em face da impossibilidade de cumprimento da obrigação por culpa da construtora demandada.

Segundo o ensinamento de Agostinho Alvim o inadimplemento absoluto se concretiza "quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá sê-lo" (*apud* Araken de Assis, em Resolução do Contrato pelo Inadimplemento, Ed. RT, 2ª ed., 1994, pág. 93).

A respeito Oswaldo Optiz e Silvia Optiz ensinam:

"A mora difere do verdadeiro inadimplemento, em que este define de vez a posição do devedor diante do credor, acarretando para aquele as extremas conseqüências; enquanto a mora se caracteriza por não tirar do devedor a possibilidade de cumprir mais tarde a obrigação, ou seja, de

emendar a mora ou *re ad huc integra manent* no dizer de Giorgi, salvo nas obrigações negativas.

"(...) Dá-se o inadimplemento absoluto quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá ser, como no caso de perecimento do objeto, por culpa do devedor. Mais precisamente, quando não mais subsiste para o credor a possibilidade de receber" (Mora no Negócio Jurídico, São Paulo, Saraiva, 1984, pág. 13).

Na obra antes citada, Araken de Assis destaca:

"Uma vez patenteada a irreversibilidade do incumprimento, comum aos exemplos, ocorre o *inadimplemento absoluto*. Dele deriva, se a obrigação se insere em contrato bilateral, a faculdade de o figurante 'lesado' — palavra imprópria, senão inadequada, porque o inadimplente pode não agir ou não se omitir culposamente — resolvê-lo. O espaço reservado ao instrumento resolutório se circunscreve, de conseguinte, a tal modalidade de incumprimento, não se justificando em condições diversas, inclusive em face da mora. Ele visa à tutela do figurante adimplente, ou pronto ao cumprimento, que adquire a pretensão recuperatória da sua prestação ou a liberatória de um contrato alterado pelo inadimplemento do parceiro e, agora, economicamente desinteressante. E isto não se identifica, em absoluto, permanecendo a *utilidade* e a *possibilidade* do adimplemento (...) no respeitante à interpelação, sim: a plena e crescente exigência desta, mesmo nas obrigações com termo próprio, supõe a *reversibilidade* do incumprimento.

"Logo, constatado o *inadimplemento absoluto*, *implementou-se, in-*



*dependentemente de outras iniciativas, o requisito de acesso à demanda resolutória*" (grifo nosso) (ob. cit., págs. 94/95).

Nesse desiderato, esclarecedor o seguinte *decisum*:

"Compra e venda — Promessa — Inadimplemento e mora — Distinção — Purgação — Decreto-Lei n. 745. Não se confundem inadimplemento e mora. Dá-se o primeiro quando a obrigação não foi cumprida e nem poderia sê-lo mais, como no caso de perecimento do objeto por culpa do devedor, ou de imprestabilidade da prestação para o credor. E ocorre a segunda, quando, embora a obrigação não tenha sido cumprida no lugar, tempo ou forma convencionados, subsiste ainda a possibilidade de ser cumprida a obrigação. E tal possibilidade resulta da circunstância de ser útil ao credor a prestação, apesar do retardo. A cláusula resolutiva expressa que as partes inserem num contrato nada mais constitui, em última análise, que a prefixação da data a partir da qual a prestação se tornará inútil ao credor, portanto a transmutação da mora em inadimplemento absoluto. Desde que o sistema jurídico admite semelhantes cláusulas ao devedor não mais é dado emendar a mora, tornando inafastável a resilição do contrato (omissis)" (2º TACívSP, ac. unân. da 1ª Câm. de 26/3/1974, Agravo n. 12.860 -Capital, Adcoas n. 36.045).

Com efeito, não se vê sentido na notificação em hipóteses em que, como no caso, verifica-se a impossibilidade de emendar a mora, tendo em vista a impossibilidade definitiva de cumprimento da obrigação nos moldes em que contratada.

Desta Corte:

"Não é de se exigir a prévia interpelação — como pressuposto do pedido de rescisão contratual — quando for evidente que o construtor não teria condições de entregar a obra no prazo que lhe fosse assinado" (Ap. Cív. n. 99.010197-5, de Balneário Camboriú, rel. Des. Newton Trisotto).

"Rescisão de contrato. Cumulação com perdas e danos. Construção e incorporação de edifício. Contrato descumprido pela empresa. Desnecessidade de notificação. Pedido julgado procedente" (Ap. Cív. n. 30.546, da Capital, rel. Des. Nestor Silveira).

Passa-se, então, à análise do apelo.

Invoca a apelante a exceção prevista no art. 1.092 do Código Civil, argumentando que, não tendo os apelados efetuado o pagamento da integralidade do preço do imóvel, não poderiam exigir o adimplemento por parte da Construtora.

Não ampara a apelante, no entanto, mencionada exceção, posto que, verifica-se dos documentos constantes às fls. 33/46 que os autores efetuaram sim o pagamento integral do preço do imóvel, cumprindo, portanto, com a parte que lhes cumpria no contrato, estando em condições de exigir o cumprimento ou a rescisão da avença.

Comprovada, de outro lado, a inexecução culposa do contrato por parte da apelante, que prometeu vender sala comercial que construiria em determinado local, constando no contrato que o terreno era de sua propriedade, com a "matrícula no Registro de Imóveis em andamento", porém, referido terreno, que fora objeto de permuta, acabou sendo retomado pelos pro-

prietários, tendo em vista a demora em ter início a obra.

Dessa forma, verificou-se a total impossibilidade de cumprir-se a obrigação contratada, fazendo jus os compradores a obterem de volta os valores desembolsados, ainda que não tivessem pago a totalidade do preço, o que, no entanto, não é o caso.

Alega, de outro lado, a apelante que os documentos juntados com a petição de fl. 30 não poderiam ser considerados, pois configuraria dito procedimento aditamento à inicial efetuado após a citação, o que ofenderia o disposto no art. 264 do CPC.

Sem razão novamente a apelante, uma vez que não se tratou de emenda à inicial e sim mera juntada de documentos comprobatórios das alegações lá feitas.

Com efeito, os autores apenas juntaram os comprovantes de pagamento das prestações, não alterando o pedido ou a causa de pedir. Ademais, os documentos foram juntados antes que se tivesse efetivado a citação, sendo a requerida imediatamente intimada da juntada dos documentos, e podendo sobre eles manifestar-se já na contestação, não havendo qualquer prejuízo a sua defesa.

Assim, não há por que desconsiderar referidos documentos, mesmo porque inexistentes o espírito de ocultação premeditada ou o propósito de surpreender o juízo.

Finalmente, com relação à distribuição dos ônus da sucumbência tem razão a apelante, pois os autores postularam a rescisão do contrato com a devolução das quantias pagas, devidamente corrigidas, além da recomposição dos lucros cessantes em

valor proporcional à privação do capital “empatado” na malograda compra e venda, tudo acrescido de juros de 1% ao mês e multa de 10%. Desses pedidos obtiveram apenas a devolução das parcelas pagas, sucumbindo em relação à quantia pretendida a título de lucros cessantes.

Incide na hipótese, portanto, o disposto no art. 21 do CPC, eis que caracterizada a sucumbência parcial, devendo cada parte arcar proporcionalmente com as custas processuais e honorários advocatícios.

Comentando o art. 21, ensina Celso Agrícola Barbi:

“A norma legal é simples e parte do princípio de que, quando o autor vencer apenas em parte, estará automaticamente vencido em parte, o mesmo se dando com o réu. Nestes casos, cada um pagará despesas judiciais e honorários, tendo em vista a parte em que foi vencido. Assim, se o autor que pede 100 é vencedor em 70, e perdedor em 30, deve pagar apenas 30% das despesas e dos honorários do advogado do réu. E este pagará 70% das despesas e de honorários de advogado do autor.

“Como são as partes, portanto, reciprocamente credoras e devedoras por essas quantias, o juiz, ao fixá-las, fará a compensação dos débitos” (BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, pág. 147).

Os autores foram vencidos em menor proporção se comparada com a sucumbência da demandada, assim, devem estes arcar com um terço das custas processuais e com honorários advocatícios do patrono da ape-

lante, estes arbitrados em R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), na forma do art. 20, § 4º, do CPC. Já a requerida arcará com dois terços das custas processuais e com a verba honorária fixada na sentença monocrática, destacando-se a possibilidade da compensação dos honorários advocatícios, consoante entendimento majoritário no Superior Tribunal de Justiça e recentes decisões desta Corte.

Nesse sentido:

“Honorários de advogado. Procedência parcial da ação. Compensação. Direito autônomo. Cédula rural. Juros. Capitalização.

“1. O Código de Processo Civil, no art. 21, ordena se aplique a regra da compensação, enquanto a Lei n. 8.906/94, no art. 23, estabelece que os honorários pertencem ao advogado, tendo ele direito autônomo para executar.

“2. Sucede, no entanto, que tais normas não são incompatíveis entre si, sendo lícito entender-se que uma não incomoda a outra, convivendo ambas perfeitamente no mundo jurídico.

“3. Em caso de sucumbência recíproca, admite-se, por consequên-

te, a compensação, ao ver de precedentes da 4ª Turma, entre outros, os REsp ns. 149.147 e 186.613, cuja orientação foi, no presente caso, acolhida pela 2ª Seção, por maioria de votos. Improcedência da alegação de ofensa a texto de lei federal” (STJ, REsp n. 155135/MG, DJ 8/10/2001, pág. 00159, rel. Min. Nilson Naves).

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo retido e dá-se provimento em parte ao recurso de apelação para reconhecer a sucumbência parcial, e condenar os apelados ao pagamento de um terço das custas processuais e honorários advocatícios do patrono da apelante, fixados em R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), admitida a compensação com a verba fixada ao seu representante, mantida, no mais, a sentença monocrática.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira.

Florianópolis, 5 de novembro de 2001.

*Anselmo Cerello,*

*Presidente com voto;*

*Sérgio Roberto Baasch Luz,*

*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 96.002013-6, DE BIGUAÇU**

**Relator designado: Des. Cesar Abreu**

*Ação civil pública (Lei n. 7.347/85, art. 5º). Proteção ambiental (Lei n. 6.938/81, art. 3º). Demanda proposta por iniciativa do Ministério Público. Preliminares de coisa julgada e de prescrição afastadas. Impugnação de laudo pericial e pretensão de suspensão do processo rejeitadas. Dano ecológico. Responsabilidade do proprietário causador. Aquisição de imóvel já degradado. Consequên-*

*cias. Ausência de direito à poluição. Relações jurídicas exauridas e consumadas antes do advento da Lei n. 6.938/81. Efeitos. Área de preservação permanente. Recomposição do ambiente degradado. Condenação que envolve, preferentemente, obrigação de fazer. Recursos parcialmente providos.*

*1. Meio ambiente, alterações toleráveis e adversas, múltiplas, sequenciais, autônomas.*

*2. Responsabilidade objetiva dos respectivos agentes condicionada à comprovação da relação de fato e de direito, comissiva ou omissiva, com o dano constatado.*

*3. Não é imputável reparação de dano ambiental aos sucessores que hajam adquirido o imóvel já degradado, os quais, se for o caso, respondem, todavia, pelos agravamentos que tenham ocorrido posteriormente à aquisição.*

*4. Múltiplos os agentes, distintos os imóveis, embora contíguos, as ações degradadoras do mesmo gênero e espécie, constatadas em um e outro, embora praticadas na mesma época, não se confundindo, portanto autônomas, não configuram a responsabilidade solidária de seus proprietários para o efeito de composição do dano ambiental, cada qual respondendo pelos atos que lhes correspondem.*

*5. Não havendo direito adquirido à poluição, constatada alteração ambiental potencialmente degradadora, notificado o agente pelo órgão competente, devem cessar as ações correspondentes até que, promovidos os estudos do impacto ambiental, possam ser autorizadas.*

*6. Apenas as alterações ambientais adversas são objeto de especial consideração pela legislação de regência.*

*7. A proteção do meio ambiente tem como ponto de partida a Lei n. 6.938, de 31/8/81, não atingindo as relações jurídicas da espécie exauridas e consumadas antes da sua edição, que se regem, segundo a legislação fragmentária específica anterior, que sobrevive, com as devidas adaptações.*

*8. O dano ambiental, propriamente dito, específico e autônomo, pelo seu caráter difuso, não se confundindo com o dano patrimonial individual, identifica-se com o grau de malignidade social que*

*emerge do uso, manipulação e fruição inadequados dos bens da vida de que se vale o homem para satisfação de suas conveniências.*

*9. Manguezal, objeto de proteção especial pela legislação ambiental, aterramento, violação do ecossistema, procedimento inassimilável pelo direito da espécie, reparação devida.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.002013-6, da comarca de Biguaçu, em que são apelantes Domingos Deitos, Pedro Pereira, Mário José Gonzaga Petrelli e Augusto Prolik, sendo apelado o representante do Ministério Público:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por unanimidade, negar provimento aos agravos, e afastar a preliminar de prescrição e, no mérito, por maioria de votos, conhecer das apelações interpostas e dar-lhes provimento para reformar, em parte, a sentença recorrida.

Custas *ex lege*.

## I — Relatório

O Ministério Público estadual, na condição de autor, usando da prerrogativa que lhe confere o art. 5º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, com fundamento no § 1º do art. 14 da Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, *recepcionada pela nova ordem constitucional*, propôs, com pedido liminar, a presente Ação Civil Pública contra Domingos Deitos, Pedro Pereira, Mário José Gonzaga Petrelli e Augusto Prolik, alegando que estes, proprietários de áreas de terras adjacentes ao rio Água Negra, ambas às margens, na Praia de Palmas, município de Governador Celso Ramos, com o correr dos anos, a partir da década de seten-

ta, foram urbanizando-as, com enrocamentos e aterros (inicial, item 5).

Enumerando e identificando as alterações ambientais promovidas na área questionada, aos demandados indiscriminada e solidariamente atribuíveis, historia a inicial o seguinte:

“1. o balneário de Palmas, de características rústicas, até pouco tempo possibilitava aos moradores locais sobrevivência decorrente unicamente da pesca, então farta e abundante;

“2. compondo o ambiente local, banha a praia de Palmas o rio Água Negra, que apresenta em suas margens estruturas que se identificam como ecossistema típico de manguezal;

“3. até o ano de 1970, antes do crescimento turístico do Município, apresentava rica opção de pesca, principalmente devido ao então existente mangue, criadouro natural de grande variedade de peixes, crustáceos e moluscos;

“4. a partir de 1970, estes (os réus) foram urbanizando as terras (em ambas as margens do rio), com enrocamento com seixos em uma delas, isto é, na margem esquerda, para quem está de costas para o mar (margem direita, então, vale registrar), e aterro na outra, segundo se depreende (*sic*) das fotografias anexas;

“5. por outro lado, particularizando o conflito, reporta-se o autor ao fato de que um dos réus (Pedro Pereira)

com o intuito de evitar erosão e obter melhor aproveitamento da área, nivelou-a com aterro, sobre a qual plantou grama, partindo para a construção de benfeitorias no *camping* que ali instalara, sem, contudo, legalizá-lo frente aos órgãos competentes (...);

“6. adiante, aos demais se referindo, assinala, ainda, que do outro lado do rio, a margem oposta ao *camping* foi aterrada com barro, para permitir futura edificação turística, pelos condôminos Mário Gonzaga Petrelli, Augusto Prolik, Pedro Pereira e Domingos Deitos, sob comando do último.

“Por fim, embora admitindo a boa intenção dos requeridos, especialmente Domingos Deitos, uma das primeiras pessoas a impulsionar o crescimento do balneário e precursor de benfeitorias significativas no local, observa que tal aterramento ocorreu de molde a propiciar o desequilíbrio ecológico e enfraquecimento da perpetuação das espécies aquáticas, ou seja:

“a) elevou a declividade superior, agravando o risco de enchentes;

“b) interferiu no ciclo biológico natural, visto tratar-se de abrigo e criatório de peixes, moluscos e crustáceos, atingindo a vegetação periférica, composta inclusive de manguezais, capim etc.;

“c) promoveu, enfim, retificações do leito do rio, acabando com as bacias ali existentes, as quais, quando eventualmente alagadas, contribuíam para a reprodução das espécies marinhas”.

A inicial, assim posta, faz-se acompanhar dos documentos de fls. 16 a 110, não autenticados, presumindo-se verdadeiros, todavia, eis que não impugnados pelas partes adver-

sas (CPC, art. 383), muitos deles, aliás, por elas reiterados.

Dentre tais documentos destacam-se os Autos de Infração relativos à ocorrência de alterações ambientais, oriundos dos órgãos competentes, e também a denúncia criminal relacionada com os fatos em causa, abortada por *habeas corpus* concedido por este Tribunal (fls. 16 e 218).

Como fundamento de direito, invoca o autor a Constituição Federal de 5/10/1988 (art. 225, § 1º, I, IV e VII; a Constituição do Estado, de 5/10/1989 (arts. 181 e 182, I, III e V); a Lei Federal n. 4.771, de 15/9/1965, alterada pela Lei Federal n. 7.803/89 (art. 2º); a Lei Federal n. 6.513, de 20/12/1977 (art. 24); a Lei Federal n. 6.938, de 31/8/1981 (arts. 14 e 18); a Resolução Conama n. 4, de 18/9/1985 (arts. 1º, 2º, a, e 3º, VIII); a Lei Estadual n. 5.793, de 15/10/1980 (art. 6º, parágrafo único); o Decreto Estadual n. 14.250, de 5/6/1981 (arts. 3º, I e III, 4º, IV, VI e VII, 42, III, e 50); a Lei Orgânica do Município (arts. 161 e 163).

Processualmente, reporta-se o autor, para legitimar-se, à Constituição Federal (art. 129, III) e à Lei n. 7.347, de 24/7/1985 (art. 5º).

Por entender, outrossim, que tais atos, como relatados, configuram dano ambiental suscetível de proteção legal, recorre o autor ao Judiciário, com base nas disposições do art. 129, III, da Constituição Federal, e art. 5º da Lei n. 7.347/85, que legitimam a iniciativa do Ministério Público para que se possa restaurar, a final, o ambiente danificado, nos termos formulados (item V, fls. 14/15):

“1. condenação dos requeridos a responderem, solidariamente, pelo pa-



gamento de indenização a ser fixada em oportuno processo de liquidação por arbitramento, indenização esta que deve corresponder ao custo integral da completa recomposição do complexo ecológico atingido, de modo a que este readquirira a situação anterior;

“2. a condenação dos requeridos a se absterem de colocações de aterros, edificações, lixo, ou corte de qualquer vegetação no local, nas áreas consideradas de preservação permanente;

“3. a interdição do *camping*, com a cessação de qualquer atividade, até que a situação perante os órgão (*sic*) competentes esteja regularizada;

“4. a recuperação do local ao *status quo ante (sic)*, tanto quanto possível, com a retirada do aterro, de modo que o mesmo readquirira os atributos anteriores, correndo as custas por conta dos requeridos”.

Contestando a ação, fizeram-nas, dissociadamente, os demandados, dois a dois: a) Domingos Deitos e Pedro Pereira (fls. 118 e seguintes); e b) Augusto Prolik e Mário José Gonzaga Petrelli (fls. 169 e seguintes), todos pleiteando a improcedência da ação, com as cominações de estilo.

Assim, Domingos Deitos e Pedro Pereira (fl. 118 *usque* 134), pleitearam: preliminarmente, a suspensão do processo, até o julgamento da ação penal, em curso, bem como, com fundamento no art. 178, X, do Código Civil, a ocorrência da prescrição, haja vista que os atos, tal como postos na inicial, datariam da década de 1970. No mérito alegam que:

1. em momento algum praticaram, quer dolosa, quer culposamente,

os danos narrados na inicial, tanto que as alterações havidas no meio ambiente, antes de lhe serem danosas o preservariam, achando-se até previstas no Plano Diretor do Município, para aquela área, com vista à execução de Projetos Turísticos, sua vocação principal;

2. de outra parte, outras obras, como as realizadas na desembocadura, foram feitas por antecessores (Jarbass de Oliveira), o que se propuseram a comprovar no curso da instrução.

Juntam documentos (fls. 137 a 160), entres estas fotografias coloridas, plantas etc., as quais ilustram a vigente situação ambiental.

Por sua vez, reportando-se à *quaestio juris* e afirmando que os atos praticados compõem-se no contexto amplo do art. 524 do Código Civil, bem assim na excludente de ilicitude prevista no art. 160, I, do mesmo *Codex*, ou seja, *estado de necessidade e exercício regular de direito*, Augusto Prolik e Mário José Gonzaga Petrelli, em defesa: preliminarmente, arguem exceção de coisa julgada, com base no trancamento da ação penal, por via de *habeas corpus*, assinalando, outrossim, que a única vinculação que teriam com os fatos resume-se na aquisição parcial do terreno da margem esquerda e, pelos mesmos fundamentos, arguem, também, a carência da ação, por ilegitimidade passiva *ad causam*. No mérito, respondendo, alegam que:

1. não sendo proprietários dos imóveis à época dos fatos narrados na inicial, não podem ser inquinados de autores, ou seus co-autores, daí por que os aterros e dragagem *não foram acompanhados, vistos ou consentidos*



*pelos contestantes, cujo alcance desconhecem;*

2. por outro lado, esclarecendo tratar-se de *duplicidade de imóveis*, dificultada a instrução, à inicial faltaria a necessária clareza, o que deve ser levado em conta na composição do conflito instaurado. Juntam documentos (fls. 191 a 230).

Quanto ao direito aplicável à espécie são postos em evidência os princípios e regras que informam a responsabilidade civil, subjetiva e objetiva, os quais, se aplicados, em conformidade com os fatos e suas circunstâncias, assegurariam a improcedência da ação, invocados e administrados os artigos 159, 1.518, 1.521 e 1.523, bem assim o art. 896, todos do Código Civil.

De assinalar, relativamente à instrução e ao julgamento da causa em primeiro grau, as ocorrências seguintes:

1. diante das contestações apresentadas, em face do despacho de fl. 119, foi ouvido o autor, que se manifestou às fls. 232/237, propugnando pela rejeição dos fundamentos alegados, de forma a se dar continuidade ao feito, tal como composto, tanto que as alegações dos demandados em nada esmaeciam os fundamentos da inicial, inclusive quanto às preliminares, que seriam improcedentes;

2. quanto à especificação das provas (despacho de fl. 238), requereram-nas: o Ministério Público: pericial, testemunhal e inspeção judicial (fl. 240); o demandado Pedro Pereira: pericial, testemunhal e documental (fl. 247);

3. o saneador, prolatado à fl. 248, rejeitou as preliminares, pelos

fundamentos nele inseridos, o que suscitou a interposição de agravo retido (fl. 254), por parte dos demandados Petrelli/Prolík, bem como deferiu as provas requeridas, nomeando, desde logo, o experto, para efeito da realização da perícia, facultando às partes a indicação de assistentes técnicos e oferecimento de quesitos, o que fizeram, tempestivamente, em épocas próprias, embora diversas (fls. 252, 260, 264, 282 e 291);

4. a primeira audiência de instrução e julgamento realizada (fl. 267) limitou-se a tomar o compromisso da perita que, a seguir, apresentou a conta de seus serviços (fl. 267).

Intimados os requeridos para depositar, em dez dias, os honorários correspondentes, deixaram de fazê-lo. Insistindo o Ministério Público na realização da perícia (fl. 275v.), pelo despacho de fl. 276 foi dado substituto ao perito, assumindo o encargo a bióloga Anne Leonor Vieira, autoqualificada à fl. 285, reabrindo-se o prazo para o oferecimento de quesitos. Realizada a perícia, independente de compromisso, o laudo correspondente foi apresentado (fl. 293 *usque* fl. 347), fazendo-se acompanhar de plantas e fotografias.

Aberta vista às partes sobre o laudo manifestaram-se os demandados (fls. 357, 360 e 377), recriminando-o e acoimando-o de parcialidade. Rejeitadas pelo MM. Juiz as impugnações do respectivo despacho (fl. 379v.), foi interposto o agravo retido de fl. 376. O Ministério Público falou à fl. 370 sem opor restrições. O perito assistente, indicado pelos demandados Petrelli/Prolík, apresentou laudo em separado (fls. 365/369).

Designada data para o prosseguimento da audiência de instrução e julgamento (fl. 379v., *in fine*), pelos demandados Deitos/Pereira foi apresentado rol de testemunhas (fl. 383). Frustrada (fl. 391), outra foi designada, a final realizada (fl. 403). Nela foram tomados os depoimentos dos demandados presentes e de testemunhas (fls. 404/412). Em separado, por precatória, foi colhido o depoimento de outras (fls. 418/419), bem assim do demandado Prolik (fl. 452). Aberta vista para alegações finais (fl. 453), apresentaram-nas o Ministério Público (fls. 454/457), Petrelli/Prolik (fls. 463/464) e Deitos/Pereira (fls. 465/467).

A sentença, prolatada pelo MM. Juiz (fls. 469/478), deu pela procedência da ação, acolhendo as razões esposadas pelo autor, manteve a liminar concedida e julgou procedente o pedido vestibular, para cumprimento da obrigação de não fazer, consistente na abstenção do exercício de qualquer prática nas margens do rio Água Negra, bem como colocações de aterros, edificações, lixo ou corte de qualquer vegetação no local, nas áreas consideradas de preservação permanente, a interdição no *camping*, até que se regularize a situação perante o órgão competente e a restauração do local ao *status quo ante*, tanto quanto possível, com as cominações nela sinalizadas, a que se reporta.

A conclusão do MM. Juiz, sinalizada na r. sentença, a todos os demandados alcançando, indistintamente, como patrocinara o autor, entre outros fundamentos, assinala o seguinte: “O fato de os requeridos Mário Gonzaga Petrelli e Augusto Prolik não terem participado de qual-

quer das atividades não isenta os mesmos de responsabilidade, uma vez que, sem prejuízo das penalidades, a Lei n. 6.938/81 criou importante instrumento de defesa ambiental, que é a Ação de Responsabilidade Civil por danos causados ao meio ambiente (art. 14, § 1º), atribuindo ao provocador do dano a responsabilidade objetiva de indenizar, afastando-se da responsabilidade subjetiva. Basta provar a existência do dano. E, neste sentido, a responsabilidade dos requeridos é objetiva, não havendo falar, pois, em culpa ou dolo (...)”.

Inconformados com a sentença proferida, dela recorrem os demandados, todos vencidos, repisando os fundamentos insertos nas respectivas contestações e demais peças de defesa encartadas nos autos:

1. Deitos e Pereira (fls. 484/496) reiteram as arguições prejudiciais do conhecimento do mérito, voltando a enfatizar a parcialidade do laudo pericial. Reiterando, outrossim, a alegação de que as obras apontadas teriam sido realizadas antes que houvessem adquirido a propriedade. Pedem, a final, a reforma da sentença monocrática;

2. Prolik e Petrelli (fls. 497/508), por sua vez, manifestando, igualmente, inconformidade, requerem a apreciação dos agravos retidos. O laudo pericial foi objeto de reiteradas censuras, em especial pela falta de clareza em pontos considerados relevantes, entre estes as modificações havidas nas margens direita e esquerda. Aludindo ao *habeas corpus*, voltam ao tema da coisa julgada. Na questão principal lembram, novamente, que ao chegarem à propriedade todas as obras sinalizadas já estavam executa-

das, razão por que, por elas, e suas conseqüências, não respondem, ausente o nexa causal que os possam vinculá-los a elas.

Os recursos foram contra-arrazoados pelo Ministério Público (fls. 512/516), ainda no primeiro grau. Rechaçando os recursos e seus fundamentos, inclusive quanto às exceções de prescrição e coisa julgada, reafirma o *Parquet* que, segundo os princípios que informam a responsabilidade objetiva, os demandados respondem pela degradação havida e pelos prejuízos dela decorrentes, devendo ser mantida a sentença de primeiro grau. Cumpridas as demais formalidades legais, subiram os autos.

Neste Tribunal foram distribuídos ao eminente Des. Pedro Manoel Abreu (fl. 519). Aberto vista à douta Procuradoria-Geral de Justiça, esta, por seu Procurador Dr. Àtila Antônio Rothsahl, manifestou-se à fl. 521 pelo recebimento e desprovimento dos recursos, mantida a sentença recorrida, por seus fundamentos, em destaque os argumentos argüidos, em razões, pelos recorrentes Petrelli/Prolík que entendem ser partes passivas ilegítimas, argumentos esses rejeitados sob o fundamento de que eles teriam contribuído para a ocorrência da alegada degradação ambiental.

Subseqüentemente, tendo em vista memorial oferecido pelos demandados Petrelli/Prolík (fls. 525 a 565), acompanhado de fotos e documentos, foi renovada a audiência do Ministério Público, por despacho do Relator, cumprida à fl. 571 e seguintes, sendo designada a data de julgamento.

## II — Voto

Em pauta na sessão correspondente, apreciadas as prejudiciais de mérito, foram todas desacolhidas, à unanimidade:

a) na rejeição do primeiro agravo, destacada a independência entre o procedimento cível e criminal, foram acolhidos os argumentos do então Relator, Des. Pedro Manoel Abreu, pelos fundamentos manifestados em seu voto, invocada farta jurisprudência. A conclusão, unanimemente tomada, foi a de que não se pode vincular o desfecho da ação cível ao da penal quando, se por esta não enfrentado o mérito, não haveria como admitir-se, em relação à primeira, a exclusão da autoria ou co-autoria do ilícito questionado;

b) o segundo agravo retido, interposto contra o despacho que desatendeu a impugnação do laudo pericial, foi igualmente rechaçado, por inconsistente. O entendimento foi o de que, embora impreciso o laudo quanto a determinados aspectos da causa, podem estes ser supridos em execução de sentença, sem comprometer a sua idoneidade. Irregularidades outras, sem maiores implicações, não têm, igualmente, o condão de comprometê-lo, ainda mais que, ao que se observa, nenhum prejuízo trouxe aos demandados, não negadas por eles as alterações ambientais ocorridas, narradas na inicial que, não danosas, porque assimiláveis pelo ambiente, atribuem-nas, todavia, a antecessores.

A alegação de prescrição, por sua vez, não foi igualmente acolhida. Realçadas durante o julgamento as teses da imprescritibilidade da Ação Civil Pública, agitada por juristas es-

pecializados em matéria ambiental, por se tratar, segundo afirmam, de direitos indisponíveis, não patrimoniais, e, por outro lado, também, a de outros que a admitem, se vintenária, afastada foi a apreciação do tópico, dado que, de natureza continuada os fatos, revelam estes não haver decorrido, até a propositura da ação (1991), o tempo necessário para impor o seu conhecimento, diante de quaisquer das opções postas em confronto.

Assim, apreciando as prejudiciais argüidas, resolveu a Câmara, *por votação unânime, negar provimento aos agravos retidos e afastar a prescrição.*

No tocante ao mérito, após o voto do Desembargador Relator originário, que se manifestou no sentido de negar provimento às apelações, foi o julgamento suspenso pelos sucessivos pedidos de vista, restando a final, por maioria de votos, acolhidas parcialmente as apelações.

Com efeito: inicialmente, destaca-se que, em pauta a sentença de primeiro grau, diversamente do que assinala o MM. Juiz *a quo*, não basta, no caso, provar apenas a existência do dano, sem cogitar da autoria e do nexos causal, tal como se infere à fl. TJ-476, *in fine*, para exprimir o direito vigente, dando pela procedência da ação.

Da análise da documentação acostada pelo autor, à luz dos depoimentos de fls. TJ-404 a 410, infere-se que os fatos narrados na inicial teriam ocorrido em imóveis distintos (v. depoimento de fl. TJ-404, de Pedro Pereira e outros), ambos trabalhados, por seus respectivos proprietários, ao longo do tempo, em especial a partir

da segunda metade da década de 70, com as acessões e benfeitorias sinalizadas nos autos:

1. um, de propriedade exclusiva de Pedro Pereira, por este reconhecido, situado na margem direita do rio Água Negra, sem caracterização e indicativos registraes apontados nos autos;

2. outro, em condomínio, constituído no decorrer do tempo, com a área de 112.476,00m<sup>2</sup>, situado na margem esquerda do rio Água Negra, inicialmente de propriedade exclusiva de Domingos Deitos, posteriormente, em partes iguais, prometido à venda a Mário José Gonzaga Petrelli, Augusto Prolik, e também a Pedro Pereira (Av. 8.947, de 27/9/1989), cada qual dispondo de uma quarta parte (25%), cujo título integra os autos (fl. 35 e segs.).

Por outro lado, demonstrado acha-se, incontrovertidamente, que a partir da década de 70 as áreas contíguas à desembocadura do rio Água Negra, na localidade de Palmas, município de Governador Celso Ramos, ambas as margens, passaram por modificações ambientais promovidas por seus sucessivos proprietários, alguns dos quais, antecessores dos demandados, também inovadores, não convocados para a composição da lide.

Tais modificações qualifica-as o autor como adversamente degradantes, em termos tais que reclamam restauração nos modos e na extensão que indica, a cargo dos demandados, solidariamente, pretensão essa acolhida pela sentença recorrida, quais sejam, em resumo, a abstenção de aterros na área conflagrada, a interdição do *camping* até sua regularização perante a autoridade competente,

além de pagamento de indenização que, vista à luz do pedido, corresponderia *ao custo integral da completa re-composição do complexo ecológico atingido, de maneira que este readquirira a situação anterior.*

Inquestionável, demonstram os autos, que os demandados, efetivamente, são os atuais proprietários da área discutida e conflagrada, na verdade duas, distintas e autônomas, situadas em uma e outra margem do rio, por eles adquiridas em épocas diversas:

1. Pedro Pereira, o mais antigo, é o único proprietário da área situada à margem direita, proximidade da desembocadura do rio Água Negra, onde se situa o *camping*;

2. os demais, Domingos Deitos, antigo proprietário de uma área de 112.476,00m<sup>2</sup>, situada no mesmo local, à margem esquerda do rio Água Negra, tendo-a vendido parcialmente, atualmente é condômino-proprietário de 25% dessa mesma área; os demais, Mário José Gonzaga Petrelli, Augusto Prolik e Pedro Pereira, são promitentes compradores, em partes iguais dos 75% restantes.

À luz da documentação correspondente, junta aos autos (fl. 35 e segs.), o histórico da cadeia dominial deste segundo e último imóvel, a partir de 1977, documentada e referenciada no processo, teria sido este:

1. até junho de 1977 a área contígua à margem esquerda do rio Água Negra, que soma 112.476,00m<sup>2</sup>, pertencia a José Medeiros de Mello, conforme Matrícula n. 947, do Ofício de Registro de Imóveis da comarca de Biguaçu (fl. 35), o qual, então, o alie-

nara a João Francisco Machado (R.1/947, de 13/6/1967);

2. em 26 de dezembro de 1978 (R.2/947) dita área foi adquirida por Domingos Deitos;

3. em 27 de setembro de 1989 (R.8/947) Domingos Deitos prometeu à venda, 75% da mencionada área, a Pedro Pereira, Augusto Prolik e Mário José Gonzaga Petrelli, a cada qual 25%, reservando para si próprio a área remanescente;

4. antes de aberta a Matrícula n. 947, que substituiu a de n. R.1/583, todavia, segundo se deduz dos depoimentos de fls. 404, 406 e 410, a área adjacente à margem direita do rio Água Negra pertencera a Jarbas de Oliveira e/ou Lourival Motta, os quais teriam sido, portanto, antecessores remotos de Deitos, predecessor dos demais.

Dada a relevância que têm — ou possam ter — estas datas para a composição e abrangência dos efeitos do litígio instaurado por iniciativa do Ministério Público, mais ainda vale investigar. Assim é que os documentos que acompanham a inicial (fls. 22 a 64), que identificam os atos ditos predatórios, provindos das autoridades ambientais (Fatma), referem-se, todos, ao réu Pedro Pereira. Logo, referir-se-iam apenas quanto às alterações ambientais da margem direita, eis que, à época, ele ainda não era co-proprietário de parte da área contígua da margem esquerda. Todavia, pelo contexto factual, em verdade a ambas se referem, sem que, contudo, seja possível identificar, nos documentos, uma e outra:

“a) Auto de Infração Fatma n. 02624, de 28/2/1989 (fl. 22), e seus

anexos, em face de aterro em faixa marginal de rio e área de mangue com medida aproximada de 4.000,00m<sup>2</sup> (fl. 22);

“b) Termo de Interdição do *camping*, por parte da Fatma, de 2/3/1989 (fl. 25);

“c) Denúncia de 20/9/1989, segundo a qual o *infrator aterrou margem do rio, construiu uma casa que pressupõe-se (sic) seja usada para a administração de um camping* (fl. 26);

“d) Auto de Infração n. 04351, de 19/9/1989, relativo a *aterro em margem do rio, início de obras para futuro loteamento e construção de muro para contenção do rio*” (fl. 27).

Já co-proprietário parcial da área da margem esquerda, as medidas infracionais dirigidas a Pedro Pereira prosseguiram, haja vista o Auto de Infração n. 0134 e Termo de Embargo n. 0210, ambos de 4/4/1991, tendo por fundamento: implantação de loteamento, *camping* sem licenciamento ambiental da Fatma, aterramento da faixa marginal do rio (fls. 28, 29, 30 e 31), objeto de denúncia formulada aos órgãos competentes. Tudo isto culminou:

a) com a aplicação de multa, em 8 de abril de 1991, no valor de CR\$ 113.331,50, imputada ao demandado Pedro Pereira, com fundamento nos arts. 3º, item III, 49, item I, e 86 do Decreto n. 14.250/81, que regulamentou a Lei (estadual) n. 5.793, de 15/10/1980, monetariamente atualizável de acordo com o art. 16, § 2º, da Lei n. 5.960, de 4/11/1981, tendo como fundamento os fatos acima narrados;

b) com a determinação de *abster-se (o infrator) de praticar nova infração, ou seja, reincidir, sob pena de*

*agravamento da penalidade, a ser aplicada.*

Nada, portanto, à época, foi direcionado, administrativamente, aos demais demandados, co-proprietários da margem esquerda, Deitos, a partir de dezembro de 1978, e os demais a partir de setembro de 1989 (Petrelli, Prolik e Pereira).

Os atos em referência ensejaram ao Órgão do Ministério Público, primeiro, o oferecimento de denúncia, por contravenção, contra os então e atuais proprietários das áreas adjacentes a ambas as margens do rio Água Negra, por entendê-los sujeitos às sanções do Código Florestal (Lei n. 4.771/65, art. 26, letras *a* e *d*), tendo como fundamento de fato a destruição ou danificação de florestas de preservação permanente e danos a reservas biológicas. Trancado o processo contravençional por via de *habeas corpus* concedido por uma das Câmaras do Tribunal de Justiça, o *Parquet*, valendo-se da Lei n. 7.347, de 24/7/1985, propôs a presente Ação Civil Pública, enfocada na legislação que trata da proteção ao meio ambiente, por ele relacionada na inicial.

Para a comprovação dos atos e fatos apontados, contestados pelos demandados, a par da documentação exibida, retromencionada, a requerimento do *Parquet*, foi realizada perícia na área em evidência, bem como tomados depoimentos pessoais e ouvidas testemunhas arroladas pelas partes.

A perícia realizada (laudo, fl. 294 e segs.), por perito único, embora devesse ser múltiplice nas causas ambientais, recomenda a doutrina, haja vista que, compreendendo atos e



fatos de variada ordem, exige por parte dos expertos conhecimentos técnico-científicos correspondentes às diversas ocorrências versadas no empreendimento, ou a ele inerentes, próprias da espécie, levantadas pelas partes ou impostas pelas circunstâncias. Em verdade, nestas causas, ela, a perícia, para que possa atingir realmente os seus fins, deve equivaler à realização, *a posteriori*, de estudo e laudo de avaliação do impacto ambiental (EIA/AIA) relativos às obras questionadas, já executadas, com os mesmos pressupostos, a mesma e igual relevância exigível quando requerida *a priori* a Avaliação do Impacto Ambiental (AIA), por destinar-se à execução de obras apenas projetadas. No primeiro caso visa-se a obter a autorização/licenciamento para as obras; no segundo, a convalidação das obras, avaliada a ocorrência, ou não, de dano ambiental.

Não é esta a situação dos autos, vista a perícia — ilustram bem os quesitos formulados pelas partes — como se se tratasse de uma simples ação possessória com algumas implicações de danos atribuídos ao esbulhador, relacionados com a fauna e a flora, de interesse individual, embora múltiplo, e não de interesse difuso comum de todo o povo, objeto de especial consideração legal.

No caso, bióloga a perita, proficiente e capaz na área de seu conhecimento, ela própria se dá conta — e registra isso — que mais abrangente deveria ser a perícia, envolvendo, além dela, outros especialistas, como, aliás, é próprio da avaliação de impacto ambiental — pressupõe o Código de Processo Civil (art. 424, I) e se deduz da legislação que dispõe sobre a

matéria. Reforça esse entendimento o fato de que, em sede ambiental, embora intransigente deva-se ser no que tange à preservação da natureza, com vistas às novas gerações, necessário é que não se impeça o desfrute legítimo dos bens da vida, que ela a todos proporciona, não só ao proprietário como também a quem este queira entendê-lo, explorando-os a título de atrativo empresarial, ou não.

Em grande parte subjetivos os critérios de avaliação do impacto ambiental, embora com forte dose de objetividade, é preciso, portanto, sopesar os *prós* e os *contras* de uns e outros, para que, prevalecendo o senso médio, não sejam rejeitadas, de plano, propostas e propósitos que a todos venham — ou possam — favorecer.

Para adequadamente avaliar o conflito, começa-se pelo laudo pericial, que ensejou, em face da rejeição da impugnação de parcialidade, a interposição do agravo retido de fl. TJ-376, por sua vez desacolhido, no julgamento da causa, em primeiro grau. A *expert* realmente declara-se ambientalista, no bom sentido, haja vista trecho da carta de 23/9/1993, inserta à fl. TJ-286, quando, ao manifestar sua disposição de aceitar o encargo, justifica a sua atitude fazendo sentir que assim procedia em *apoio ao indispensável e louvável envolvimento da justiça na defesa do Meio Ambiente, e por entender que diante do atual modelo de desenvolvimento econômico imediatista, somente através da justiça, há, ainda que remotas, possibilidades de interferir no processo de destruição dos recursos naturais* [...].



Comprometida com a causa ambientalista, sem dúvida sim, mas facciosidade não se vislumbra. Isto se infere, eloqüentemente, dos termos do documento apresentado, tanto quanto possível documentado e ilustrado. Em destaque a erudição demonstrada pela ilustre experta no âmbito de sua especialidade, constata-se que ela limitou-se em dar respostas às indagações do Ministério Público, formuladas à fl. 264 e reproduzidas à fl. 291, deixando ao relento as oferecidas pelos demais demandados (Petrelli/Prolík, fls. 252 e 282; Deitos/Pereira, fl. 260). Da omissão não reclamaram as partes interessadas, tanto que, ouvidas, limitaram-se a impugná-lo, acoimando-o de parcial. Na verdade incompleto, sim, até mesmo pela deficiência das questões postas pelas partes, que não correspondem à expectativa própria da espécie, que se resume, em verdade, para bem decidir, na avaliação, *a posteriori*, em Juízo mitigado, do impacto ambiental, positivo ou negativo, decorrente das obras realizadas pelos demandados.

Aliás, essa deficiência não foi detectada a tempo pelo MM. Juiz *a quo*, tanto que se omitindo, ele próprio, de fazer indagações deixou ao líbido das partes a condução da prova, em que pese o caráter transindividual da matéria versada. As respostas dadas, no que tange às questões de fato, objeto da perícia, fazem-se acompanhar de valiosas informações quanto aos aspectos biológicos da fauna marinha, no geral, e, no particular, relevantes, certamente, diante dos eventuais efeitos sobre o ambiente pesquisado.

Assim é que, pertinentemente ao manguezal (ou manguezais), fo-

ram formuladas pelo Ministério Público, privilegiado pela perita, cinco indagações, objeto das respostas 1, 2, 3, 6 e 8, direta ou indiretamente relacionadas com o ecossistema, todas condenando os aterros realizados ao longo do tempo na área questionada, afetando-o, ou sejam, dois, um em 1983, outro em 1990. As demais indagações respondidas, em número de seis, referem-se a assuntos estranhos à especialidade da perita, portanto não técnicas as suas respostas, mas informações: obstrução do desagudouro (n. 4), efeitos das enchentes (n. 5), retificação do rio (n. 7); sugestão para recuperação da área (n. 9); ocorrência de descarga de esgoto (n. 10); época provável dos aterros, se recentes (n. 11), onde sinaliza um deles, na margem direita, ocorrido em 1988.

Privilegiadas as primeiras respostas, porque sintonizadas com a especialidade da perita, sujeitam-se ao confronto testemunhal, as últimas, que refogem a esse conhecimento. Como tal devem ser consideradas. Ainda mais diante da nota posta pela própria perita, ao encerrar o laudo, quando, entendendo multidisciplinar a matéria, assevera: “o laudo pericial ficou prejudicado em função da total ausência de recursos financeiros [...], em especial porque [...] para dar resposta detalhada aos quesitos formulados há necessidade de despesas com contratação de técnico em agrimensura, coleta e análise laboratorial da água, material fotográfico, consulta, interpretação e ampliação de fotografias aéreas entre outras” (fl. 313).

Por sua vez, o laudo do Perito Assistente indicado pelos demandados Petrelli/Prolík, significativo e confirmatório, reporta-se tão-só à ocor-

rência de dois aterramentos na área (margem esquerda); um antigo, realizado *antes de 3/7/89*, e outro mais recente, *próximo à data de 3/7/89*. Quanto a este último sinaliza que *não foram atingidas áreas de manguezal e nem o curso atual do rio*. Observa-se que a data posta como referência é precisamente a do compromisso de compra e venda firmado, em 3 de julho de 1989 (Av. 8/947), entre Deitos, Petrelli e outros.

Discorda o Laudo do Perito Assistente, no ponto em destaque, todavia, do depoimento do próprio Deitos (fl. 90), então indiciado em inquérito. Ouvido, esclarece, textualmente, que o último aterro teria ocorrido em março de 1990, “quando a área já pertencia ao Dr. Mário José Gonzaga Petrelli, Augusto Prolik, Pedro Pereira e o declarante, em partes iguais [...]”. Mas adverte: na ocasião foram colocadas “algumas cargas de barro em cima do aterro antigo feito em 1983, somente para nivelar a propriedade, com o total rigoroso respeito ao mangue que lá existe, e que é respeitado pelo declarante desde que é proprietário das terras [...]”.

É de se mencionar, ainda, em complemento, o Laudo de Vistoria Técnica, anexo ao memorial apresentado pelos demandados, ao ensejo do julgamento das apelações, junto aos autos (fls. 525 e 538 e segs.), por despacho do então Relator, Des. Pedro Manoel Abreu, sobre o qual se manifestou a Procuradoria-Geral de Justiça à fls. 569 e 570. Embora fartamente ilustrativo pouco acrescenta objetivamente para o deslinde da causa.

No que tange à prova oral, foram tomados os depoimentos pessoais

dos demandados, não contraditados, bem como de testemunhas, os quais, aqueles e estas, contribuindo, esclarecem e confirmam alguns pontos relevantes, não só de natureza temporal, relacionados com a época, como também com a autoria ou co-autoria das alterações ambientais havidas, as quais remontariam, algumas, aos antecessores dos demandados. Com efeito, os depoimentos de Pedro Pereira (fl. 404), antigo e atual proprietário da margem direita, e, recentemente, de parte da margem esquerda, e de Domingos Deitos, antigo proprietário de toda a margem esquerda, parcialmente alienada aos demais co-demandados (fls. 406), com a confirmação de testemunhas (Lourival Mota, fl. 410, e José Medeiros de Melo, fl. 411), ambos seus antecessores remotos, sinalizam que o rio Água Negra:

1. foi retificado e teve a sua desembocadura modificada, com a colaboração da Prefeitura Municipal, para evitar alagamentos e erosão, ainda na década de 70 (1977 ou 1978), por iniciativa e execução de Jarbas de Oliveira, a partir de quando deixou de espriaiar-se, nas enxurradas, pelas partes baixas dos terrenos ribeirinhos, nos quais, em alguns locais, formavam-se alagamentos temporários (lagoas);

2. o aterramento, com barro, por outro lado, iniciado na mesma época pelo demandado Pedro Pereira (de trinta ou quarenta centímetros), teve como motivação, afirma, evitar a erosão das margens, *sem nenhuma agressão ao meio ambiente*.

Outro depoente, vale assinalar, Erondino Augusto Dias (fl. 412), assevera que após a nova desembocadura

do rio, feita ainda na década de 70 pelo Sr. Jarbas, não tiveram mais problemas (com as enxurradas).

Vista e examinada a situação de fato, portanto, tal como sinalizam os autos, constata-se que ali, como de resto aconteceu em outros balneários, travou-se uma disputa entre membros da população local, acostumada a dispor, sem partilhar com estranhos, das belezas naturais da região e das bezenças que ela prodigalizava, e os adventícios, donos do capital que, empreendedores, nela viram a oportunidade de, com poucos investimentos, predatórios para uns, urbanísticos e desenvolvimentistas, porque ambientalmente assimiláveis, para outros, ganhar dinheiro, mola mestra das atividades humanas, desvendando para o mundo uma região ainda nativa e intocada, aprazível por sua própria natureza, que tinha tudo para *ser vendida* — e bem vendida — ao incrementado turismo do Sul do Continente.

Nessa hora, mostram os precedentes, historicamente conhecidos, os nativos perdem sempre. Sem poder competir, nem dispor de preparo e informações, cedem o próprio lugar, deslocam-se, afastam-se sempre mais, até tornarem-se estranhos, senão intrusos, no meio em que até bem pouco tempo por inteiro dominavam! Explica-se, então, essa luta travada, à frente os jovens, que esperavam poder continuar revivendo os tempos de seus pais e avós, sem se dar conta que aquele patrimônio que desfrutavam, o progresso, que talvez também perseguissem, haveria de arrebatá-lhes.

Este é o sinal dos novos tempos, já vividos em outros balneários

deste mesmo litoral: para uns é progresso, criação de empregos, desenvolvimento; para outros, todavia, isto outra coisa não é senão *destruição dos recursos naturais*, com mero interesse de lucro rápido e fácil. Às duas visões que se antepunham, a do passado, que não quer mudar; e a do presente, que quer tudo rever, para vender e ganhar dinheiro, surge, agora, a terceira que, amadurecida e experiente, a ambas quer contentar: mudar, sim, mas conservar, quanto possível, compensando as perdas, ou seja, promovendo o desenvolvimento, sim, mas sustentado, sem prejuízo da manutenção do equilíbrio ecológico, vale dizer, como deseja a ilustre perita, sem destruir. Esta a lição que emerge deste conflito que vale por si só, isto é, já é uma vitória para quem o deflagra, sem ser uma derrota para quem lhe deu causa.

Tais são os fatos e circunstâncias trazidos a exame, por provocação do Órgão do Ministério Público que, vigilante, propõe-se defender a sociedade, que entende afetada pelos atos e ações dos demandados. Posto como parte, não apenas como fiscal da lei, as pretensões que persegue, todavia, sujeitam-se ao princípio do contraditório, que enseja aos demandados a ampla defesa, de forma a que, ouvidas ambas as partes, composto regularmente o litígio, a solução que sobrevenha, antes de imposição, seja a resultante dos direitos que convergem, harmonicamente aplicados, todos igualmente respeitáveis: os direitos difusos da sociedade e os direitos individuais do cidadão.

Na verdade a Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981 — só então disso cogitando —, antes de reprimir, vi-

sa a disciplinar o uso dos bens da vida presentes no meio ambiente, por meio de políticas que consultem às conveniências da sociedade, limitando, mas não impedindo, ou inviabilizando o uso e gozo da propriedade. Velar pela higidez da natureza, sim; endeusá-la, fazendo-a intocável, como se esta fosse a única forma de preservá-la, não é o seu propósito.

Com efeito, como tudo no mundo, os bens que existem na natureza estão à disposição do homem, seu destinatário final, necessários, aliás, a sua sobrevivência. Assim, deles desfrutar, sem comprometer a sua perpetuidade, proteger e respeitar o ambiente em que eles interagem, conservar, embelezar, reconstituir, sem magoar ou exaurir os bens da vida, é quanto se exige e quanto basta! E se assim é, na avaliação do impacto ambiental decorrente da ação do homem perdem significação eventuais danos que, mínimos ou minimizáveis, a eles se superponham os proveitos que ao homem, como um todo, acarretem, compensando-se assim a comunidade, local ou nacional, favorecida e enriquecida de outra forma.

Em suma, a sociedade, como um todo, em nome do resguardo e em defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, tem o direito não só de impedir o uso e fruição predatórios da propriedade, bem como de evitar a alteração adversa de suas características, nada mais! Fora daí todo o respaldo e todo o respeito é devido ao direito de propriedade, tal como consigna o art. 5º, *caput*, da Constituição, e demais disposições infraconstitucionais que o ilustram e conformam. É com essa visão e enfoque, portanto, que deve ser examinado e composto

o presente conflito deslanchado pelo Ministério Público, aqui na dupla função, defensor dos interesses difusos da comunidade e fiscal da lei, de que nunca se aparta.

Assim, dando seqüência, assinala-se a existência de dificuldades várias, obstaculizantes, embora não impeditivas, para que a resposta exata e adequada possa a tempo ser dada à sociedade, que postula, e aos interessados que dentro da lei, com direitos também, resistem. Dentre estas dificuldades, a primeira e principal consiste na falta de um estudo da situação de fato, abrangente e adequado, que tenha avaliado, diante das alterações havidas, patrocinadas pelos demandados, o efeito delas sobre o ambiente questionado, estudo preliminar esse, hoje necessário, senão exigido, para a realização de qualquer obra da natureza questionada, precaução que não deve deixar de ser tomada pelos empreendedores em geral. Em alguns países, sinalizam doutrinadores, já é admitida, voluntariamente, a auditoria ambiental prévia para tais iniciativas.

Dessa forma, é de se esperar que a perícia, em questões como estas, ao tempo em que levante os atos e fatos criados pelos demandados, os analise adequadamente, segundo o impacto (negativo, positivo, neutro, tolerável, intolerável) que provocam sobre o meio ambiente, oferecendo respostas que o defendam, sugestões que o acautelem, sem inviabilizar, se possível e compatível, as iniciativas que a sociedade, por meio dos empreendedores em geral, pretenda tomar em benefício da comunidade como um todo.

Não foi esta, todavia, a tônica adotada. Assim, o seu real objetivo sequer chegou a ser alcançado, nem as partes, aliás, por suas indagações, o ensejaram. Com efeito, em sede ambiental não basta à perícia apenas apontar as alterações havidas, mas estudá-las, avaliá-las, qualificando-as em adversas, reparáveis, toleráveis, indicando, se for o caso, as medidas necessárias para evitar-se a degradação, potencialmente esperada. É que nas perícias da espécie, presente o interesse público, a que não se alheia o interesse difuso, os peritos devem esquecer as partes, para ver apenas a compatibilidade do empreendimento, motivando adequadamente tanto a recusa como a aprovação.

De fato, no caso, a perícia não visa a constatar se foi feito aterro, para que seja retirado, ou se o rio foi retificado, para ser devolvido ao seu leito antigo, mas para ver — e apurar — se esse aterro e se essa retificação afetaram *bem* ou *mal* o ambiente, isto é, se adversamente o degradaram e, portanto, sobre se, como tal, devem ser desfeitos, podem ser desfeitos e, também, se desfeitos ensejariam o retorno ao *status quo ante* ecologicamente aspirado ou desejado, sem o que seria frustrante, senão inútil.

Impõe-se, por isso, ao Magistrado, a quem cabe, afinal, decidir, com os elementos de que dispõe, solucionar o conflito retratado no processo, tendo presente que, no caso, põem-se em confronto a garantia individual do direito de propriedade e o direito, também fundamental, de preservação do meio ambiente. A compatibilização de ambos, sem sacrifício de um e outro, igualmente relevantes, portanto, é a missão do Juiz a

quem feitos deste tipo são submetidos. Não é demais lembrar, citando Paulo de Bessa Antunes (Ação Civil Pública, Meio Ambiente e Terras Indígenas, Ed. Lumen Juris, pág. 67), que a Política Nacional do Meio Ambiente é instrumento de “intervenção no domínio econômico e na esfera do direito de propriedade, pelo que, nesta condição, somente são legítimos e válidos com expressa previsão legal”.

Assim, quanto aos fatos, as modificações ambientais objeto de questionamento no presente feito, em destaque seus autores e/ou responsáveis, a teor dos elementos colhidos, presentes nos autos, podem ser assim resumidas:

1. em relação a ambas as margens, de interesse comum, as alterações feitas consistiram na retificação do rio Água Negra, bem assim na modificação de sua desembocadura, o que aconteceu ainda na década de 70 (entre 77 e 78), executada pelos antecessores dos demandados, no caso Jarbas de Oliveira e Lourival Mota (depoimentos de fls. 404 a 412);

2. em relação à margem direita, de propriedade exclusiva de Pedro Pereira, as alterações ambientais por este efetivadas consistiram, substancialmente, no enrocamento das margens e no aterramento da ordem de 4.000,00m<sup>2</sup>, para a construção do *camping*, realizados em fins de 1988/início de 1989 (set. a jan./fev./89), haja vista os Autos de Infração da Fatma (fls. 22, 27 e 29; laudo da perícia, fls. 309/310, quesito n. 11);

3. em relação à margem esquerda, de propriedade exclusiva de Domingos Deitos, até 3 de julho de 1989 e depois do condomínio constituí-

do por este e pelos demais demandados Augusto Prolik, Mário José Gonzaga Petrelli e Pedro Pereira, ditas alterações consistiram, substancialmente, no aterramento, com vistas ao futuro loteamento, em duas fases: a primeira, com a colaboração da Prefeitura Municipal, em 1983, após uma grande enchente; a segunda, em início de 1990, quando foram colocadas *algumas cargas de barro em cima do aterro de 1983* (Deitos à Polícia, fl. 90; Edi João Machado, *idem*, fl. 72), sendo de destacar-se que: Deitos agiu sozinho até 1989/90, parcialmente, com os demais Prolik/Petrelli/Pereira, subseqüentemente.

Os aterramentos, em ambas as margens, feitos e refeitos em épocas diversas (1977/78, 1983, 1988 e 1990), atingiram parcialmente os manguezais (a perita afirma que os destruíram, mas há elementos nos autos informando que os reduziram).

Urbanizada a área, já não guarda as características ambientais anteriores à sua ocupação, mesmo porque modificada a sua destinação: o ambiente rural cedeu à vocação turística, comum em todo o litoral brasileiro, em particular o de Santa Catarina, dado o seu clima ameno e a sua proximidade com os países do Cone Sul do Continente.

Como óbice legal às pretensões dos demandados, questionadas nestes autos, o autor aponta a Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, que estabeleceu a *Política Nacional do Meio Ambiente*, acionada pela Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que instituiu a *Ação Civil Pública*, voltada, nessa parte, para a defesa dos bens e

interesses difusos da comunidade nacional, a que a espécie se afeiçoa.

Exposta a situação de fato, tal como consignada, faz-se mister examinar o direito aplicável. Nesse aspecto, em termos de meio ambiente, as leis que dele se ocupam no plano federal são normativas, de caráter geral, e, por isso, não exaurindo inteiramente a matéria nelas versada, deixam margem à complementação pelos Estados, aos quais a Constituição confere competência concorrente; e estaduais, por isso, as leis que as suplementam ou complementam, regulando, agora sim, final e terminativamente, sem deixar resíduos, o processo legislativo pertinente, segundo a competência estatuída no art. 24 da Constituição. De outra natureza as municipais que possam, sem conflito, dele ocupar-se, com base no inciso II do art. 30 da CF, segundo os interesses locais reservados pelo inciso I do mesmo artigo.

Nesse passo, revendo as disposições legislativas pertinentes à defesa e proteção do meio ambiente inserem-se, primeiro, nas Constituições da União e dos Estados e, localmente, nas Leis Orgânicas Municipais. A União o faz, institucionalmente, a teor dos arts. 23, VI, 170, VI; 200, VIII, e 225; o Estado de Santa Catarina, nos termos dos arts. 9º, III e VI, 10, VI e VIII, 39, XIII, 107, I, g, 138, IV, 144, § 2º, 164, IV, 177, III, 181, 182, §§ 1º e 2º (declarado inconstitucional o § 3º — ADIn n. 1.086-7, de 1994), 183, 184 e 185 da Constituição.

No plano infraconstitucional, o Estado de Santa Catarina, antecipando-se à União, ainda sob a Carta



67/69, fazendo uso da competência que esta lhe era assegurada, editou a Lei n. 5.793, de 15 de outubro de 1980, ressalvada a legislação da União (art. 1º), quando viesse dispor a respeito. A lei estadual foi objeto de regulamentação pelo Decreto n. 14.250, de 5 de junho de 1981, uma e outro ainda em vigor naquilo que não contrariam a legislação federal superveniente.

A legislação federal protetiva pertinente, ressalvada pelo Estado, nasceu com a edição da Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981 que, a teor do § 2º do art. 24 da CF, suspende a eficácia da legislação estadual, *no que lhe for contrário*. Certo entretanto que, antes disso, de forma fragmentária, como sinaliza Hely Lopes Meirelles, leis outras foram editadas no País, a partir da Revolução de 30, com o advento do Código Florestal (Decreto n. 23.793, de 23/1/1934), do Código de Minas (Decreto n. 24.642, de 10/7/1934) e do Código de Águas (Decreto n. 24.643, de 10/7/1934), visando a regular a utilização das riquezas neles indicadas, sem que tivesse por escopo precípua a defesa e proteção do meio ambiente, àquele tempo fora das preocupações do homem e da humanidade que, com os instrumentos então disponíveis, segundo o juízo comum, seria incapaz de conspurcá-lo irreversivelmente e de consumir, sem reposição, os recursos naturais, tidos como inesgotáveis.

Indicada assim a legislação de regência, por sua natureza interventiva no domínio econômico, restritiva do direito de propriedade, é preciso não olvidar que, no Estado de Direito são as leis que governam, não as pessoas, nem mesmo as instituições. E

governo de leis significa respeito ao princípio da legalidade, inerente ao Estado Democrático de Direito, cuja doutrina precisa é bem sinalizada por Celso Antônio Bandeira de Mello, de quem se tem valido a Advocacia Geral da União — AGU, haja vista o Parecer n. GQ—130, de 4/9/1997, aprovado, do Consultor Wilson Teles de Macedo (Rev. de Dir. Adm. 210:309-330, out./dez. 1997), enfocado, nessa parte, em duas de suas obras (Elementos de Direito Administrativo, 2ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1991, pág. 301 e segs. e Curso de Direito Administrativo, 5ª ed., Malheiros, 1994, pág. 49 e segs.), lembrando-as nesses contextos:

“23. A respeito do sentido que se atribui ao princípio da legalidade, de maneira fundamentada e consistente, Celso Antônio Bandeira de Mello manifestou-se, mais de uma vez, prelecionando, *verbis*: ‘No Estado de Direito, a Administração só pode agir, em obediência à lei, esforçada nela e tendo em mira o fiel cumprimento das finalidades assinaladas na ordenação normativa [...]. Como é sabido, o liame que vincula a Administração à lei é muito mais estrito que o travado entre a lei e o comportamento dos particulares’.

[...]

“24. Noutra produção de cunho jurídico, este jurista reafirma suas proposições: ‘No Brasil, o princípio da legalidade, além de assentar-se na própria estrutura do Estado de Direito e, pois, no sistema constitucional como um todo, está radicado especificamente nos arts. 5º, II, 37 e 84, IV. Estes dispositivos atribuem ao princípio em causa uma compostura muito



estrita e rigorosa, não deixando válvula para que o Executivo se evada de seus grilhões [...]. Nos termos do art. 5º, II, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Aí não se diz em virtude de decreto, regulamento, resolução, portaria ou quejandos. Diz-se em virtude de lei. Logo, a Administração não pode proibir ou impor o comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá o que for para coarctar a liberdade dos administrados, salvo se, em lei, já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar.”

Claro que a asserção não compreende os regulamentos administrativos de execução, mas compreende os chamados regulamentos autônomos que, no conceito de Fernando Andrade Oliveira (*Limitações Administrativas à Propriedade Privada Imobiliária*, Forense, 1982, pág. 231), reportando-se ao art. 159, § 2º, da Carta de 69 (CF, 1988, art. 5º, II), representa frontal ofensa ao preceito constitucional referido, cujo texto já expressamente abrigou toda a matéria nas reservas da lei.

Enfocado o princípio de legalidade, tal como posto, os poderes atribuídos às autoridades federais, de qualquer nível, por força da lei federal, sem respaldo constitucional expresso,

1. não se impõem aos órgãos estaduais — e mesmo municipais —, sendo extravagante e incompatível com a ordem jurídica que preside as

relações da espécie o conúbio direto de uns e outros, à revelia das instituições maiores;

2. não têm competência para requisitar de órgãos e instituições estaduais e municipais medidas e providências administrativas de qualquer espécie, porque desprovidas de conteúdo jurídico-institucional.

Assim, diante dos fatos alegados pelo Ministério Público nesta Ação Civil Pública, que, a seu juízo, respaldam a iniciativa tomada, por outro lado contrapostos pelos demandados, ao decidir é preciso ajustá-los ao direito pertinente, levando-se em consideração, primeiro a legislação e depois, a teor desta, a doutrina e a jurisprudência, tendo como referência a r. sentença de primeiro grau, as razões e contra-razões, que a contestam ou a aplaudem.

Vale assinalar, por isso, desde logo, com apoio em texto do Promotor Fillipe Augusto Vieira de Andrade (*Direito Ambiental em Evolução*, in *Perícia Multidisciplinar no Direito Ambiental*, Ed. Juruá, 1998, pág. 94), que três são os pressupostos — não apenas um — para a procedência da ação de responsabilidade civil da espécie, independente de culpa: dano, autoria,nexo causal, *in verbis*:

“[...] para sucesso das demandas contra os poluidores ou predadores diretos ou indiretos (LF n. 6.938/81, art. 3º, inc. IV, e art. 4º, inc. VII) basta a existência de prova sobre a autoria,nexo ou liame causal e da situação de risco ou do efetivo impacto ambiental”.

Para esse efeito, de começo registra-se que, no curso da ocorrência dos fatos noticiados nos autos, a le-

gislação de regência sofreu profundas modificações, vivenciadas, aliás, pelo douto Órgão do Ministério Público. Rechaçada a pretensão inicial de atingir os demandados pela via da contravenção penal, à luz do Código Florestal (Lei n. 4.771/65, art. 26, *a e d*), consoante a denúncia de 24/9/91 (fl. 16), variou o *Parquet*, redirecionando a composição do conflito. Optou por propor a Ação Civil Pública, regulada pela Lei n. 7.347, de 27/4/85, enquadrados os fatos e o direito na Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente.

Em verdade, no período a que se reportam os fatos (fins da década de 70 — início da década de 90), a legislação infraconstitucional, editada sob a égide da Carta de 67/69, recepcionada, passou a sofrer os efeitos da Constituição de 88, que se ocupou ampla, direta e especificamente do tema (art. 225, entre outros), bem como a Constituição do Estado (arts. 181 a 185 e outros).

Assim, sob o regime da Constituição Federal de 1967 (Emenda n. 1/69), foi reservada à União a prerrogativa de, sem prejuízo da competência supletiva e complementar dos Estados, legislar sobre defesa e proteção da saúde (art. 8º, XVII, *c*, e parágrafo único), o que compreendia a defesa, a proteção e a conservação do meio ambiente ecologicamente saudável, sinal destes novos tempos, di-lo a Lei n. 6.938/81, sob a sua égide editada. Pôs-se em dia o País, instituindo a política nacional do meio ambiente, mantida a legislação esparsa que, na expressão de Hely Lopes Meirelles, fragmentariamente já cuidava da espécie, mas não com a largueza atual.

De fato, já em aplicação a aludida Lei n. 6.938/81, sobrevinda a Carta de 1988, esta não só recepcionou a legislação infraconstitucional vigente, como a institucionalizou, definitivamente, consoante os arts. 23, incisos III, IV, VI e VII, 24, VIII, 170, VI, 174, § 1º, e 225. A tentativa de alguns setores de incompatibilizar a Lei n. 6.938/81, com a nova ordem constitucional, bem assim, posteriormente, o seu art. 14, § 1º, com a Lei n. 7.347/85, que instituiu a Ação Civil Pública, não encontrou respaldo maior (Hugo Nigro Mazzilli, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 5ª ed., págs. 77 e 304).

Então, em termos nacionais, portanto, hoje, disciplinam a matéria no País, em conjugação com a própria Constituição Federal, a Lei n. 6.938, de 31 agosto de 1981, e suas modificações (Lei n. 7.804, de 18 de julho de 1989), e a Lei n. 8.028, de 12 de abril de 1990), sem prejuízo, todavia, da legislação esparsa que, direta ou indiretamente, ocupa-se do assunto, bem como da Constituição dos Estados Membros e legislação local correspondente que, residualmente, concorre com a federal. E também da legislação dos Municípios que, segundo alguns, a despeito da omissão do art. 24, *caput*, os vêem autorizados a legislar a respeito, com base no princípio geral que emerge do art. 30, II, VIII e IX, todos da Constituição Federal, isto é, suplementando a legislação federal e estadual, ainda assim dentro do contexto estritamente local.

No Estado de Santa Catarina, registra-se, a lei federal (Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981) foi precedida pela Lei Estadual n. 5.793, de 16 de outubro de 1980 (ver também Lei

n. 5.960, de 4 de novembro de 1981). Esta lei, ressalvando a competência da União (art. 1º), de fato, antecipou-se à normatização geral nacional e dispôs, objetivamente, sobre a *proteção e melhoria da qualidade ambiental*, cuja eficácia, a teor do § 4º do art. 24 da Constituição, mantém-se naquilo que não *for contrário* à aludida lei federal superveniente. Regulamentou-a o Decreto n. 14.250, de 5 de junho de 1981.

No plano municipal, segundo alude o autor na inicial, o tema não foi relegado, dispondo a Lei Orgânica do Município de Governador Celso Ramos, no art. 161, serem *de preservação permanente os manguezais, pântanos e brejos*, os quais, como tal *não poderiam ser transferidos a particulares a qualquer título (sic)*.

Dos municípios, aliás, não se têm esquecido os legisladores dos demais entes federados, haja vista que a Lei Estadual, em seu art. 5º, com ou sem respeito à autonomia municipal, impõe às suas *entidades e órgãos públicos* articulação com os do Estado na execução da política de *proteção e melhoria da qualidade ambiental*. E também, com igual perplexidade, deles se ocupa a Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, ao inseri-los na execução da política ambiental (arts. 5º, 11, § 1º, e 14, entre outros). Embora o inciso VI do art. 23 da Constituição Federal confira aos Municípios competência comum para *proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas*, ele o fará, contudo, na forma e nos termos da legislação própria, local, conquanto informados na legislação federal/estadual pertinentes, que as municipalida-

des também devem cumprir e fazer cumprir.

A legislação básica, acima citada, por sua vez, tem sido objeto de farta regulamentação; pelo Decreto Federal n. 88.351, de 1º/6/1983, substituído pelo Decreto Federal n. 99.274, de 6/6/1990, aos quais se somam as Resoluções dos órgãos executores da política ambiental, sob a supervisão do Conselho Nacional do Meio Ambiente — Conama, em destaque para a espécie a Resolução n. 1, de 23/1/1986, que estabelece as diretrizes para uso e implementação da avaliação de impacto ambiental, e, bem assim, a Resolução n. 6/87, no que concerne ao licenciamento ambiental. Mais ainda, interferindo nessa legislação para implementá-la, impondo-a aos eventuais recalcitrantes, sobreveio e subsiste a já referida Lei n. 7.347, de 24/7/1985, que dispõe sobre a Ação Civil Pública, base e fundamento para a inserção do Poder Judiciário no esquema protecional alvitrado, sob nova e especial disciplina.

A elas, todavia, é de acrescentar-se, ainda, vale referir, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11/9/90), que, por força do § 3º do art. 103, confere às *vítimas de danos pessoalmente sofridos a possibilidade de se beneficiarem da coisa julgada decorrente de sentença que julgue procedente pedido formulado em ação civil pública*, lembra Francisco José Marques Sampaio (Responsabilidade Civil e Reparação de Danos ao Meio Ambiente, Lumen Juris, 1998, pág. 58 e segs.), embora necessária, antes, liquidação por artigos, *a fim de provar o dano pessoalmente sofrido, seu montante e o respectivo nexo de causalidade*.

Ao que se observa, então, coexistem e concorrem, tratando do mesmo tema, leis federais, leis estaduais e mesmo municipais, editadas antes e depois da atual Constituição, disciplinando atos e fatos de natureza ambiental, todas reconhecidas como tal, haja vista os termos dos §§ 1º e 2º do art. 6º da Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, dispositivo este que, de certa forma, confunde o princípio federativo, pois o poder de legislar dos Estados e dos Municípios não provém da lei federal, mas da Constituição. No caso, os Estados o têm, supletivamente, de fato, por força do art. 24, VI, da CF; mas os Municípios não, salvo, como querem alguns, diante do que dispõe o art. 30, II, da Carta (v. adiante). Essa competência concorrente, tal como posta, dos entes federados, para legislar e administrar os interesses difusos relacionados com o meio ambiente que se quer ecologicamente equilibrado, gera perplexidades que a doutrina e, com base nesta, a jurisprudência vêm tentando solucionar. Assim é que:

1. decidiu o Supremo Tribunal Federal:

"[...] a competência legislativa da União para baixar normas gerais sobre proteção e defesa da saúde, e abranger as relativas ao meio ambiente, não exclui a dos Estados para legislar supletiva e complementarmente sobre a matéria desde que respeitadas as linhas ditadas pela União, admitida a prevalência da legislação estadual, editada com base na regra de competência da Carta Federal" (STF, 1ª Turma, RE 143.757-0/RJ, DJU de 15/9/1995, pág. 29.516, *apud* Theotônio Negrão, CPC, 30ª ed., Saraiva,

1999, nota 5 ao art. 1º da Lei n. 7.347/85);

2. a repartição da competência legislativa, segundo a doutrina de Paulo de Bessa Antunes (Ação Civil Pública Meio Ambiente e Terras Indígenas, Ed. *Lumen Juris*, 1998, págs. 104/106), tem claro objetivo de descentralizar a proteção ambiental, por isso que institui um sistema legislativo complexo e que nem sempre funciona de modo integrado, mas válido, porquanto possibilita aos Estados estabelecer as suas próprias normas de tutela ambiental, embora acopladas às da União, bem como criar seus próprios instrumentos de atuação, atendida, todavia, a advertência (*idem*, pág. 67), segundo a qual *não é facultado aos integrantes do sistema, em razão do regime constitucional, a criação de instrumentos diferentes daqueles previstos para a totalidade da Nação*. Disto, aliás, bem ciente — ou acautelado — pôs-se o Estado de Santa Catarina, haja vista a ressalva posta no art. 1º da lei local de regência (Lei n. 5.793, de 16 de outubro de 1980), dispositivo este ajustado ao § 4º do art. 24 da CF;

3. os Municípios, por sua vez, elevados à condição de integrantes da Federação (CF, art. 1º), na forma do art. 23 da Lei Fundamental, têm competência administrativa para defender o meio ambiente (ob. cit., pág. 106); mas não podem legislar, pois não o prevê o art. 24 da Constituição, entendimento esse, ressalva-se, não pacífico.

Com efeito, quanto a estes últimos, segundo alguns, a exclusão da competência legislativa dos Municípios para legislar sobre direito ambiental, a despeito de não inserida, como concorrente (CF, art. 24, VI), ainda assim

subsistiria, a teor dos incisos II, VIII e IX do art. 30 da Constituição, em se tratando de matéria de interesse local, como tal configurada no inciso I do mesmo artigo. Esse, aliás, o entendimento de Ana Cláudia Bento Graf (Temas de Direito Ambiental e Urbanístico, Limonad, 1998, pág. 50), ao referir-se ao tópico. E o faz com ressalva, ou seja, *desde que observadas as condições estabelecidas na própria Constituição Federal: tratar-se de assuntos de interesse local e respeitar o disposto na legislação federal e estadual*. Em suma, as normas jurídicas, eventualmente editadas pelos municípios, que possam caracterizar-se como instrumento de defesa do meio ambiente local, não se confundem com aquelas provenientes da União e dos Estados. O que estas não vedam, ou disciplinam, não podem os Municípios fazê-lo, por isso que, nessa área, não podem eles, ampliando a própria competência, limitar o exercício do direito de propriedade, reservado à União e aos Estados (art. 23 da CF), eis que de limitação tal é a espécie (v. Paulo de Bessa Antunes, Ação Civil Pública, Meio Ambiente e Terras Indígenas, *Lumen Juris*, pág. 67).

Por outro lado, visto o direito de propriedade sob o ângulo da degradação e/ou poluição ambiental, observa-se que, questionado neste Século, sobreviveu aos regimes políticos que o anatematizaram, consolidando-se definitivamente como um dos esteios, senão o principal deles, que possibilita ao homem a sua auto-realização como indivíduo distinto da coletividade (ou comunidade) a que se integra. E é justamente por ser distinto da coletividade a que se agrega e compõe que esta pode dele, do homem, isola-

do e individualmente, cobrar — e exigir — atos e atitudes personalíssimas que contribuam para a plena consecução dos objetivos materiais e morais que aquela persegue.

E é para retardar — não para impedir, porque inevitável — o encontro do homem com este destino irrefragável que a humanidade, acordando, deu-se conta que algo devia ser feito, para desacelerar o processo degenerativo do meio ambiente planetário. Este, sem dúvida, o pressuposto maior que gerou o advento, em termos mundiais, da legislação destinada à contenção desse processo, inclusive no Brasil. Bem por isso, a Constituição de 1988, a par de inserir o direito à propriedade entre os fundamentais (Constituição, art. 5º, XXII e XXIII), ao cuidar da ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (art. 170), contemplando-o, igualmente, enumerou-o entre os princípios que asseguram a *todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*.

Assim, mantido e defendido o direito de propriedade, por sua função social, que não pode ser esquecida, o exercício dela em todas as escalas deve ser feito em termos de, direta ou indiretamente, não gerar prejuízos à população como um todo, ou seja, à saúde, à segurança, ao bem-estar e, mais ainda, ao que, por sua nocividade e atuação humana, possa comprometer a qualidade de vida.

Mas, como assinala Paulo Henrique Blasi, citado por Antônio Carlos Brasil Pinto, ao ocupar-se do tema:

“[...] o princípio da função social não é contraposto ao direito de propriedade, tanto que, ao contrário, ali se



promove a integração entre ambos: deve um ao outro compatibilizar-se; dependendo da intensidade dessa compatibilização surgirá, com relação a esta ou àquela forma de propriedade, o conceito de propriedade-função social” (Turismo e Meio Ambiente, Papius, 1998, pág. 64).

Não é outra coisa lembrada por Hely Lopes Meirelles. Depois de alertar sobre a necessidade de serem estabelecidos, previamente, critérios objetivos, de forma a que as pessoas possam avaliar, com exatidão, os atos que praticam, tendo como enfoque o meio ambiente, preleciona:

“Em sentido amplo, poluição é toda alteração das propriedades naturais do meio ambiente, causada por agente de qualquer espécie, prejudicial à saúde, à segurança ou ao bem-estar da população sujeita aos seus efeitos” (Proteção Ambiental e Ação Civil Pública, *in* RT 611/617).

O conceito de certa forma ajusta-se ao que é explicitado no plano legal (art. 3º, III, e alíneas, da Lei n. 6.938/81), cuja redação, aliás, vale examinar. Conforme o texto legal, distintos são os institutos ali sinalizados: degradação (inciso II) e poluição (inciso III). Esta, deduz-se, é espécie; a outra, o gênero. Assim, se a degradação da qualidade ambiental é toda e qualquer alteração adversa das características do meio ambiente, a poluição, como espécie, é a alteração adversa da qualidade ambiental resultante de atividades, que causem, ao meio ambiente, os efeitos danosos sinalizados na lei.

Assim, como dito, enquanto a degradação, em sentido abrangente, compreende toda e qualquer altera-

ção adversa ocorrida no meio ambiente por fato da natureza (vulcão, terremoto, enchente, deslizamentos naturais) e, ainda, lato o sentido, também por ato do homem, já a poluição, resulta (provém) sempre de atividade (ato, ação), que só ao homem pode ser atribuída. Ato, segundo De Plácido e Silva, indica, de modo geral, “toda ação resultante da manifestação da vontade ou promovida pela vontade da pessoa, ou seja, tudo o que acontece pela vontade de alguém”. Assim, a poluição não resulta de atividade usada por agente de qualquer espécie, mas por um só agente, racional e consciente, agindo ou concorrendo para o resultado, que é o homem, o dono do Universo, como tal sinalizado no inciso IV do art. 3º da Lei.

Aliás, do conceito de poluidor, tal como posto no inciso IV do art. 3º da Lei, deduz-se que, para os seus efeitos, poluição e degradação ambiental, relacionando-se, ora distinguem-se, ora são uma e a mesma coisa, embora não seja isto que as palavras e a linguagem denotam.

José Roque Nunes Marques, nas invocações que faz, parece inverter os conceitos. Assim, reporta-se à Academia de Ciências do Estado de São Paulo, para a qual degradação ambiental é o “processo gradual de alteração negativa do ambiente resultante de atividades humanas que podem causar desequilíbrio e destruição, parcial ou total, dos ecossistemas”. Já por poluição, agora informado no Decreto n. 303, de 28/2/1967 (art. 1º), “seria qualquer alteração das propriedades físicas, químicas ou biológicas do meio ambiente (solo, água, ar), causada por qualquer substância sólida, líquida, gasosa ou em qualquer estado

da matéria que, direta ou indiretamente, seja nociva ou ofensiva à saúde; crie condições inadequadas para fins domésticos, agropecuários, industriais e outros; ou ocasione dano à fauna e à flora” (Direito Ambiental, LTR, 1999, págs. 90 e 93).

Mas é o próprio Nunes Marques (ob. loc. cit., pág. 91) que ainda traz à colação o entendimento do Comitê Científico da Casa Branca, 1966, cujo relatório assim a define:

“Poluição é uma modificação desfavorável do meio ambiente natural, que se apresenta no todo ou em parte como um subproduto da ação humana, através dos efeitos diretos e indiretos que vão alterar os critérios de distribuição dos fluxos de energia, dos níveis de radiação, da constituição físico-química do meio natural e da abundância de espécies vivas”.

Não bastasse isso, é de se lembrar o art. 54 da Lei dos Crimes Ambientais (Lei n. 9.605, de 12/1/98), cujo art. 54, deles se ocupando, ao dispor sobre a imputação do delito que lhes corresponde, qualifica a poluição como consequência de ação do homem:

“Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza, em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana ou que provoquem a mortalidade de animais ou a destruição significativa da flora: [...]”.

Mas nem todas as alterações ambientais promovidas pelo homem são adversas, tanto que assim se consideram apenas aquelas que decorram de atividades humanas cujo grau de nocividade, ou malignidade, afetando o meio ambiente, geram os efeitos desfavoráveis, como tal enumera-

dos na lei de regência da política nacional da espécie (art. 3º, inciso III, da Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981). A asserção assenta-se na doutrina de Hely Lopes Meirelles, invocada por Darlan Rodrigues Bittencourt/Ricardo Kochinski Marcondes (Lineamentos da Responsabilidade Civil Ambiental — RT 740, pág. 80).

Hely Lopes Meirelles ressalva:

“[...] as alterações, quando normais e toleráveis, não merecem contenção e repressão, só exigindo combate quando se tornam intoleráveis e prejudiciais à comunidade, caracterizando poluição reprimível”.

Mas é o mesmo autor que reclama, até com alguma contundência, para esse efeito, da “necessidade de prévia fixação técnica e legal dos índices de tolerabilidade, ou seja, de padrões admissíveis de alterabilidade de cada ambiente, para cada atividade poluidora, não se compreendendo nem se legitimando as formas drásticas de interdição de indústrias e atividades lícitas por critérios pessoais da autoridade, sob o impacto de campanhas emocionais que se desenvolvem em clima de verdadeira psicose coletiva de combate à poluição” (ob. e loc. cit.).

Examinando o direito sob outro ângulo, é preciso registrar que a legislação nem sempre acoiou de irregulares e ilegítimas as alterações ambientais, mesmo adversas. Fruto de concepções novas do Universo e da certeza de sua consumação no fim dos séculos, o homem passa a preocupar-se com o seu destino. Surgiu a legislação de proteção ambiental com o propósito de retardar quanto possível o inevitável fim, entre nós a Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, que



define, no País, a Política Nacional do Meio Ambiente. Complementando-a, subseqüentemente, informada no inciso III do art. 3º da Lei Complementar n. 40, de 14/12/1981, que dispôs sobre a Organização do Ministério Público, sobreveio a Lei n. 7.347, de 24/7/1985, que disciplinou a *ação civil pública*, instrumento voltado, entre outros, para a composição judicial dos conflitos atinentes à responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente.

O art. 4º da Lei n. 6.938/81 é que, realmente, ao dispor sobre o objetivo da Política Nacional do Meio Ambiente, no inciso VII, impõe ao poluidor e ao predador a obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados; ao usuário a contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos. Essa reparação tem assento no § 3º do art. 225 da Constituição, segundo o qual as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A antecipação havida no Estado de Santa Catarina, pela Lei Estadual n. 5.793, de 16 de outubro de 1980, modificada pela Lei n. 5.960, de 4 de novembro de 1981, que dispôs sobre a *proteção e melhoria da qualidade ambiental*, regulamentada pelo Decreto n. 14.250, de 5 de junho de 1981, não altera o termo inicial apontado.

Limitante do direito de propriedade, competência reservada à União, a legislação local acostada à Carta de 67/69, não tinha como impor-se como tal. A competência plena

dos Estados para dispor sobre a matéria enquanto omissa a União só sobreveio com a Constituição de 1988 (art. 24, § 3º), nessa altura já editada a Lei Federal n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, que, recepcionada pela Reforma Constitucional de 1988, consolidou-se como marco inicial.

Assim, a Constituição de 1988, ao institucionalizar, como um dos primados do Estado, a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), já encontrou implantada, legislação protetora, do gênero, à qual se somavam outras, esparsas, com o mesmo propósito, embora restritas, em seus efeitos, às áreas que versam, todas com sanções próprias e específicas, tidas como inadequadas, irrisórias e destoantes do momento atual, como sejam, amplamente conhecidos, o Código Florestal (1965), e a Lei de Proteção à Fauna (1967), Águas, Minas, Caça e Pesca etc.

Mas os efeitos da legislação em destaque são limitados aos fatos que lhes são posteriores, pois não prevista, definidamente, a responsabilidade pelo dano ambiental, tal como configurada antes da Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Diante disso, resguardados estão os agentes causadores de danos ambientais, em relação a atos e fatos anteriores, por ela não abrangidos, tanto que não retroativa em seus termos.

Nesse sentido, Álvaro Vilaça Azevedo (Responsabilidade Civil em Sede de Poluição, RT 722/84), ocupando-se de caso concreto, em evidência os fundamentos legais que vêm sendo adotados nos pretórios, reportando-se aos danos da Serra de Cubatão, São Paulo, objeto de ques-

tionamento judicial, entende ser impossível compreender a responsabilidade objetiva informada em lei que é posterior aos fatos danosos, sendo claro que essa lei não pode retroagir em seus efeitos, sob pena de atentar contra o direito adquirido garantido pelo art. 6º da Lei de Introdução do Código Civil (Decreto-Lei n. 4.657, de 4/9/1942) e pelo próprio texto de nossa Constituição.

Nesse caso reportado, tal como acontece no presente feito, invocava-se a Lei n. 6.938/81 e também a Lei n. 7.347, de 24/7/85, que disciplina ação civil pública, para lhes dar aplicabilidade relativamente a fatos que lhes eram anteriores, quando, em verdade, deviam restringir-se aos subseqüentes, ou seja, àqueles relativos a danos causados direta ou indiretamente ao meio ambiente (com nexos causal perfeitamente definido) posteriores à sua promulgação.

E este entendimento, como assinalado, pondo o início da proteção ambiental a partir da Lei n. 6.938/81, foi objeto de consideração do Ministro Peçanha Martins (REsp n. 11.074-0 — SP, RSTJ, a. 6 (59): 149/416, jul. 1984 — Relator Ministro Hélio Mosimann), haja vista o excerto:

“Impressionou-me o argumento da impossibilidade jurídica do pedido diante do princípio da irretroatividade da Lei n. 6.938/81, pelo que pedi vista dos autos [...] Por tais razões, reconhecendo a impossibilidade jurídica da retroação da Lei n. 6.938/81, à vista do que dispõem a Constituição Federal (art. 5º, XXXVI e XL), a Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro — art. 6º, e os princípios gerais de direito, dirijo em parte do eminente Re-

lator e conheço do recurso e lhe dou parcial provimento, para limitar a prova pericial aos fatos ocorridos a partir da vigência da Lei n. 6.938/81”.

Aceito o entendimento, resulta que irretroativa é a legislação da espécie, que não contempla, portanto, os casos anteriores, ponto relevante no caso *sub judice*. Como se constata, os fatos narrados na inicial, objeto da composição judicial, ocorreram em épocas diferentes, sob a regência de leis diferentes. Ora, se as leis regulam para o futuro, isto é, aplicam-se aos fatos que lhes são subseqüentes, há que se perquirir, *in casu*, quais as leis que, a seu tempo, os regulavam, para que, aplicadas, se ainda aplicáveis, sirvam para compor os direitos, seja dos cidadãos, seja da sociedade, atento ao princípio segundo o qual atingidas não são, em regra, as situações juridicamente constituídas, por isso que respaldadas pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição (a lei não pode prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada).

Diz-se em regra, porque *as leis de ordem pública, quando se referem ao interesse público, por sua natureza são retroativas* (De Plácido e Silva, Vocabulário, pág. 485), já que integram o contexto político-jurídico e institucional do País, compondo-se os direitos pessoais, eventualmente sacrificados, pelos instrumentos que elas próprias sinalizam, atendida, em seus termos, a Constituição. Quando benéficas ditas leis, isto é, se antes de restringir beneficiam, elas consolidam e até podem ampliar os direitos pré-constituídos. Mas, quando prejudicam, se mantidas, podem acarretar danos que devem ser compostos, voluntária ou forçadamente.

Assim, por interessar ao direito de propriedade (v. Paulo de Bessa Antunes, *in* Ação Civil Pública, Meio Ambiente e Terras Indígenas, Ed. Lumen Juris, 1998, pág. 67), protegido pela Constituição (CF, art. 5º, *caput*, e inciso XXII), as leis que o limitam e que, de alguma forma, o afetam, como estas que tratam do meio ambiente, em princípio, são irretroativas. Não se estendem, em seus efeitos, aos atos e fatos pretéritos, acabados, que não são por elas afetados. Todavia, como não há direito adquirido à poluição, sendo de interesse público as leis que disciplinam a matéria, todas as atividades poluentes continuadas devem cessar, uma vez constatada a situação degradadora do ambiente que se quer ecologicamente equilibrado, valendo-se a sociedade, *in casu*, a *contrario sensu*, do art. 160, I, 2ª parte, do Código Civil: o agente não está no exercício regular de um direito, sujeito, por isso, aos efeitos da legislação que trata da proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Surge, então, a figura do poluidor, do autor do dano ecológico, a quem a legislação e a doutrina, no sentido de agente causador de degradação ambiental, tratam como transgressor, predador. E é neste, na figura deste, que a composição judicial de conflito, como o da espécie, deve fixar-se. Para isto haver-se-á de perquirir quem foi de fato o autor do dano, pois é este o legitimado passivo para por ele responder. Relevante é enfatizar este ponto, que salientam os autores, a fim de que não haja dúvida quanto à identidade do(s) réu(s). As leis que regulam o direito ambiental fixam-se, realmente, no provocador do dano, e a ele — só a ele — atribuem a

responsabilidade correspondente. É isto que registra, insistente e objetivamente, a Lei n. 6.938/81, no art. 14 e seu § 1º. Também no art. 4º, inciso VII, quando a eles se reporta para impor-lhes a obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados.

A responsabilidade pelo dano ambiental, portanto, ao que se infere da literalidade do texto, cola-se ao agente causador, detalhe importante que precisa ser considerado, principalmente quando, estando em pauta dano longinquamente praticado, o elo que liga o fato ao agente tenha-se perdido no tempo, ou, se mais recente, portanto detectável, não possa, contudo, ser visualizado de pronto. É o que ocorre, por exemplo, nos casos em que, omissos, ou inadvertidos, os órgãos públicos vinculados à espécie, à época do dano sofrido pelo bem protegido — ou suscetível de proteção —, objeto da degradação, no todo ou em parte, tenha mudado de mãos antes que se tenha dado conta da situação adversa, isto é, quando tenha havido sucessão *inter vivos* ou *mortis causa*.

Tem-se, aí, portanto, no contexto da lei, identificados, nominados, os legitimados passivos nas questões relacionadas com o meio ambiente, contra quem, distintamente, devem voltar-se as gestões dos poderes públicos, bem assim as ações de quem os representam, ou os podem substituir, processualmente para a sua proteção.

Encaixa-se esse entendimento na doutrina de Celso Antônio Pacheco Fiorello/Marcelo Abelha/Rosa Maria Andrade (*in* *Direito Processual Ambiental Brasileiro*, Celso Antônio Pacheco Fiorello e outros, Del Rey, 1996, pág.

123). Citando Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade (Responsabilidade civil e ação civil pública, pág. 85), assim se expressa:

“São legitimados passivos todos aqueles que, de alguma forma, foram os causadores do dano ambiental [...] A responsabilidade dos causadores é solidária, por expressa determinação do art. 1.518, *caput*, segunda parte, do Código Civil [...]. A Lei n. 6.938/81 atribui a obrigação de indenizar o dano ambiental àqueles que, com a sua atividade, causaram dano. E define, em seu art. 3º, quem é poluidor para os efeitos da lei”.

Por sua vez, é preciso registrar que a relação agente-dano-liame causal interessa aos princípios que informam a responsabilidade das pessoas pelos atos que praticam, em especial os que estabelecem relações jurídicas, positivas ou negativas. Ou seja, como cada pessoa, em quaisquer casos, inclusive os da espécie, é responsável tão-só pelos atos que haja praticado. Assim, a condenação, subjetivamente informada e determinada, deve guardar relação com o dano correspondente às ações do inquinado agente.

Por isso, severa é a doutrina, assinala Rodolfo de Camargo Mancuso (*Ação Cível Pública*, 2ª ed., RT, 1991), quando se trata de definir a responsabilidade pelo dano ambiental. Servindo-se do magistério de Sérgio Ferraz, colhe-se:

“Insta, pois, saber como se deve pautar o julgador quando analise o trinômio *dano-agente-nexo causal* na ação civil pública. O primeiro aspecto é que deve ser afastada a responsabilidade aquiliana, fundada na culpa

(CC, art. 159): esse sistema, que remonta às bases romanísticas, é adequado aos conflitos intersubjetivos (Tício *versus* Caio), onde é ponderável o fator da intenção do agente, a par das mais diversas causas de exclusão da culpa (força maior, caso fortuito, culpa ou proveito da vítima etc.). Mas ele não se adapta à responsabilidade por danos causados a bens e interesses coletivos e difusos, onde a óptica é deslocada antes para a efetiva reparação do dano causado à sociedade ou à *categoria*, do que para a aferição da culpabilidade da conduta do agente”.

A rede, no caso, pode até ser estendida e apanhar quantos possam estar relacionados com os fatos, mas a ação, atendidos os princípios que informam a lealdade processual (CPC, art. 14, II), deve ser proposta contra quem fez, ou seja, aquele a quem o dano aproveita e que tenha, por sua conta e em seu benefício, provocado a degradação, com este solidários, todavia, quantos de alguma forma hajam compartilhado, contemporaneamente, da sua consecução, portanto, também legitimados passivos, à escolha do autor, mas sem se estender aos *empregados, serviços e prepostos*, tanto que pelos atos destes respondem o *patrão, amo ou comitente* (CC, art. 1.521, III) e não os próprios.

Diante dessa sinalização surge, na composição do conflito, a necessidade de caracterizar, juridicamente, a situação dos sucessores, a título singular, do poluidor/degradador, quando tenha havido mudança na propriedade da coisa. É que a vinculação real, ou eventual, dos sucessores (adquirentes), a título singular, dos bens protegidos, quanto às responsa-

bilidades pelos danos neles causados, pode gerar algumas perplexidades que exigem acertamento diante da doutrina em construção.

Lembra-se que a sucessão pode ocorrer *inter vivos*, ou *mortis causa*. Em ambas as hipóteses uma pessoa (o sucessor) toma o lugar de outra (o sucedido), investindo-se o último, pelo título próprio, no todo ou em parte, nos direitos que competiam ao primeiro (o sucedido). Os efeitos jurídicos correspondentes, todavia, não são os mesmos. Enquanto na sucessão *mortis causa* o sucessor assume todas as responsabilidades pessoais do sucedido, sem solução de continuidade, como se fosse o próprio, na sucessão *inter vivos* a situação não é a mesma, dado que esta, não sendo estudada especificamente no Código Civil, encontra-se *ela disseminada no direito das coisas e das obrigações* (Celso Barros Coelho, Enciclopédia Saraiva, 71/180).

Vê-se, no presente caso, que os demandados não se vinculam às atividades questionadas, simultaneamente, por todo o tempo, tanto que alguns deles só a partir de 1989 passaram a ser condôminos de uma das áreas, por força da promessa de compra e venda de parte do imóvel sito à margem esquerda do rio Água Negra, de que era proprietário, até então, sozinho, Domingos Deitos. Sucessores aqueles, é preciso, na composição da lide, situar devidamente a responsabilidade que os pode afetar no episódio questionado.

A responsabilidade, *lato senso*, segundo De Plácido e Silva (Vocabulário, pág. 713)", tendo ampla significação, revela o dever jurídico, em que

se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas". Decorre, desta maneira, "da convenção como da norma ou regra jurídica, em face das quais a obrigação se exige ou o dever se impõe".

Como visto, a teor da Lei n. 6.938/81 (arts. 3º, 4º, VII, e 14, § 1º), a responsabilidade pela reparação do dano ambiental é dos seus autores, configuração essa, aliás, a que se ajusta o art. 1.518, *caput*, do Código Civil, invocado por Celso Antônio Pacheco Fiorello e outros (v. acima): "os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado [...]"

Assim, no caso em que os sucessores, a título singular, não tenham sido os causadores do dano, por eles não podem ser responsabilizados, vista a lei em seus termos. O ônus, a título singular, pelos quais possam responder os adquirentes são os que, constando do Registro Público (Lei n. 6.015, de 31/12/73, art. 172), conhecidos, não ignorados, integram a relação jurídica subsistente, transferem-se aos sucessores. Fora daí só pela via da convenção, isto é, por disposição expressa ou por força da lei.

No caso, as leis que dispõem sobre a proteção ao meio ambiente, ao se referirem, expressa e reiteradamente, ao causador do dano, não estendem o ônus preexistente aos sucessores, cuja responsabilidade, portanto, com aquele permanece. Logo, da lei não advém responsabilidade

por parte dos sucessores. Aliás, se acaso o dano ecológico (aterro, p. ex.), para fins de comércio, valoriza o bem protegido, essa valorização o alienante insere no preço pago pelo adquirente. Se coubesse a este responder pelo dano seria duplamente onerado: primeiro, por o haver pago à conta do preço; segundo, porque, ao responder por ele, desfazendo a obra, dela se privando, paga de novo, com o acréscimo do custo da restauração, além de sofrer o efeito da desvalorização consequente.

Para a estabilidade das situações jurídicas é preciso presumir, repete-se, que o Poder Público cumpre o seu poder-dever, é diligente e onipresente, exercitando, como lhe cumpre, sem solução de continuidade, ininterruptamente, a fiscalização das ações humanas que deprezam e degradam, ainda mais que incidente a legislação penal. Assim, terceiros de boa-fé, que adquiram bens adversamente degradados, consumada a degradação, por omissão do Poder Público, que as deixou passar incólumes, não podem ser inquietados por este, nem pela sociedade, também esta omissa, representada pelo Ministério Público (interesses difusos), ou por qualquer do povo. Nem se diga, diante do argumento, que o dano ao meio ambiente ficaria imune e impune. De forma nenhuma, a responsabilidade permanece diante do autor do dano e contra este — só contra este — deve a comunidade voltar-se, sem amotinar o sucessor de boa-fé, vítima do antecessor.

O tema refere-se à sucessão a título singular. A título universal, hereditária ou empresarial, a situação é outra. Com efeito, na última hipótese

transferem-se aos sucessores, sem solução de continuidade, os direitos e obrigações do sucedido, entre as quais esta, se ocorrente. Já na sucessão universal os herdeiros confundem-se com o autor da herança. Como tal, têm o *dever de cumprir, dentro das forças da herança, as obrigações assumidas pela pessoa falecida* (De Plácido e Silva, Vocabulário, pág. 780). A assunção, aí, é de toda e qualquer obrigação preexistente, contraída pelo *de cujus*, já que os respectivos efeitos, não se extinguindo com a morte, permanecem enquanto não cumprida, salvo ocorrência de prescrição.

O entendimento de não molestar o terceiro que com o dano não guarda relação de fato e de direito tem respaldo jurisprudencial, não apenas doutrinário, haja vista a improcedência de ação proposta contra proprietário, não devastador da mata:

“[...] Não se pode impor a obrigação de reparar dano ambiental através de restauração de cobertura arbórea, a particular que adquiriu a terra já desmatada [...]” (STJ — REsp n. 229.302/PR — Rel. Min. Garcia Vieira, Repertório IOB de Jurisprudência, verbete 3/16.595).

O raciocínio, que serviu de fundamento para o acórdão, pode ser assim sintetizado: a) o art. 99 da Lei n. 8.171/91 é inaplicável, visto inexistir o órgão gestor de referência; b) o art. 18 da Lei n. 4.771/65 não obriga o proprietário a florestar ou reflorestar suas terras sem prévia delimitação da área pelo Poder Público. O artigo 16, letra a, da Lei n. 4.771/65, estabelece que:

“[...] as derrubadas de florestas nativas, primitivas, ou regeneradas, só serão permitidas, desde que seja,



em qualquer caso, respeitado o limite mínimo de 20% da área de cada propriedade com cobertura arbórea localizada a critério da autoridade competente”.

E prossegue:

“[...] os recorrentes não derrubaram nenhuma floresta nativa, primitiva ou regenerada e quando adquiriram a sua propriedade já não havia a reserva legal. Constitui fato incontroverso, nestes autos, a assertiva dos recorrentes de que adquiriram o imóvel, objeto desta ação, sem qualquer reserva de cobertura florestal, tendo o desmatamento sido feito em épocas anteriores à sua aquisição, pelos antigos proprietários. Os réus não desmataram nenhuma fazenda”.

No mesmo sentido: REsp n. 156.899/PR, DJ de 4/5/98.

O acórdão inspira-se certamente na interpretação literal do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, segundo o qual o poluidor é obrigado [...] *a reparar ou indenizar* [...] o meio ambiente afetado por sua atividade, bastando, para que tal aconteça, a demonstração e comprovação da existência denexo causal entre a conduta do agente e o dano; e isso não ficou demonstrado e comprovado nos autos.

No que tange à solidariedade passiva, informa-se esta, estritamente, dos pressupostos fáticos inerentes à espécie, sem ampliações, ou adaptações, devendo-se levar em conta, para bem avaliar:

1. a contemporaneidade da ação: a solidariedade, não se presumindo, resulta da lei ou da convenção (CC, art. 896) e pressupõe a contemporaneidade da ação dos agentes po-

luidores, razão por que, em havendo sucessão a título singular, os atos do sucedido não se comunicam ao sucessor, cada qual respondendo isolada e independentemente pelos atos lesivos que haja, efetivamente, praticado, salvo quando se tratar de sucessão a título universal, pois aí a responsabilidade do sucessor é igual à do sucedido, não prevalecendo a regra;

2. a independência e autonomia dos agentes: os agentes que atuam independentes, autônoma e individualizadamente, cada qual perseguindo objetivos próprios, em áreas contíguas, mas distintas, não podem ser qualificados como responsáveis solidários, indiscriminadamente, pelos danos causados ao meio ambiente, em uma e outra, pelo que devem ser questionados, isolada e separadamente, inclusive nas vias judiciais. Mas, réus no mesmo processo, a despeito da situação, como é o caso, as decisões tomadas devem distinguir perfeitamente a situação, distinguindo-os.

Desse aspecto, da solidariedade dos agentes, ocupa-se Álvaro Vilaça Azevedo (Responsabilidade Civil em Sede de Poluição [...]) (RT 722/84). A ela reportando-se, invocados os arts. 896/1.518 do Código Civil, explicita que a solidariedade não se presume, resultando da lei ou da vontade das partes, atesta o art. 896 do Código Civil. Assim, sob o prisma do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, citada pelos doutrinadores, nenhuma responsabilidade solidária nele se define. Por outro lado, no plano da culpabilidade, a solidariedade estaria presente se houvesse acordo entre as partes ora litigantes ou ato ilícito no procedimento das rés. Aí, então, teria aplica-



bilidade o art. 1.518 do Código Civil. E conclui, no item 35:

“Para que exista responsabilidade passiva, assim, é preciso que exista pluralidade de pessoas, praticando, em conluio, ato ilícito. No caso presente [o de que o autor se ocupa] para que tal ocorresse seria necessário que as empresas estivessem mancomunadas, à produção danosa definida na petição inicial, o que não acontece certamente”.

Invocando a doutrina de Pontes de Miranda (Tratado, 3ª ed., Limonad, II, págs. 211/212) o mesmo autor (pág. 97), ao abordar esse tema, ou seja, independência, autonomia e não contemporaneidade das atividades, manifesta-se no sentido de que um dos pontos mais dignos de atenção, para a caracterização da solidariedade, é o da pluralidade de causas, ou mesmo de causadores, coligados ou separados, com a contemporaneidade da sucessão, assim que se há dados precisos sobre a discriminação dos danos e das suas causas, subjetivamente determinadas, cada pessoa é responsável pelo dano que causou, ou pelo qual é, por lei, responsável. E complementa, prosseguindo: “O verdadeiro fundamento da solidariedade está nas relações que nascem do resultado idêntico do fato ilícito, da identidade do direito lesado, impondo o mesmo ressarcimento por parte daqueles a quem seja atribuível o dano”, destacando, afinal, para o caso de que então se ocupa, que jamais poderia haver solidariedade entre as partes acusadas, pelos apontados danos sinalizados, pois seus atos, malgrado lícitos, foram isolados no tempo e não resultaram de conluio e de iliceidades.

De fato, para definir a responsabilidade penal do agente direto, acusado de um crime, é preciso primeiro saber — e provar — se no dia e hora apontados na denúncia o imputado estava no local dos fatos. Negativa a resposta, fica comprometida a imputação, rejeitada a autoria e conseqüentemente improcedente a ação penal proposta. O mesmo ocorre com o predador, aquele que foi apontado como agente do ato danoso ao meio ambiente. A matéria tem sido objeto de consideração pelos Tribunais. O Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 11.074-0/SP — RSTJ, a.6 (59): 149/416, jul. 1984 — Relator Ministro Hélio Mosimann), ocupando-se do tema da solidariedade — irretroatividade da lei —, consignou na ementa:

“A regra do art. 1.518 do Código Civil determina a solidariedade na responsabilidade extracontratual e, não havendo definição sobre a proporção com que cada um contribuiu, torna-se imprescindível a prova técnica, que servirá também para estabelecer o nexos causal entre as atividades industriais e os danos, como para conhecer a real extensão dos prejuízos”.

E em outro momento consigna o acórdão o entendimento de que, pretendida a reparação de danos por fatos ocorridos antes da instalação das indústrias no local questionado (Cubatão), beneficiadas já estavam as empresas com a decisão já prolatada segundo a qual *só será restituível à coletividade o que foi lesado após a edição da Lei n. 6.938/81*.

Esse, aliás, era o entendimento do Ministro Peçanha Martins, o qual, reconhecendo a impossibilidade jurídica da retroação da Lei n. 6.938/81, à

vista do que dispõem a Constituição Federal (art. 5º, XXXVI e XL), a Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro (art. 6º) e os princípios gerais de direito, divergiu em parte do eminente Relator para conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, *para limitar a prova pericial aos fatos ocorridos a partir da vigência da Lei n. 6.938/81.*

Ainda o Superior Tribunal de Justiça, em outro caso [REsp n. 11.019-0—SP, RSTJ a.5 (45) 109/409, maio 1993 — Relator Ministro Garcia Vieira], cuidando da distinção entre individualização de conduta e solidariedade, entendeu que *não se pode confundir a individualização da conduta de cada uma das rés com a solidariedade na responsabilidade extrac contratual prevista no art. 1.518 do Código Civil.*

Afinal, é de admitir-se que a participação coletiva (mais de um autor ou réu), pressuposto da solidariedade, por sua vez, sugere, além da conjunção de interesses, a contemporaneidade da ação, de uns e outros. Dessa forma, os atos posteriores praticados por um agente não os vinculam aos anteriores praticados por outro, cada qual tendo a sua responsabilidade limitada aos fatos para cuja execução ou realização haja efetivamente contribuído.

Para acomodar os conflitos que a espécie tem suscitado é que as leis em referência foram editadas. Informado nelas o pedido do autor pode visar à condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer (arts. 3º e 11 da Lei n. 7.347/85), ou seja, na hipótese em que a ação tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer e não fa-

zer, o juiz determinará, conforme o caso, a prestação da atividade devida (obrigação de fazer) ou a cessação da atividade nociva (obrigação de não fazer), sob pena, alternativamente, de execução específica ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível. Execução específica significa que, se o demandado não cumprir voluntariamente o julgado, o autor valer-se-á das disposições próprias do Código de Processo Civil (arts. 632 a 645), a fim de tornar efetiva a obrigação de fazer e não fazer, objeto do julgado.

Em se tratando de obrigação de fazer o demandado será citado para dar cumprimento da sentença no prazo fixado. Não o fazendo, a execução prossegue, agora sob comando do autor, à custa do demandado, possibilitada a prestação por terceiro, se a hipótese comportar. O demandado, nesse caso, só será ouvido depois de prestado o fato, pelo que, presume-se, passar-se-á tudo a sua revelia. Nessa circunstância, diante da inação do demandado, lícito é ao autor, à execução específica, optar por perdas e danos. Lícito, mas não sempre, nas ações da espécie, pois, se possível, com perspectiva exitosa, à restauração do meio ambiente, a execução específica é inafastável. Em se tratando de obrigação de não fazer, se o demandado já praticou o ato de que deveria abster-se, será citado para desfazê-lo, sob pena de ser desfeito a sua custa, resolvendo-se em perdas e danos se impossível o desfazimento.

Tendo a sentença, por ter sido este, eventualmente, o pedido, condenado o demandado à satisfação da obrigação de fazer ou não fazer, sob cominação de multa diária, à opção de

execução específica, ainda assim esta poderá ser implementada, independentemente da multa fixada e de requerimento do autor, a teor das citadas disposições da legislação processual, aplicáveis a todos os julgados em que a condenação é da espécie. Já na segunda hipótese, isto é, da condenação em dinheiro pelo dano causado, posta no art. 13 da Lei n. 7.347/85, só admissível quando, pelas circunstâncias, é tida como impossível — ou improvável — a restauração do meio ambiente degradado, como tal demonstrado no processo de conhecimento, móvel primeiro da ACP ambiental, a execução da sentença promove-se segundo as regras que cuidam da execução por quantia certa, precedida de liquidação, por artigos ou arbitramento.

Vista, todavia, a lei sob o ângulo de sua aplicabilidade, nada melhor para ilustrar as situações que regula do que casos concretos expostos em juízo, que hajam transitado em instância hábil e competente. Reporto-me, por isso, pela excelência, à ação civil pública que transitou na 10ª Vara Cível do Rio de Janeiro, Juiz o Dr. Ricardo Couto de Castro (Proc. n. 2.827/89, *in* Revista de Direito Ambiental n. 17/332). Bem formulado, o *Parquet*, assim havia sintetizado o objeto do pedido:

“[...] em caráter definitivo a recomposição das áreas de restingas e manguezal afetadas pelo aterro até então realizado, com restauração da fauna e flora nativas atingidas, com imposição de multa cominatória”.

Entregando a prestação jurisdicional assim decidiu o MM. Juiz:

“[...] julgo procedente o pedido para determinar [...] à [...] a recomposição das áreas onde se deu o aterro, com o fito de trazer a vegetação de restinga, com restauração da flora e fauna nativas locais, tudo a se iniciar no prazo de 30 (trinta) dias, sob fiscalização e orientação de perito a ser indicado na fase de execução, incidindo a multa diária de 15 (quinze) salários mínimos, por dia de atraso”.

Tudo isso a cargo, primeiro, não da Municipalidade, que contratara o serviço de aterramento de uma determinada área, à custa do desassoreamento de uma lagoa contígua, mas do causador direto do dano, a empreiteira. No caso foi julgado útil e conveniente o desassoreamento, mas danoso o aterramento. À segunda ré, no caso, a Fundação Estadual de Engenharia e Meio Ambiente — Feema e a uma terceira, não indicada no contexto, foi conferida a responsabilidade subsidiária para o cumprimento do julgado, *na hipótese de não capacidade de absorção pela primeira ré*, isto é, da empreiteira. Condenação solidária, portanto, mas sucessiva: na incapacidade de um o outro assume a obrigação. Portanto, em um primeiro momento, ficaram liberados os causadores indiretos do dano, os donos e propugnadores da atividade dita danosa que, certamente, se mantida e executada a sentença prolatada, responderiam, via de regresso, pelo ônus sofrido pela empreiteira, que foi levada a isso por iniciativa e interesses deles, tal como prevê o art. 915 do Código Civil.

Ajusta-se ao caso, tanto no pedido como na sentença, a doutrina de Hugo Nigro Mazzilli (A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, 5ª ed.,

RT, pág. 128), quando preleciona, resumindo:

“Em suma, a ação civil pública de que cuida a Lei n. 7.347/85 pode ter por objeto evitar o dano, repará-lo ou buscar a indenização pelo dano causado. O pedido condenatório poderá consistir no cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Mas afóra as hipóteses de pedido condenatório pode-se buscar um provimento puramente declaratório, constitutivo ou constitutivo-negativo [...]”.

Na esteira deste entendimento vale invocar também a doutrina de José Roque Nunes Marques (Direito Ambiental, LTR, 1999, págs. 134/5) que, digressando, reporta-se, primeiro, ao § 3º do art. 225 da Constituição, segundo o qual:

“[...] as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão seus infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente de reparar o dano causado”.

Após recomenda:

“Deve-se ressaltar, entretanto, que o princípio poluidor-pagador comporta uma abrangência muito maior do que a estabelecida pelo texto constitucional. A própria Lei n. 6.938/81 já conferia essa dita amplitude, quando arrolava entre seus objetivos a imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização dos recursos ambientais com fins econômicos”.

É sempre bom lembrar, ainda, que na ação civil pública por dano ambiental não se discute, ressaltam os doutrinadores, a legalidade do ato, mas o dano, real ou potencial. Carac-

terizada essa situação, a ação procede, com as consequências conhecidas, aplicadas no caso concreto versado. Condenado o causador direto, a este cabe o encargo de restabelecer o *status quo ante* do ambiente degradado, sem se levar em conta as implicações adjacentes, oriundas das relações de direito preexistentes entre ela própria e os seus causadores indiretos, estes únicos e reais interessados na realização da obra sustada.

Mas na espécie, antes de escastrar os empreiteiros, degradadores diretos, perante os quais respondem os indiretos, a teor do art. 915 do Código Civil, mais conveniente seria carrear para os autos estes últimos, ou sejam, as pessoas jurídicas de direito público ou privado, seus gestores ou administradores, pelos danos de que são solidariamente responsáveis. Sem molestar, como querem alguns, aqueles que apenas trabalham, cumprindo ordens, sem nenhum poder de decisão e mando, os *bagrinhos*, servidores de segundo ou terceiro escalão, que promovem os atos preparatórios e executórios dos serviços prestados. Aliás, se o risco da atividade econômica é da empresa, vale dizer, de seus controladores, e não de quem, por salário, nela trabalha, a responsabilização solidária, como querem alguns, de empregados sem poder de deliberação e mando parece absolutamente insustentável (v. Rodolfo de Camargo Mancuso, *in* Ação Cível Pública, 2ª edição, Editora RT, 1991).

Quanto à defesa do demandado, não admitida, por ora, a denúncia da lide, observa-se que o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11/9/1990), a par de alterar

diversos artigos da lei que disciplina a ação civil pública (Lei n. 7.347, de 24/7/1985), adaptou-a à nova realidade institucional (arts. 110 a 117), acrescentando-lhe o art. 21, que estendeu a esta, no que for cabível, os dispositivos do Título III, por isso que difusos os direitos e interesses que patrocina. Dentre estes dispositivos, o art. 88 faz remissão ao art. 13, parágrafo único, vedando a denúncia da lide, mas assegurando, todavia, o exercício da ação de regresso, que *poderá ser ajuizada em processo autônomo, facultada a possibilidade de prosseguir nos mesmos autos*. Isso significa que, mesmo presentes os pressupostos para que a denúncia se legitime, não pode ser invocado o instituto, a despeito do contexto da lei geral processual (art. 70, III).

O não cabimento da denúncia na lide fundada na responsabilidade objetiva, todavia, sofre temperamentos: o Estado, acionado, pode denunciar a lide ao funcionário causador do dano (acidente de trânsito, por exemplo). Repousa o entendimento, aliás, no § 6º do art. 37 da CF, alcançando seus agentes:

“§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Vale ver, ainda, a espécie sob o ângulo da legitimidade ativa para a propositura da ACP ambiental. A teor do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, têm legitimidade para a propositura da ação civil públi-

ca tanto o Ministério Público Federal como o Estadual. É textual o parágrafo em sua segunda parte; *O Ministério Público da União e dos Estados terá (sic) legitimidade para propor a ação civil e criminal por danos causados ao meio ambiente*. Subseqüentemente, vieram a tratar do tema, reiterando e emendando, numa demonstração de inconstância e improvisação própria do apressado — e também volúvel — legislador brasileiro neste último quartel do século:

1. a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que dispôs sobre a ação civil pública, prevista, mas não instituída em 1981 (Lei n. 6.938/81, art. 14, § 1º), por seu art. 5º, conferiu legitimidade, para a espécie, não só ao Ministério Público, *motu proprio*, como também à União, aos Estados e Municípios, por meio de seus representantes judiciais e, ainda, às autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista, ou associações, estas nas condições especiais estatuídas. O litisconsórcio facultativo, sinalizado no § 5º do aludido artigo, sem dúvida inconstitucional, por conferir competência a quem não a tem, pois esta, atendido o princípio federativo, não pode ser de todos ao mesmo tempo, na verdade não se acha prodigalizado pela lei, eis que este dispositivo foi objeto de veto expresso, ainda inapreciado, motivo por que, na lição de Theotônio Negrão (CPC Anotado, Saraiva, 30ª ed.), *não pode trazer como consequência ser considerado em vigor, pois o Congresso jamais rejeitou o veto, que, portanto, ainda subsiste, à espera de ser aprovado ou rejeitado*;

2. a Constituição de 1988, afastando o legislador ordinário, em seu art. 129, entre outras, atribuiu ao Mi-

nistério Público as funções de promover inquérito civil e ação civil pública para proteção do meio ambiente e de outros interesses difusos, sem prejuízo da legitimidade de terceiros, nas mesmas hipóteses;

3. a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei n. 8.625, de 12/12/1993) nacional, por sua vez mais explícita, atendendo ao preceito constitucional, inseriu em seu contexto, entre outras funções do Ministério Público, a de promover inquérito civil e ação civil pública para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente e a outros interesses difusos;

4. antes, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, art. 117), modificando a Lei n. 7.347/85 (LACP), introduziu-lhe o art. 21, que mandou aplicar-lhe o Título III do CDC, vale dizer, os arts. 81 a 104 (Da Defesa do Consumidor em Juízo — Disposições Gerais/Das Ações Coletivas para a Defesa dos Interesses Individuais Homogêneos/Das Ações de Responsabilidade do Fornecedor de Produtos e Serviços/Da Coisa Julgada), no que for cabível, mais os arts. 110 a 121, estes a despeito da impropriedade técnica. Na espécie, quanto à legitimidade (art. 82), é reiterado, praticamente, o que sobre o tema dispôs a Lei n. 7.347/85 (art. 5º), igualmente descon siderado, na publicação, o veto apos to nos §§ 5º e 6º do art. 5º, objeto da emenda provinda do art. 113 do CDC (DOU, de 22/9/1990, supl., pág. 11).

No que tange ao Ministério Público, ao lhe conferir competência para a propositura da ação civil pública, distinguiu, no art. 5º, a Lei n. 6.938/81

(MP da União e dos Estados); as demais reportam-se ao Ministério Público, apenas, que compreende um e outro. De certa forma explica-se a divergência redacional. No regime de 1967/69 a situação do Ministério Público era uma; agora, sob a Constituição de 1988, já não é a mesma. Passou a ser nacional, regulada a atividade ministerial pela Lei Orgânica Nacional (Lei n. 8.625, de 12/12/1993), de caráter normativo, comum a ambos (Ministério Público Federal e Estadual), sem prejuízo da legislação própria, complementar, federal, para o Ministério Público da União e estadual, para o dos Estados, legislação essa pautada no art. 128, § 5º, da Constituição Federal, que não os une, nem os separa, antes os distingue, estabelecendo, cada qual, as atribuições próprias de um e outro, da mesma natureza, mas informadas e delimitadas pela legislação que os aciona e os comanda, autônomos e independentes todos, os estaduais tão autônomos quanto o são as unidades federativas a que se vinculam. Desde que, claro, venha a ser mantido o veto apostado no § 5º do art. 5º da Lei n. 7.347/85, acima referido, que o Código de Defesa do Consumidor, no art. 113, tenta inserir no contexto da LACP, ou, se rejeitado, por afetar a autonomia dos Estados, e ferir o devido processo legal, não venha a ser declarado inconstitucional.

Por isso, os Ministérios Públicos da União e dos Estados, se não se diferenciam quanto às atividades fins, por outro lado também não se confundem, mesmo porque atuam sob o influxo de leis que até podem ser as mesmas — e muitas vezes o são — mas que, por circunstâncias de fato e



de direito, são acionáveis ora por um, ora por outro, segundo a natureza e peculiaridade do caso concreto, mas sempre direcionadas apenas ao Judiciário que lhes corresponde e perante o qual atuam.

Veja por outra tem-se dito que após a Constituição de 1988 o Ministério Público, com identidade única, já não se reparte funcionalmente. Não procede. Tal como ocorre com o Ministério Público nacional também acontece com o Judiciário (CF, art. 92): Juízes e Tribunais Federais, Juízes e Tribunais Estaduais. A despeito de institucionalmente indistintas as respectivas atividades, cada qual tem a sua competência definida na legislação infraconstitucional própria, instruída pelos princípios federativos que asseguram aos Estados a sua auto-organização (CF, art. 25). Os Estados, entes menores, miniatura institucional da União, dispendo de autogoverno, por isso de sua própria Organização Judiciária, junto dela atua, com autonomia e independência, umbilicalmente vinculado, o Ministério Público estadual, por sua vez instituído por lei local igualmente indexada na Lei Orgânica Nacional.

Na esteira daquele entendimento, Celso Antônio Pacheco Fiorillo (ob. cit., pág. 120), cuidando do art. 5º da Lei n. 7.347/85 (LACP), modificado pelo art. 113 do CDC, admitindo o litisconsórcio entre o Ministério Público da União, dos Estados e do Distrito Federal, adota a interpretação segundo a qual, em razão de tal disposição:

“[...] o Ministério Público estadual pode promover ação civil pública na Justiça Federal, sendo a recíproca verdadeira, pois ao Ministério Público

da União é facultada a propositura de ação civil pública na justiça estadual. E explica: Na verdade não se trata de litisconsórcio puro, mas sim de representação da instituição do Ministério Público, que é una e indivisível”.

Reporta-se, ainda, ao art. 128 da Constituição Federal, que dispõe, institucionalmente, sobre o Ministério Público, que lhe dá feição nacional.

Vale referir que o litisconsórcio preconizado na legislação citada, a que se reporta o autor, está de quarrentena sob veto presidencial. Portanto, enquanto não rejeitado o veto, suspensos os seus efeitos, ineficaz a inserção no contexto da LACP o § 5º do art. 5º, por força do CDC (art. 113). Por outro lado não parece que o dispositivo aglutinador, aflorando de fato, possa ser aplicado, eis que há de se respeitar o devido processo legal e, a teor deste, a competência infraconstitucional traçada nas leis de Organização Judiciária, e mesmo as que disciplinam a atuação dos Ministérios Públicos da União e dos Estados, sem se esquecer que a Federação ainda persiste.

Retomando o tema principal — este, de propósito deixado por último —, importa considerar, ainda, de modo particular, as ações humanas praticadas nos manguezais que ornem a costa brasileira, inclusive na região de que se trata. O mangue constitui um ecossistema, situado na faixa litorânea, em águas de baixa salinidade, coberto de arbustos característicos, classificados entre os de preservação permanente, onde ocorre a reprodução de muitos animais marinhos. Degradado, a sua recuperação demanda longo tempo. A preservação dos man-



guezais remonta ao início da década de 40, haja vista a edição do Decreto-Lei n. 3.438/41 (art. 30), que vedou a exploração, sem a devida autorização, dos manguezais existentes nos terrenos de marinha (aforados), como tal redefinidos, posteriormente, pela Decreto-Lei n. 9.760, de 8 de setembro de 1946 (art. 2º), atendida a linha do preamar médio de 1831.

Por sua vez, o Código Florestal (Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965), segundo Élio Wanderley de Siqueira Filho, referindo-se ao art. 2º, letra f, enumerou zonas de preservação permanente, reportando-se a florestas e demais formas de vegetação natural situadas ao longo dos rios de qualquer curso d'água e nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues (Mangues — Importância e Proteção Jurídica, in Direito Ambiental em Evolução, Juruá, 1998, págs. 52/53).

De outra parte, a Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, em seu art. 18, transformou em reservas ou estações ecológicas, a serem administradas pelo Ibama, as florestas e as demais formas de vegetação natural de preservação permanente, relacionadas no Código Florestal (da Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965, art. 2º), vale dizer, então, a que medra nos manguezais.

Outrossim, tratando regulamentarmente da espécie, o Decreto n. 89.336, de 31 de janeiro de 1984, em seu art. 1º, considerou Reservas Ecológicas as áreas de preservação permanente mencionadas no art. 18 da Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981 (PNMA), como tal entendidas, a teor

do art. 3º da Lei n. 4.771/65, entre outras aquelas destinadas a *asilar exemplares da fauna ou flora ameaçadas de extinção*, nas quais *enquadram-se os mangues*, observa o mesmo Élio Wanderley de Siqueira Filho, objeto, aliás, de especial atenção do Conama, por meio da Resolução n. 04, de 18 de setembro de 1985, do Conselho Nacional do Meio Ambiente — Conama, cujo art. 2º, letra o, define o manguezal como *ecossistema litorâneo que ocorre em terrenos baixos sujeitos às ações das marés, localizados em áreas relativamente abrigadas e formados por vasas lodosas recentes, às quais se associam comunidades vegetais características* (ob. cit., pág. 54).

Segundo a aludida Resolução n. 4/85 do Conama (art. 5º), os Estados e Municípios, por seus órgãos ambientais responsáveis, têm competência para estabelecer normas e procedimentos mais restritivos que os nela contidos, com vista a adequá-las às peculiaridades regionais e locais, o que compreende, certamente, os manguezais. A lembrança vale como indicativo, não como atribuição de competência, pois esta não pode derivar de Resolução do Conama.

Por outro lado, consoante elementos colhidos, têm os Tribunais mandado indenizar os aterramentos de manguezais, entre estes o Tribunal Regional Federal da 5ª Região que (Ap. Cív. n. 45.162/SE, de 4/3/97 — DJU de 11/4/97), por meio de acórdão da lavra do magistrado Nereu Santos, sinalizando a devastação de área de manguezal, comprometedo por aterro, entendeu ser cabível *indenização com vista à reparação do dano efetivamente demonstrado*.

Esse entendimento, de resto, encontra respaldo legal no § 3º do art. 225 da Constituição, segundo o qual:

“As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente de reparar os danos causados”.

Recepcionada a Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, o dispositivo encontrou atendimento infraconstitucional, em termos penais, no seu art. 15, com a redação dada pela Lei n. 7.804/89, censurado pela doutrina, que considerava insuficiente a sanção. A matéria penal, hoje, é regulada pelo art. 54 da Lei n. 9.605, de 15/2/98, que dispôs sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, não aplicável ao caso *sub judice* eis que editada subsequente aos fatos nesta considerados. Por outro lado, o § 4º do mesmo artigo, ocupando-se da Zona Costeira, patrimônio nacional, impõe como condição de sua utilização a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

Releva notar que a responsabilidade, pelo dano da espécie, é pessoal do predador, haja vista outra decisão, também do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Relator o mesmo Juiz Nereu Santos (Apelação Criminal n. 376/CE, em 23/3/93 — DJU de 18/6/93), cuja ementa do respectivo acórdão, aplicando o princípio da dúvida em favor do réu, em parte, registra:

“Se a prova colhida nos autos não esclarece ter sido o denunciado o autor do desmatamento do mangue-

zal, é de se ter por improcedente a denúncia ofertada”.

Da mesma matéria também ocupou-se o Judiciário Catarinense, em acórdão prolatado na Apelação Cível n. 40.190, de Biguaçu — Ação Civil Pública — Rel. Des. Alcides Aguiar, cuja ementa, em parte, consigna:

“[...] O mangue constitui-se numa reserva natural de árvores e arbustos, abrigando variadas espécies de aves e animais. Como fonte de alimento goza de proteção especial [...]”.

No mesmo sentido o acórdão na Apelação Cível n. 7.375, de Tubarão (Ação Civil Pública), rel. Des. Eder Graf, que sintetiza na ementa:

“Em situação análoga, relatada pelo eminente Des. Nestor Silveira, deixou-se assente: Proteção ambiental. Defesa dos interesses difusos. Manguezal. Flora e fauna. Atos danosos atribuídos a loteador. Ação Civil Pública. Concessão de liminar. Requisitos demonstrados. Recurso improvido”.

Lembra, outrossim, Antônio Silveira Ribeiro dos Santos (A Importância e a Proteção Jurídica dos Manguezais — Revista de Direito Ambiental, RT 5/105 e segs.) que a Lei n. 7.661, de 16/5/1988, que instituiu o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro (PNGC), definiu em seu art. 2º, parágrafo único, a Zona Costeira como:

“[...] o espaço geográfico de interação do ar, do mar e da terra, incluindo seus recursos renováveis ou não, abrangendo uma faixa marítima e outra terrestre, que serão definidas pelo Plano, e em seu art. 3º, inc. I, dá prioridade à conservação e proteção, em caso de zoneamento, entre outros, aos manguezais, prevendo, inclusive,

sanções como interdição, embargos e demolição (art. 6º), além das penalidades do art. 14 da Lei n. 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente”.

Deve ser observado, também, o art. 15, alterado, recentemente, pela Lei n. 9.605, de 12/2/98, que dispôs sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente (art. 54), acima já referida.

Antônio Silveira Ribeiro dos Santos (ob. cit., pág. 198) assevera:

“Apesar de toda essa legislação, os manguezais vêm sofrendo grande pressão com seu aterramento para expansão urbana, o que será catastrófico em não se observando as diretrizes legais”.

E adverte:

“Crime de prevaricação: Estas são, em suma, as sanções administrativas e a legislação principal penal existentes que podem ser aplicadas em caso de degradação de manguezais, observando que em caso da autoridade competente retardar ou deixar de praticar indevidamente ato de ofício ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse pessoal, estará praticando crime de prevaricação, nos termos do art. 319 do CP”.

Por todo o exposto, é de ser admitir que, realmente, à época dos fatos, ocorreram alterações ambientais na área questionada, as quais, segundo ficou comprovado, só em parte praticadas pelos demandados, são, por outro lado, apenas parcialmente adversas, haja vista que:

1. a modificação da desembocadura do rio que, por si só, sem complementos, não induz degradação, isto é, alteração ambiental adversa, foi efetivada pelos antecessores dos demandados, razão por que a estes não pode ser atribuída qualquer responsabilidade a respeito, ainda mais que, efetivada na década de setenta não se submete aos efeitos da legislação superveniente, regente da espécie (Lei n. 6.938, de 31/8/1981), em que se fundamenta esta ação civil pública;

2. o aterramento dos manguezais, em ambas as margens, constitui alteração ambiental adversa, pelo que, quanto a este, acha-se demonstrada e comprovada a lesão ao meio ambiente local, por ela responsáveis os demandados, sujeitos, por isso, às sanções da legislação protetora evidenciada, na exata medida da respectiva participação no evento danoso;

3. em decorrência responde, por inteiro, Pedro Pereira, quanto às alterações adversas feitas na margem direita; os demais demandados Domingos Deitos, Augusto Prolik, Mário José Gonzaga Petrelli e também Pedro Pereira, as da margem esquerda. O primeiro pelos atos praticados até 27 de setembro de 1989, data da alienação parcial aos demais, e todos pelos subsequentes, em partes iguais.

Já agora, expostos e considerados todos os temas objeto da controvérsia, admitida a existência de dano ao meio ambiente, de responsabilidade dos demandados, passa-se a examinar o complexo tema da mensuração do dano e seus efeitos econômico-financeiros.

Quanto à mensuração do dano causado ao meio ambiente, se ocor-

rente, regras existem, que devem ser aplicadas. Delas ocupa-se a lei que disciplina a Ação Civil Pública, complementada pela legislação geral e especial pertinentes.

Com efeito, a ação civil pública, a teor dos arts. 3º, 11 e 12, objetiva obter prestação jurisdicional que imponha ao poluidor o restabelecimento do ambiente degradado ou, na impossibilidade técnica, a indenização correspondente, sem que se leve em consideração a legitimidade-legalidade da atividade poluidora, ou seja, se ela foi autorizada, permitida ou autorizada por quem de direito, ou não. O fato é que, constatada a degradação, ela não pode prosseguir. As implicações jurídicas que tenham por fundamento direitos subjetivos inerentes é assunto que deve ser questionado no foro próprio, sem que retardo possa haver no cumprimento das medidas saneadoras indicadas, entre outras a imediata paralisação das atividades poluidoras, sob pena das sanções legais.

A respeito, aliás, preleciona Luís Henrique Paccagnella (Dano Moral Ambiental, Revista de Direito Ambiental, 13/48):

“O dano patrimonial ambiental deve ser reparado integralmente. Isto pressupõe a reconstituição do meio ambiente degradado às custas do responsável (tudo mediante obrigação de fazer ou não fazer). Contudo, há casos em que a reconstituição é parcial ou totalmente impossível, por ausência de tecnologia para tanto. Somente nesses casos o dano ao patrimônio ambiental será objeto de indenização em dinheiro (total ou parcialmente, conforme a irreversibilidade do dano)”.

Essa indenização é difícil de ser mensurada porque, em verdade, não tem preço nem referência bastante a considerar. Segundo a melhor doutrina, deve-se levar em conta o valor do patrimônio destruído, a impossibilidade de restabelecê-lo a curto prazo, a dimensão dos prejuízos causados ao equilíbrio ecológico do local e da região, a extensão da diminuição da qualidade de vida, a existência ou inexistência de ambientes similares em outros locais, o prejuízo temporário ao meio ambiente, enquanto o ciclo de recomposição não se complete etc.

Por isso, diante de tantas dificuldades aleatórias, recomendado tem sido, em caso de indenização, substitutiva da recomposição, estimar o respectivo valor por arbitramento (Código Civil, arts. 1.549 e 1.553; Código de Processo Civil, arts. 606 e 607), modalidade aplicável quando não haja um valor oficial conhecido ou uma estipulação em virtude dos quais se possa realizar uma avaliação.

Mas nessa mensuração do dano não pode ser relegado, nem desprezado, ainda, o proveito do degradador, se a reversão não for possível, independentemente de custos. Estes, os custos, são sempre irrelevantes em matéria de reversão da degradação ambiental. Jamais se poderá deixar de impor a restauração do ambiente degradado tendo como causa de decidir a cláusula custo-benefício, segundo os padrões convencionais, que levam em conta o que se perdeu e o que se deixou de ganhar, não compatíveis, porque imensurável quando difuso o interesse questionado.

O tempo de recomposição, como acima indicado, componente a ser considerado, a teor da doutrina de Francisco José Marques Sampaio (Responsabilidade Civil e Reparação de Danos ao Meio Ambiente, Lumen Juris, 1998, 107), justifica-se porque:

“[...] se a recomposição integral do equilíbrio ecológico, com a reposição da situação anterior ao dano, depender, pelas leis da natureza, de lapso de tempo prolongado, a coletividade tem direito subjetivo a ser indenizada pelo período que mediar entre a ocorrência do dano e a integral reposição da situação anterior de equilíbrio ecológico e fruição do bem ambiental atingido.

Desse aspecto, aliás, têm-se ocupado os Tribunais, haja vista o precedente que impõe a restauração do meio ambiente cumulada com indenização:

“Processo. Extinção. Inépcia da inicial. Incompatibilidade do pedido de restauração do meio ambiente com o de indenização em ação civil pública. Inadmissibilidade. Cumulação autorizada pelo art. 292 do CPC. Apelo provido. Decreto judicial extintivo afastado. Se a parte dos danos ambientais não é passível de reparação *in natura*, é evidente que a lesão invocada comporta ressarcimento pela via indenizatória, tendo presente a necessidade de se recompor, totalmente, o meio ambiente degradado, dado o interesse tutelado, que é de ordem pública. Tal cumulação reputa-se, assim, perfeitamente admissível certo que não sofre restrições, neste capítulo, na legislação vigente” (Ap. Cível n. 160.626-1, Itapeva — TJSP, 5ª Câm., rel. Des. Marcio Bonilha, j. de 7/2/92).

Registra-se — e reitera-se — relativamente aos danos produzidos por ação ou omissão do homem que a sociedade visa a prevenir, remediar ou sancionar, nos termos da legislação de regência (Lei n. 6.938/81, art. 3º — Lei n. 7.347/85, arts. 3º, 5º, § 6º, 11 e 12), tendo por escopo principal a recomposição do ambiente degradado ou poluído, voluntária ou forçadamente, e só por exceção, indenização em favor do Fundo, hoje regido pela Lei n. 9.008, de 21/3/95.

Essa recomposição do dano pode ocorrer voluntária e forçadamente, dependendo das circunstâncias e da vontade dos agentes. A primeira, isto é, a *recomposição voluntária*, é autorizada pelo art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85, acrescentado pelo art. 113 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11/9/1990). No caso o poluidor, mediante compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, firmado com o órgão público legitimado para a propositura da ação civil pública, obriga-se a recompor o meio ambiente degradado, na forma e condições que forem estabelecidas. Esse compromisso, se firmado antes da propositura da ação, o que é admitido, seria a autocomposição do conflito; formalizado no curso da lide, causa de sua extinção.

Entende-se, todavia, que nesses compromissos não há campo para transigência, por isso que indisponíveis os direitos difusos, restringindo-se a espécie, além de fixação de prazo, às especificações técnico-operacionais que conduzam ao efetivo restabelecimento, quanto possível, do estado anterior do ambiente. Por outro lado, dada a peculiaridade do instrumento, *sui generis*, chega a ser apon-

tado como *ato jurídico unilateral quanto à manifestação volitiva e bilateral somente quanto à formalização* (José dos Santos Carvalho Filho, *Ação Civil Pública*, 2ª ed., pág. 191).

A composição extrajudicial, em termos semelhantes, foi ampliada pela Medida Provisória n. 1.710, de 7 de agosto de 1998, que acrescentou o art. 79-A à Lei n. 9.605, de 12/1/1998, justamente o diploma que *dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente*.

Assim, em atenção aos reais objetivos da aludida lei, os órgãos ambientais integrantes do Sisnama (Sistema Nacional do Meio Ambiente), responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, ficaram autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso visando a permitir que as pessoas físicas e jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, bem como capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, possam promover as necessárias correções de suas atividades, para o atendimento das exigências impostas pelas autoridades ambientais competentes.

Assim, diante dos fatos postos em evidência relativos às alterações ambientais sinalizadas, objeto de questionamento no presente feito, em destaque seus autores e/ou responsáveis, em face do direito aplicável à

espécie, tomados e adotados como fonte e fundamento para decidir, em instância recursal:

1. é de se considerar restituível à coletividade como tal, portanto, suscetível de reparação ou indenização, apenas as degradações que por sua natureza e extensão, praticadas posteriormente à Lei n. 6.938, de 31/8/81, enquadram-se nos pressupostos do seu art. 3º, tendo por objetivo primeiro a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental;

2. é de se reconhecer, por outro lado, a impossibilidade jurídica da retroação dos efeitos da ação e da decisão à data das eventuais lesões praticadas anteriormente à aludida Lei, à vista do que dispõe o art. 5º, incisos XXXVI e XL, da Constituição, e art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil;

3. em execução de sentença, para esse efeito, divisados os danos causados em uma e outra margem do rio Água Negra, em relação aos quais respondem distintamente os respectivos proprietários, por artigos de liquidação deve ser:

a) determinada, individual e separadamente, a responsabilidade pessoal de uns e outros, atendido o nexó causal correspondente, relativamente aos danos ecológicos ocorridos no limite temporal indicado nos autos, em cada um dos imóveis, de uma e outra margem do rio Água Negra, danos ecológicos esses como tal considerados os que, a teor das leis aplicáveis, em especial a Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, importem em degradação/poluição do meio ambiente;

b) desconsiderado o pedido formulado na inicial relativamente às alterações ambientais que, normais e tole-



ráveis, por sua natureza e extensão, não tenham causado, efetivamente, degradação ambiental, segundo os pressupostos da legislação de regência, bem como as que, dessa mesma natureza, ou mesmo com outra conotação, tenham sido praticadas anteriormente à Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, pelos demandados ou seus antecessores não chamados a Juízo;

c) em consonância com a citada Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, considerar prejudiciais ao meio ambiente os aterramentos realizados pelos demandados nos manguezais, de ambas as margens, objeto de proteção especial, na conformidade da legislação vigente, acima reportada;

4. atribuir, em conseqüência, a responsabilidade por tais danos quanto:

a) ao imóvel da margem esquerda, aos condôminos João Deitos, Augusto Prolik, Mário José Gonzaga Petrelli e Pedro Pereira, os três últimos respondendo pelos danos acrescidos após a instituição do condomínio *pro indiviso*, ocorrido em 27 de setembro de 1989;

b) ao imóvel da margem direita, com exclusividade, ao demandado Pedro Pereira;

5) a indenização e as multas, quando e se consideradas e devidas, destinar-se-ão ao Fundo a que se refere o art. 13 da Lei n. 7.347, de 31 de agosto de 1985 (Celso Antônio Fiorillo e outros, *in* Direito Processual Ambiental Brasileiro, Del Rey, 1996, pág. 148 e segs.), objeto de legislação complementar.

Assim sendo, dá-se provimento parcial aos recursos para:

1. considerar, para os efeitos da pretensão deduzida, como danos ecológicos, tão-só as alterações adversas havidas nas propriedades questionadas, que se enquadrem no art. 3º da Lei n. 6.938, de 31/8/1981, em consonância e combinação com a legislação especial, fragmentária correspondente, no caso, relacionadas com os aterramentos feitos nos manguezais posteriormente ao advento da citada Lei;

2. declarar que, em relação a tais danos ecológicos, como tal constatados, a responsabilidade recai sobre os proprietários causadores, respondendo por tais danos a partir do momento em que, atendido o termo inicial referido no subitem anterior, tendo adquirido as respectivas propriedades, nelas se empossaram, razão por que, nestas condições:

a) o co-réu Pedro Pereira é condenado pelos danos ecológicos produzidos nos manguezais, a partir de 31 de agosto de 1981, em sua propriedade exclusiva, situada na margem direita do rio Água Negra, bem assim, proporcionalmente, pelos aludidos danos produzidos na margem esquerda, a partir de sua inserção no condomínio *pro indiviso* constituído, que passou a integrar;

b) o condômino Domingos Deitos é condenado pelos danos ecológicos produzidos nos manguezais situados na propriedade comum, da margem esquerda, a partir de 31 de agosto de 1981, sozinho até a data da instituição do condomínio em 27 de setembro de 1989, e todos, Domingos Deitos, Mário José Gonzaga Petrelli, Augusto Prolik e também Pedro Pereira pelos danos subseqüentes, em pro-

porção, neste caso solidariamente, por se fazerem presentes, na espécie, não só o nexa causal, presumido, como também o proveito comum;

3. em decorrência desta condenação, pelo procedimento próprio das obrigações de fazer e não fazer, por ser preferente, obrigam-se a repor o ambiente degradado, restabelecendo a situação anterior, salvo se, em execução por artigos, o aludido restabelecimento mostrar-se tecnicamente inviável, ou não mais recuperável o ecossistema;

4. por isso, na impossibilidade, ou mesmo inconveniência, se frustrantes os efeitos, conforme for constatado em processo de liquidação por artigos, transformar-se-á dita obrigação em indenização dos prejuízos causados à comunidade, a serem definidos, por arbitramento, modalidade pericial essa admitida, em casos tais, pela jurisprudência (STJ — 4ª Turma, Resp n. 3.003/MA, rel. Min. Athos Carneiro, j. em 6/8/1991, DJU de 9/12/91, pág. 18.033, *apud* Theotonio Negrão, *CPC Anotado*, 30ª ed., 1999, ref. ao art. 609, nota 5ª), em favor do Fundo a que se refere o art. 13 da mesma Lei;

5. manter a sentença recorrida na parte em que determina a abstenção, sob a pena indicada, da prática dos atos danosos ora reconhecidos e apontados, de forma a assegurar-se a integridade ambiental da área objeto do conflito, nos precisos termos dos arts. 3º e 11 da Lei n. 6.938/81, ressalvado aos respectivos proprietários o livre exercício das demais prerrogativas inerentes ao direito de propriedade (Código Civil, art. 524);

6. destinar ao Fundo Federal de Defesa dos Direitos Difusos (FDDD), previsto no art. 13 da Lei n. 7.347, de 24/7/1985, objeto de legislação complementar, reformada, nesta parte, por falta de amparo legal, a sentença recorrida que destinava ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município de Governador Celso Ramos os valores porventura arrecadados com as multas.

### III – Decisão

Diante do exposto, a Quarta Câmara Civil resolve, por unanimidade, negar provimento aos agravos e afastar a preliminar de prescrição e, no mérito, por maioria de votos, conhecer das apelações interpostas, dar-lhes provimento para reformar, em parte, a sentença recorrida. Vencido, no mérito, o Desembargador Pedro Manoel Abreu.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. João José Schaefer, e dele participou, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu. Lançou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Átila Antônio Rothsahl.

Florianópolis, 10 de setembro de 1998.

*Alcides Aguiar,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Cesar Abreu,*  
*Relator designado.*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu:

Declaração de voto. Ementa aditiva.

Dano ambiental. Aterro de mangue e margens de rio. Colocação de seixos. Alteração da desembocadura. Coisa julgada e prescrição inexistentes. Impugnação ao laudo pericial. Inconsistência. Transferência da propriedade. Pluralidade de réus. Impossibilidade de delimitação das condutas lesivas. Responsabilidade objetiva e solidária. Inversão do ônus da prova. Primazia do interesse coletivo.

A persecução de objetivos econômicos não pode menoscabar as implicações ambientais daí dimanantes, devendo amoldar-se ao direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Não se pode cancelar a sanha predatória de quem, sob o argumento fácil de servir ao progresso e ao desenvolvimento, rapina o pouco que muitos têm a ofertar a sua prole: a exuberância da fauna e da flora nacionais, que não são *res nullius*, mas *res omnium*.

A pretensão viabilizada pela ação civil pública, versando sobre danos ambientais, lança-se à busca da mais abrangente reparação possível, como conseqüência da adoção do princípio da *restitutio in integrum*. A responsabilidade em matéria ambiental é independente de culpa e, por decorrência, dilatado seu espectro. Desse modo, desde que demonstrada a existência do dano, além do nexo causal a atá-lo à conduta lesiva, inarredável a obrigação de ressarcimento, nos termos do art. 14, §1º, da Lei n. 6.938/81.

O império da responsabilização objetiva, em sede de dano ecológico, redonda na mitigação da prova do nexo causal e na inversão do ônus da

prova, em homenagem ao espírito da legislação ambiental pátria, que objetivou aguilhoar todos os envolvidos em ataques à natureza.

A par de objetiva, a responsabilidade por dano ambiental é solidária, sujeitando todos os que concorreram para a havida do dano ao dever de repará-lo, regra decorrente da indivisibilidade do interesse difuso. Com mais efeito, se impossível precisar qual a conduta de cada réu, por se confundirem os atos lesivos praticados, não há por que hesitar em reconhecer a solidariedade da obrigação.

Do mesmo modo, se infactível situar temporalmente as lesões ao ecossistema, sabendo-se, entretanto, que ao menos parte delas foi perpetrada durante a vigência da legislação específica atual, descabe afastar-lhe a incidência. A distribuição mais equitativa da responsabilidade pode ser discutida entre os réus por via de regresso.

Todo o instrumental dirigido a resguardar o ecossistema será ineficaz se sonogada sua aplicação pelo intérprete, recalitrante em pensar os novos direitos, emergentes do dinamismo dos fatos sociais e do pulsar da vida, à luz de envelhecidas regras gestoras de relações puramente privadas. Nessa ótica desfocada, o Direito Ambiental é reduzido ora a reles tópicos do direito de vizinhança, ora a mera restrição administrativa ao direito de propriedade.

1. O Ministério Público de Santa Catarina propôs ação civil pública contra Domingos Deitos, Pedro Pereira, Mário José Gonzaga Petrelli e Augusto Prolik, irrogando-lhes a autoria de danos ambientais.

Narrou que os demandados são proprietários de imóveis na Praia de Palmas, situada em Governador Celso Ramos e que, a partir da década de setenta, capitanearam a urbanização das terras, colocando seixos na margem esquerda — “para quem está de costas para o mar” — do rio Água Negra, que desemboca naquela praia, e aterrando a margem direita.

Contou que Pedro Pereira, proprietário do imóvel localizado na margem esquerda, realizou aterro para nivelá-lo e para evitar erosão, erigindo benfeitorias no *camping* que instalara no terreno. No entanto, Pereira teria descurado em efetuar a legalização do empreendimento nos órgãos competentes, sofrendo diversas autuações.

Segundo o representante ministerial, o réu teria aterrado o rio Água Negra pelo lado do *camping* e construído muro de pedra, alterando o leito do rio, além do que teria despejado esgoto cloacal em córrego que aflui para o Água Negra.

Quanto ao imóvel adjacente à margem direita, aduziu que Domingos Deitos, antigo proprietário, vendeu 75% da área aos demais demandados, cabendo 25% a cada um. Após, ainda de acordo com o relato ministerial, aterraram-na para a implementação de empreendimentos turísticos, recebendo inúmeras notificações dos órgãos ambientais.

No sentir da operosa Promotora de Justiça, os atos perpetrados pelos réus configuram ingente dano ambiental, atingindo inclusive área de mangue. Ressaltando a interferência no ciclo biológico natural, asseverou que a responsabilidade dos demanda-

dos é objetiva e solidária, postulando a concessão de liminar *inaudita altera pars* para obstar o funcionamento do *camping* até que regularizada sua situação, bem como para impedir novos aterros, sob pena de imposição de multa diária. A par disso, pleiteou a condenação dos acionados ao pagamento de indenização a ser fixada em liquidação por arbitramento, correspondente ao custo das obras necessárias para a recomposição do complexo ecológico atingido.

Juntou documentos, com destaque para a denúncia em que se imputa aos réus a autoria de crime ambiental, inquérito policial que a embasou e auto de infração emitido pela Fatma contra Pedro Pereira.

Na seqüência, o Magistrado concedeu a liminar requestada, determinando a interdição do *camping* de Pereira até que fosse regularizada sua situação nos órgãos ambientais competentes. Para o caso de descumprimento da liminar fixou multa diária.

Contestando, os réus Domingos Deitos e Pedro Pereira requereram, inicialmente, a suspensão do feito até o julgamento da ação penal que lhes fora movida, fulcrada nos mesmos fatos descritos na presente ação.

Reportaram-se à inicial ao mencionar que o processo de urbanização das terras lindeiras ao rio Água Negra iniciou-se a partir da década de setenta, sustentando a ocorrência da prescrição.

Dizendo sobre a questão de fundo, Pedro Pereira negou ter lançado esgoto nas águas do Água Negra e informou que os cinco sanitários que construíra atenderam às recomendações formuladas pela Casan. Negou,

também, ter aterrado o contorno do rio, sustentando que apenas colocou algumas camadas de barro em seu terreno, não para aumentá-lo, mas para nivelá-lo e para plantar grama, embelezando-o. Disse, ainda, que a colocação de pequenas pedras ao longo da margem do rio visou a evitar erosão.

Domingos Deitos, por seu turno, ponderou que as modificações na desembocadura do rio foram promovidas por Jarbas de Oliveira, antigo proprietário do imóvel.

Aditaram que conforme o Plano Diretor do Município de Celso Ramos a área sob análise é destinada à execução de projetos turísticos.

Por fim, retorquiram que procederam à dragagem do rio, tornando-o mais profundo e limpo, e fazendo com que retornasse ao curso normal, prevenindo enchentes, além de revigorar o ciclo criatório.

Encartaram documentos às fls. 135 *usque* 160.

Respondendo à pretensão externada na exordial, os demais acionados, Augusto Prolik e Mário José Gonzaga Petrelli, aventaram a preliminar de coisa julgada, mencionando a concessão da ordem em *habeas corpus*, em que se os teria considerado alheios à prática dos atos censurados.

Disseram ter adquirido o imóvel somente em 1989, posteriormente às obras tidas por irregulares. Por isso, entendem não ser possível sua responsabilização por eventuais danos ambientais, à falta denexo causal, o que caracterizaria a ilegitimidade passiva *ad causam*.

Anexaram documentos, entre os quais o contrato de compra e venda do imóvel, datado de julho de 1989, e o acórdão concessivo da ordem de *habeas corpus*.

Seguiu-se manifestação do Ministério Público, oportunidade em que defendeu o descabimento da suspensão do processo até o deslinde da ação penal, enfatizando que a medida é mera faculdade do juiz e não uma imposição legal.

Afirmou que a ação civil pública é imprescritível e que, de qualquer sorte, as obras de aterro nunca pararam, abrangendo, assim, período em que Prolik e Petrelli já haviam adquirido o imóvel, fazendo alusão à autuação promovida pela Fatma, datada de 1990.

No saneador, o Togado não acolheu o requerimento de suspensão do processo, não reconheceu a prescrição e afastou a preliminar de coisa julgada.

Sobreveio aos autos agravo retido em que figuraram como agravantes os réus Prolik e Petrelli, vergastando a interlocutória que não acolheu a preliminar de coisa julgada, e ressaltando que, em ação penal que lhes fora movida, lograram a concessão da ordem de *habeas corpus*, por decisão que reputou inepta a denúncia.

Nomeado o perito e formulados os quesitos, foi apresentado o laudo, constatando a ocorrência de aterros em manguezal, em duas lagoas vizinhas e nas margens do Água Negra, resultando na alteração de seu curso e de sua largura.

Apurou, também, ter havido destruição total do mangue na margem direita do rio e destruição parcial

na margem esquerda. Ademais, concluiu que a colocação de pedras nas encostas maximizou o risco de enchentes.

De acordo com o perito, será difícil a recuperação do mangue, pois a retirada do aterro poderia implicar a supressão de sedimentos indispensáveis ao desenvolvimento daquele ecossistema.

Com esteio nos registros da Fatma, acrescentou que os aterros foram concretizados no período que medeia os anos de 1988 e 1991.

Houve impugnação ao laudo às fls. 358/62.

O assistente dos réus Prolik e Petrelli apresentou seu laudo e, em seguida, o Juiz de Direito rechaçou a impugnação ao laudo do perito (fls. 371, v.).

Atacando essa decisão, Petrelli e Prolik interuseram agravo retido, destacando que teria havido equívoco no critério de definição das margens; que os quesitos foram respondidos em conjunto, quando deveriam sê-los em separado, em face da pluralidade de réus; e que a perita teria sido parcial na confecção do laudo.

Na audiência de instrução e julgamento foram colhidos os depoimentos dos acionados Pereira, Petrelli e Deitos, e ouvidas quatro testemunhas.

Ouvido o réu Prolik, por precautória, os litigantes apresentaram suas alegações finais, por memoriais.

Entregando a prestação jurisdicional, o Magistrado julgou procedente o pedido, consignando que os danos ambientais restaram demonstra-

dos, bem como a responsabilidade dos réus.

Frisando a aplicabilidade da responsabilização objetiva, condenou os demandados a se absterem de aterrar, colocar lixo, cortar vegetação ou edificar nas áreas consideradas de preservação permanente; determinou a interdição do *camping* de propriedade de Pedro Pereira, até que seja regularizada sua situação nos órgãos ambientais competentes; fixou multa diária de R\$ 100,00 em caso de descumprimento da obrigação; e, por derradeiro, condenou os réus ao pagamento de indenização, a ser fixada em liquidação de sentença, por arbitramento.

Inconformados com o *decisum* monocrático, os réus Deitos e Pereira reprisaram os argumentos de que teria havido prescrição da ação e de que o laudo da experta seria parcial.

Alegaram, ainda, que as obras foram efetuadas antes da aquisição do imóvel pelos apelantes. Ao final, sustentaram que a sentença carece de fundamentação.

Os réus Prolik e Petrelli, igualmente insatisfeitos, também apelaram, requerendo, de início, a apreciação dos agravos retidos, obtemperando que o laudo não especifica com clareza quais as modificações praticadas nos terrenos das margens esquerda e direita, deixando de apontar quais quesitos referir-se-iam a esta e quais se aplicariam àquela. Afirmaram, ao lado disso, que teria havido a coisa julgada, fazendo alusão ao *habeas corpus* que culminou no trancamento da ação penal que lhes fora intentada.

Enfocando a questão principal, salientaram que se tornaram proprie-



tários do imóvel somente após procedidas as alterações consideradas ilegais, concluindo pelo descabimento da responsabilização objetiva, por falta denexo causal.

Lavrando parecer, o ilustre Promotor de Justiça, Dr. Henrique Limongi, averbou que o simples fato de ter sido concedida ordem de *habeas corpus* em favor dos recorrentes não obsta a propositura da ação civil, não havendo por que se falar em coisa julgada. Alegou não ter havido prescrição, mencionando auto de infração datado de 1989.

Finalmente, considerando todos os réus responsáveis objetiva e solidariamente pelos prejuízos advindos, pugnou pela manutenção da sentença profligada.

Alçados os autos a esta instância jurisdicional, a douta Procuradoria-Geral de Justiça posicionou-se pelo desprovisionamento do recurso, entendendo não verificada a prescrição, por conta da existência do auto de infração precitado, tampouco a coisa julgada, porque este Tribunal, ao apreciar o *habeas corpus*, não ingressara no mérito, cingindo-se a declarar inepta a denúncia. Fundamentou, outrossim, não haver eiva no laudo pericial.

Comentou, de igual modo, que não há ilegitimidade passiva de Petrelli e Prolik, reportando-se à responsabilidade objetiva e acrescentando que os demandados contribuíram para a degradação da natureza, mesmo que de forma omissiva.

Após, Petrelli e Prolik coligiram documentos, dos quais se deu vista ao Ministério Público.

2. Negava-se provimento às apelações, bem como aos agravos retidos.

2.1. De início, impende examinar o agravo retido interposto contra a decisão de fl. 248, que arredou a preliminar de coisa julgada.

É incontrastável o acerto da interlocutória ao concluir pela inexistência daquela prefacial, enfatizando que a ordem de *habeas corpus* deferida em favor dos réus alicerçou-se, tão-somente, em razões de ordem processual penal.

De fato, a *quaestio juris* é de solução singela, encontradiça na consabida independência entre as responsabilidades civil e penal. Sobre o tema há julgados em profusão, *exempli gratia*:

“Há absoluta independência entre o procedimento cível e o criminal, com abstenção de se questionar apenas a existência do fato delituoso, mas não a autoria dele” (TJMG, Ap. Cív. n. 47.750, rel. Des. Mello Júnior, *idem*, pág. 472).

Em sentido idêntico:

“Existe independência entre a culpa civil e a culpa penal, por isso que o direito pátrio adota o sistema de separação de culpas. Assim, a sentença criminal absolutória não tem qualquer influência na esfera civil, ao passo que a condenatória faz coisa julgada, como, aliás, tem reconhecido a jurisprudência: ‘Não faz coisa julgada no cível a decisão no juízo criminal que não se pronunciou sobre a existência do fato delituoso ou sua autoria’” (TJSP, 3ª CC, Ap. Cív. n. 219.343, de Marília, rel. Des. Figueiredo Cerqueira, *idem*, pág. 475).

Ainda:

“A sentença criminal somente tem influência no cível naquilo que for comum às duas jurisdições, porquanto o ilícito penal nem sempre coincide em seus elementos com o ilícito civil, a teor do disposto no artigo 1.525 do Código Civil” (TJSP, Ap. Cív. n. 218.177-1, de Iguape, rel. Des. Leite Cintra, j. 30/11/94).

E deste Sodalício:

“Em tema de responsabilidade civil, tanto a lei substantiva civil (art. 1.525) como a adjetiva penal (art. 65) adotaram o critério da autonomia e independência das ações. A única restrição é que não mais se poderá prequestionar no cível sobre a existência do fato ou quem seja o seu autor se estas questões se acharem decididas no crime...” (Al n. 2.431, da Capital, rel. Des. Ernani Ribeiro, j. 23/8/83, *in* JC 44/320).

Traz-se à colação, também, aresto do Supremo Tribunal Federal, assim vazado:

“Não impede o reconhecimento da obrigação do dano, em ação civil, o reconhecimento na ação criminal de que o fato não constitui crime culposo, por ausência de culpa criminal” (STF, 1ª T., RE n. 85.874/RS, rel. Min. Cunha Peixoto, j. 30/6/78, *in* Darcy Arruda Miranda Júnior, Das Obrigações na Jurisprudência. Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., São Paulo, 1987, pág. 455).

Com mais efeito, não se pode vincular o desfecho da ação civil ao da penal quando não enfrentado o mérito, porque natimorta esta, em face da inépcia da denúncia.

Não se pode deslembra que o acórdão criminal cingiu-se a vergastar a denúncia quanto a seus requisitos mínimos, reputando-a lacunar e, conseqüentemente inarredável, declarando-a inepta. Haure-se de seu corpo:

“*Habeas corpus*. Inépcia da denúncia por não conter todos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. Em caso de denúncia referente a crime de autoria coletiva é indispensável a descrição circunstanciada do procedimento tido como delituoso de cada um dos acusados.

“Ordem concedida para declarar inepta a peça exordial em relação aos pacientes, estendendo-se a ordem, de ofício, aos outros dois acusados, *sem prejuízo de novo oferecimento, observadas as exigências legais*” [grifou-se] (pág. 218).

Não houve, portanto, nem exclusão de autoria, tampouco reconhecimento da inexistência do fato delituoso. De outra parte, ínvia a aplicação do art. 65 do Código de Processo Penal, porquanto também não se tenha reconhecido que os réus encontravam-se sob o escudo de causa excludente de antijuridicidade.

Logo, à vista da explicitude do art. 1.525 do Código Substantivo e do teor do acórdão em que se fundara a irresignação, evidenciando a inexistência de coisa julgada, desprovê-se o agravo retido.

2.2. Passando à abordagem do segundo agravo retido, brandido contra a decisão que não acatou a impugnação ao laudo pericial entranhado nos autos, tem-se por manifesta sua inconsistência, pelo que se lhe recusa provimento.

Muito embora o laudo revele-se contundente, não há motivos bastantes para tê-lo como inidôneo. Em verdade, o mister realizado pela perita, ao menos *prima facie*, não apresenta imperfeições relevantes, nem sinais de parcialidade, mostrando-se satisfatório.

Diversa seria a situação se, por exemplo, a experta lançasse reprimendas desabridas aos demandados e entremostrasse guardar vínculos com o demandante ou com interessados no êxito da ação. O conteúdo mais incisivo que o usual, por si só, não é suficiente para conspurcar o trabalho desenvolvido, mormente quando os acionados não lograrem, como *in casu*, indigitar provas ou motivos ponderáveis de que a perita execera seu labor despidida da necessária imparcialidade, incorrendo na conduta descrita no art. 147 do Código de Processo Civil.

No que concerne ao fato de os quesitos terem sido respondidos em conjunto, embora fossem quatro os réus e dois os procuradores que os tenham defendido, trata-se, quando muito, de mera irregularidade, não infirmando as conclusões alinhavadas.

Não há evidências de que os acionados tenham sido prejudicados em seu direito de defesa, nem que se tenha criado óbice à elucidação da verdade, isso porque a peça técnica, no substrato, fornece resposta às indagações formuladas por todos os litigantes.

Assim, se os pontos sobre os quais versaram os quesitos restaram satisfatoriamente respondidos não se há tachar de nulo o laudo.

Ao depois, à luz do princípio do livre convencimento motivado, cabe

ao magistrado valorar as provas produzidas e, se com elas se satisfizer, estará apto a decidir, motivadamente, sendo despiciendo reproduzi-las. Isso decorre, por certo, do poder que se lhe outorga, em virtude da condição de destinatário da prova (v. TJPR, 1ª CC, AI n. 7.140, de Curitiba, rel. Des. Osiris Fontoura, j. 14/8/90, in DJPR de 6/9/90, pág. 9; e TJDF, 3ª TC, AI n. 73.480, rela. Des. Nancy Andrichi, in DJU III, de 9/11/94, pág.13.931).

Eventual equívoco no critério de definição das margens, se houve, não gera reflexo algum no desate da contenda, porquanto as alterações deletérias à natureza exibem-se, à saciedade, tanto numa margem, quanto noutra, é dizer: tanto no imóvel de titularidade exclusiva de Pedro Pereira, quanto no condominial.

Além disso, a experta, percebendo a dissonância na nomeação das margens — possivelmente por erronia dos demandados na elaboração dos quesitos —, operou as observações necessárias na nota um da peça pericial, retificando a resposta do quesito número dez, e asseverando a desnecessidade de modificação das respostas dadas aos itens onze, doze e treze (fl. 312).

O reproche às respostas de números doze e treze — relativas ao tempo dos aterros e da aquisição do domínio pelos agravantes — também é infundado, ante a dificuldade de determinar-se, com exatidão, as datas em que se praticaram os atos danosos e se a aquisição do imóvel foi-lhes superveniente.

Em arremate a esse tópico, é oportuno repisar, com Theodoro Júnior, que “A nova perícia é uma exceção e

não uma faculdade da parte, de sorte que o juiz só a determinará quando julgá-la realmente imprescindível diante de uma situação obscura refletida nos elementos de prova dos autos.

“Conforme o sábio conselho de Batista Martins, ‘o juiz deverá usar desse arbítrio com moderação e prudência, para evitar a perda de tempo e o aumento das despesas.

“Sua finalidade, portanto, é apenas eliminar a perplexidade do julgador, gerada pela prova existente nos autos” (Curso de Direito Processual Civil. 18ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1996, vol. I, pág. 482).

3. Perscrutando os recursos de apelação esgrimidos contra a sentença, cumpre, inicialmente, enfrentar a prescrição invocada pelos réus Domingos Deitos e Pedro Pereira.

3.1. Observam que, como consta da inicial, a urbanização das terras, com realização de aterro e colocação de seixos, principiou na década de setenta, pelo que teria fluído o prazo prescricional para a propositura da ação, protocolizada em outubro de 1991.

A prescrição da ação civil pública é matéria ainda não sedimentada, nutrindo instigante divergência na doutrina e na jurisprudência. Uma primeira vertente entende imprescritível a mencionada ação, lastreada no caráter não-patrimonial e indisponível dos bens a que visa a proteger. Na preleção de Édis Milaré, “a ação civil pública não conta com a disciplina específica em matéria prescricional. Tudo conduz, entretanto, à conclusão de que se inscreve ela no rol das ações imprescritíveis.

“A doutrina tradicional repete uníssonamente que só os direitos patrimoniais é que estão sujeitos à prescrição. ‘Precisamente, os direitos patrimoniais é que são prescritíveis. Não há prescrição senão de direitos patrimoniais’, afirma o grande Clóvis Beviláqua.

“*El carácter esencial de los elementos que forman el patrimonio consiste en ser susceptible de tener un valor económico, ser apreciables en dinero. Las cosas o derechos que no reúnen esta condición no forman parte de él*”, diz Salvat.

“Ora, ação civil pública é instrumento para tutela jurisdicional de bens-interesses de natureza pública, insuscetíveis de apreciação econômica, e que têm por marca característica básica a indisponibilidade. Versa, portanto, sobre direitos não-patrimoniais, direitos sem conteúdo pecuniário.

“[...]”

“É claro que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não é um direito patrimonial, muito embora seja passível de valoração, para efeito indenitário. Cuida-se de um direito fundamental e indisponível do ser humano. Julgada procedente ação civil pública por dano a ele perpetrado, o montante de eventual indenização que vier a ser apurado não reverterá para patrimônio algum. Nem o Estado nem qualquer das inúmeras vítimas da degradação ambiental experimentarão acréscimo pecuniário com a reparação financeira do dano. O montante apurado, recolhido ao Fundo a que se refere o art. 13 da Lei n. 7.347/85, reverterá necessariamente ao cuidado do meio ambiente ferido. Em última análise, é a própria Pá-

tria comum, em sua dimensão física, o objeto tutelado por intermédio da ação civil pública. Logo, inatingível pela prescrição esse peculiar instrumento jurídico-processual” (A Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional. São Paulo, Saraiva, 1990, págs. 15/6).

Segunda corrente adota a orientação de que a ação civil pública sujeitar-se-ia à prescrição vintenária de que trata o art. 177, em sua primeira parte, do Código Civil, força do art. 179 do mesmo *Codex*. É da jurisprudência:

“Ação civil pública — Prescrição — Inaplicabilidade do art. 178/CC, § 10, IX — Ato ilícito e dano ao direito de propriedade — Aplicação do art. 179/CC — Prescrição vintenária.

“Ação civil pública. Despacho saneador. Preliminar de prescrição. Repelida. Decisão correta. A ação civil pública, disciplinada pela Lei n. 7.347, de 24/7/1985, para fins de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, não se sujeita à prescrição que, regra geral, incide sobre ação proposta contra ato ilícito ofensivo ou causador de dano ao direito de propriedade, tal como regulado pelo art. 178, parágrafo 10, inciso IX, do Código Civil, pois que referida ação tem caráter indenizatório e é atribuída ao ofendido (proprietário) contra o ofensor para cobrança do prejuízo que lhe foi causado. Como inexistente ação imprescritível na sistemática do Código Civil, forçoso é reconhecer que, à falta de disposição legal específica que regula a matéria, aplicável se torna a norma do art. 179 do mesmo Código, que estatui, para casos tais, a prescrição ordinária de vinte (20) anos. Recurso improvido” (TJPR,

3ª CC, Al n. 0039278-3, de Campo Mourão, rel. Des. Silva Wolf, j. 16/5/95, in DJPR de 5/6/95, pág. 25).

A discussão sobre qual corrente deva preponderar é de somenos importância, porquanto embora se tenha afirmado, na exordial, que as modificações no leito do Água Negra e os aterros em área de mangue foram incoados a partir da década de setenta, não se alegou, em momento algum, não tivessem se protraído no tempo.

A tese da prescrição não merece mesmo prosperar, já que houve posteriores agressões ao meio ambiente, levadas a efeito pelos réus, amplamente documentadas nos autos.

Destacam-se o auto de infração de fl. 22, emitido em 28/2/89 pela Fundação de Amparo à Tecnologia e ao Meio Ambiente — Fatma contra Pedro Pereira, por ter aterrado “faixa marginal de rio e área de mangue”; o termo de interdição de fl. 25, de 2/3/89; o relatório de fiscalização de fl. 26; o auto de infração de fl. 27, de 19/9/89; o auto de infração e termo de embargo por aterro em mangue e faixa marginal de rio, além de exploração de *camping* sem licença ambiental (fls. 28/9), de 4/4/91.

Prestando depoimento em inquérito policial (fls. 85/6), Pereira disse que há quatro anos utilizou-se de pedras para conter erosão e efetuou aterro para plantação de grama. Deve-se atentar ao fato de que essa declaração foi dada em 1991.

Deitos, por seu turno, narrou que em 1983 aterrou o imóvel para obstar erosões, em decorrência de grande enchente que se abatera sobre Governador Celso Ramos (fl. 90). Acrescentou que em 1991, quando parte da área já havia sido vendida

aos réus Petrelli, Prolik e Pereira, colocou mais algumas camadas de barro para nivelar o terreno, com a concordância dos condôminos. Na audiência de instrução e julgamento, Deitos afirmou ter procedido à dragagem do Água Negra entre 1978 e 1982; assertiva reeditada na contestação que apresentou em conjunto com Pereira (fl. 129).

Pelos fundamentos expendidos, é flagrante a não-ocorrência da prescrição.

No pertencente à pretensa imprestabilidade do laudo e à ação penal proposta contra os réus, remete-se às asserções externadas quando da análise dos agravos retidos aforados pelos réus Prolik e Petrelli.

3.2. “Levantem os olhos sobre o mundo e vejam o que está acontecendo à nossa volta, para que amanhã não sejamos acusados de omissão se o homem, num futuro próximo, solitário e nostálgico de poesia, encontrar-se sentado no meio de um parque forrado com grama plástica, ouvindo cantar um sabiá eletrônico, pousado no galho de uma árvore de cimento armado” (Manoel Pedro Pimentel, *in* Revista de Direito Penal, vol. 24, pág. 91).

Em tempos outros, quando descansava em latência a consciência ecológica, os proprietários de imóveis serviam-se do *jus abutendi* extraindo do aforismo latino nada menos que a literalidade. A exploração imponderada contava com o aplauso complacente de um Estado alheio a suas atribuições mais elementares.

A cumplicidade desse Estado diminuto e inoperante aquiesceu, sem condoer-se, às freqüentes violações

ambientais, em exaltação a um mercado plenipotenciário que se pretendia propulsor do desenvolvimento. Não havia senão a preocupação estrita com direitos de cunho eminentemente individual, não se cogitando da existência de outros, de maior amplitude. Retraçando essa situação, propalou-se:

“Moldando-se as instituições jurídicas pelas constituições liberais inspiradas no individualismo, e tendo este influenciado o processo civil (como categoria do direito subjetivo centralizado no interesse individual), não tiveram os interesses coletivos e os difusos condições, até há pouco tempo, no Brasil, autonomia para, *per se*, atraírem tutela jurisdicional delimitada ao seu campo de projeção” (Péricles Prade, Duguit, Rousseau, Kelsen e Outros Ensaaios. Florianópolis : Obra Jurídica, 1997, pág. 75).

O ocaso do Estado liberal-burguês propiciou a promoção de interesses aos quais se poderia denominar coletivos *lato sensu*, conferindo-se-lhes, gradativamente, instrumentos específicos de tutela. Ferraz, Milaré e Néri Júnior, antes da Constituição de 1988, e mesmo da Lei n. 7.347/85, alertavam:

“Há interesses que ultrapassam a individualidade do ser humano, constituindo-se em verdadeiros interesses de grupos, de uma coletividade, isto é, sem um titular individualizado. Esses interesses, chamados difusos, coletivos, supra ou metaindividuais, dizem respeito a anseios ou mesmo necessidades da coletividade ou grupo de pessoas, relativamente à qualidade de vida, como, por exemplo, o direito à saúde, à qualidade dos alimentos, à informação correta e atual, à



preservação do meio ambiente etc.” (Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Júnior, *A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*. São Paulo, Saraiva, 1984, pág. 84).

Na contextura do câmbio de paradigma político-econômico e da irrefragável ressonância da devastação ambiental nas condições de vida de todos, houve o despertar da sociedade civil para aqueles interesses “titularizados por uma cadeia abstrata de pessoas, ligadas por vínculos fáticos exsurgidos de alguma circunstancial identidade de situação, passíveis de lesões disseminadas entre todos os titulares, de forma pouco circunscrita e num quadro de abrangente conflituosidade”, na erudita definição de Prade (*Conceito de Interesses Difusos*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, pág. 80).

Entre esses direitos de abrangência dilatada figura o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, incrustado na Carta Política vigente (art. 225) e decantado nas conferências de Estocolmo, de 1982, e do Rio de Janeiro, de 1992 (ECO-92).

Meio ambiente, nos termos da Lei n. 6.939/81, que dispôs sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, é “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rega a vida em todas as suas formas”.

Nas palavras de Roberto Aguiar, “O conceito de meio ambiente vem por algumas preocupações centrais que devem nortear a conduta humana: a de que o ser humano pertence a um todo maior, que é complexo, articulado e interdependente; a de que a natureza é finita e pode ser degrada-

da pela utilização perdulária de seus recursos naturais; a de que o ser humano não domina a natureza, mas tem de buscar caminhos para uma convivência pacífica entre ela e sua produção sob pena de extermínio da espécie humana; [...] a de que a luta pela convivência harmônica com o meio ambiente não é somente responsabilidade de alguns grupos ‘preservacionistas’, mas missão política, ética e jurídica de todos os cidadãos que têm consciência da destruição que o ser humano está realizando em nome da produtividade e do ‘progresso’” (*Direito do Meio Ambiente e Participação Popular*, Brasília, 1994).

Efetivamente, a persecução de objetivos econômicos não pode menoscar as implicações ambientais daí dimanantes. A busca do desenvolvimento não pode conflitar com o direito ao equilíbrio ambiental, ao revés, a ele deve amoldar-se. Não se pode chancelar a sanha predatória de quem, sob o argumento fácil de servir ao progresso e ao desenvolvimento, rapina o pouco que muitos têm a ofertar a sua prole: a exuberância da fauna e da flora nacionais, que não são *res nullius*, mas *res omnium*.

Como adverte Édis Milaré, “em nosso País, o processo de desenvolvimento econômico vem-se realizando, basicamente, às custas dos recursos naturais vitais, provocando a deterioração das condições ambientais em ritmo e escala até então desconhecidos” (*Tutela Jurídica do Meio Ambiente*. Revista dos Tribunais, n. 605, mar. 1986, pág. 20).

Comentando o tema, José Afonso da Silva pontifica que “O desenvolvimento econômico tem consistido, pa-

ra a cultura ocidental, na aplicação direta de toda a tecnologia gerada pelo homem no sentido de criar formas de substituir o que é oferecido pela natureza, com vista, no mais das vezes, à obtenção de lucro em forma de dinheiro é muitas vezes confundido com melhor ou pior qualidade de vida. Pois, 'numa sociedade que considera o dinheiro um de seus maiores valores, já que tem poder de troca maior que qualquer outra mercadoria, quem tem mais pode ter melhores condições de conforto'. Mas o conforto que o dinheiro compra não constitui todo o conteúdo de uma boa qualidade de vida. A experiência dos povos ricos o demonstra, tanto que também eles buscam uma melhor qualidade de vida. 'Porém, essa cultura ocidental, que hoje busca uma melhor qualidade de vida, é a mesma que destruiu e ainda destrói o principal modo de obtê-la: a natureza, patrimônio da humanidade, e tudo o que pode ser obtido a partir dela, sem que esta seja degradada'" (Direito Ambiental Constitucional. Malheiros, São Paulo, 1994, pág. 6).

O binômio preservação ambiental/desenvolvimento econômico há de ser harmonizado. "Os empresários devem manter estreito relacionamento com os órgãos governamentais e a comunidade, durante o planejamento e na fase inicial de um projeto, com o intuito de assegurar as melhores condições ambientais e a preservação dos recursos naturais" (Marcelo Drugg Barreto Viana e Gilberto Veronese, Políticas Ambientais Empresariais, pág. 128).

Para coibir os excessos na utilização do direito de propriedade que resultem em vulneração da natureza, a ação civil pública, instituída pela Lei n.

7.347/85, mostra invulgar serventia (art. 1º, inc. I). Guarda similitude com a *representative action* do direito inglês, cabível quando haja dificuldade na identificação de um grupo ou classe de lesados, desde que seus integrantes tenham sofrido o mesmo dano, apresentem interesses comuns e o provimento reclamado seja apto a beneficiar a todos. É aparentada, outrossim, da *class action* estadunidense, destinada à salvaguarda de interesses coletivos quando seus titulares forem inumeráveis e de difícil identificação, prevista na *Rule n. 23 da Federal Rules of Civil Procedures*. Afeiçoa-se, ainda, de certa forma, à *public interest action*, voltada para a concretização de direitos da sociedade em geral ou de parte dela, empregada, de ordinário, para pôr cobro a ilegalidades no exercício do poder, cometidas por entes estatais.

A pretensão viabilizada pela ação civil pública, versando sobre danos ambientais, lança-se à busca da mais abrangente reparação possível, como consequência da adoção do princípio da *restitutio in integrum*. A responsabilidade em matéria ambiental é independente de culpa e, por decorrente, dilatado seu espectro. Desse modo, desde que demonstrada a existência do dano, além do nexo causal a atá-lo à conduta lesiva, inarredável a obrigação de ressarcimento, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81.

No escólio de Rodolfo de Carmargo Mancuso, "deve ser afastada a responsabilidade aquiliana, fundada na culpa (CC, art. 159): esse sistema, que remonta às bases romanísticas é adequado aos conflitos intersubjetivos (Tício *versus* Caio), onde é ponderável o fator da intenção do agente, a par

das mais diversas causas de exclusão de culpa (força maior, caso fortuito, culpa ou proveito da vítima etc.). Mas ele não se adapta à responsabilidade por danos causados a bens e interesses coletivos e difusos, onde a óptica é deslocada antes para a efetiva reparação do dano causado à sociedade ou à 'categoria', do que para a aferição da culpabilidade na conduta do agente.

“Daí por que, de maneira geral, tem-se admitido que a responsabilidade, em matéria de interesses difusos, deve ser a objetiva, ou do risco integral, as únicas que podem assegurar uma proteção eficaz a esses interesses” (Ação Civil Pública. 4ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, págs. 197/8).

Continua:

“parece-nos que a atual Constituição também albergou a responsabilidade objetiva no caso de danos ao meio ambiente, do que se depreende de seu art. 225, § 3º: ‘As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas independentemente da obrigação de reparar os danos causados’. Embora a redação não use a fórmula ‘independentemente da existência de culpa’, como o faz o art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, parece-nos que a *mens legis* é nesse sentido, considerando-se o imperativo — ‘sujeitarão’ — e tendo presente que ali se separou a ‘obrigação de reparar os danos causados’, das ‘sanções penais e administrativas’, tudo conduzindo à impressão de que não se quis seguir o esquema da responsabilidade fundada na culpa” (op. cit., págs. 199/200).

Agora, todo o instrumental dirigido a resguardar o ecossistema será infecundo se sonogada sua aplicação pelo intérprete, recalitrante em pensar os novos direitos, emergentes do dinamismo dos fatos sociais e do pulsar da vida, à luz de envelhecidas regras gestoras de relações puramente privadas. Nessa ótica desfocada, o Direito Ambiental é reduzido ora a reles tópico do direito de vizinhança, ora a mera restrição administrativa ao direito de propriedade.

Assim, tudo o que se produziu de mais avançado na legislação ambiental é transformado em uma bela e estéril carta de intenções e o direito que encerra é postergado para “aquele estranho dia que nunca chega” (v. Luís Fernando Veríssimo, *Aquele estranho dia que nunca chega*. Rio de Janeiro, Objetiva, 1999).

É imperativo ao julgador sopesar os interesses em conflito e, se possível, conciliá-los. Não o podendo fazer, deverá preferir o interesse coletivo. Do contrário, cedo fitará a *Waste Land* (terra desolada) pressagiada por Thomas Eliot, ao descrever lugubramente a paisagem inóspita que antevia:

“Que raízes são essas que se arraigam, que ramos se esgalham

“Nessa imundície pedregosa?  
Filho do homem,

“Não podes dizer, ou sequer estimas, porque apenas conheces

“Um feixe de imagens fraturadas, batidas pelo sol,

“E as árvores mortas já não mais te abrigam, nem te consola o canto dos grilos,

“E nenhum rumor de água a la-tejar na pedra seca. Apenas

“Uma sombra medra sob esta rocha escarlate” (O enterro dos mortos, *in Poesia*. 5ª ed., Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1981, pág. 89).

“Após a rubra luz do archote sobre suadas faces

“Após o gelado silêncio nos jardins

“Após a agonia em pedregosas regiões

“O clamor e a súplica

“Cárcere palácio reverberação

“Do trovão primaveril sobre longínquas montanhas

“Aquele que vivia agora já não vive

“E nós que então vivíamos agora agonizamos

“Com um pouco de resignação” (O que disse o trovão, *in Poesia*. 5ª ed., Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1981, pág. 102).

No caso *sub examine*, o laudo pericial delata a ocorrência indisfarçável de lesões ambientais, inclusive a área de mangue — que, pela troca de matéria orgânica entre as águas doce e salgada, consitui nascedouro de inumeráveis espécies animais e vegetais — além de aterro de duas lagoas e desvio do rio Água Negra, comprometendo o ecossistema, isto é, o “conjunto formado pela comunidade e pelo meio ambiente” (Wilson Roberto Paulino. *Biologia Atual*, 2ª ed., São Paulo, Ática, 1990, vol. III, pág. 135).

Extrai-se da peça técnica, *ad litteram*:

“o aterramento nas margens direita e esquerda do rio Água Negra, feito pelos proprietários, prejudicou o manguezal existente.

“Houve supressão de vários exemplares de espécies típicas de manguezal, como em especial *Laguncularia racemosa*, que ocorre como espécie predominante naquele manguezal. Também foram suprimidos exemplares de outras espécies conhecidas como espécie de transição entre ambiente marinho e terrestre, que são comumente encontrados nos manguezais e integram o ecossistema, como: *Hibiscus tiliaceus*, *Lonchocarpus neuroscapha* e *Acrostichum aureum* (sambambaia de mangue), entre outras.

“[...]

“O rio Água Negra, antes das interferências antrópicas, caracterizava-se como um rio meândrico, onde descrevia curvas sinuosas através da contínua escavação na margem côncava (ponto de maior velocidade de corrente) e deposição de material na margem convexa (ponto de menor velocidade). O dano ambiental causado pelos aterros se estende ao ambiente estuarino como um todo. Pois, além do aterro em manguezal, houve também aterro em lagoas situadas entre os meandros do rio e aterro nas margens do rio, sendo que em alguns locais, houve uma redução significativa na largura do leito do rio.

“Aterros são considerados tensores (*stress* — impacto) bastante prejudiciais ao manguezal. Segundo Lugo há vários tipos de tensores (situação que causa aumento nos gastos de energia para manutenção do sistema), sendo que os aterros estão entre os mais severos, visto que alteram o fluxo de energia, isolando o manguezal de suas fontes de nutrientes, reduzindo a capacidade de recuperação do sistema.

“[...]

“Levando-se em consideração que o dano ambiental causado, refere-se a Áreas de Preservação Permanente, onde não é permitido em hipótese alguma qualquer interferência, segundo a Legislação Ambiental vigente, consideramos o prejuízo considerável ao meio ambiente”.

Avaliando o risco de enchentes, a perita averbou:

“as alterações ambientais provocadas pelos indiciados obstruem o desaguadouro pluvial em caso de enxurradas.

[...]

“As interferências antrópicas provocadas pelos indiciados, através dos desvios do rio Água Negra, com obstrução de alguns meandros, aterramento (supressão) de lagoas existentes entre os meandros, aterramento das margens provocando estreitamento da largura do rio, retificação do curso do rio, aterramento de manguezal, enrocamento e supressão da vegetação nas margens do rio, alteraram a bacia de drenagem diminuindo sobremaneira a área de dissipação das águas, que formavam na foz do rio Água Negra, uma considerável área alagada, comparando-se com a situação atual.

“Estas ações poderão trazer como conseqüências, alagamentos em áreas localizadas à montante da foz em épocas de grandes enxurradas, podendo inclusive ocasionar enchentes, devido a supressão da área de inundação natural.

“Almeida esclarece que as características geomorfológicas da Praia de Palmas se assemelham as da Praia de Itapema. Por isso, a interferência antrópica poderá provocar além da destruição de ambientes pro-

ductivos, também catástrofes como a ocorrida em 1984 em Itapema, onde ocorreu grande enchente em função do aterro de uma pequena área de mangue na retaguarda da restinga”.

Complementa:

“Em vistoria, observou-se que na região próxima à foz, o antigo curso do rio é visível através da constatação de uma região mais baixa, limitada por bancos de restinga. Neste trecho, o antigo leito do rio corria junto a uma cerca, aos fundos do restaurante do Nelson, citado por vários depoentes, conforme termos de declaração constantes dos autos. O terreno foi aterrado e construído muro de concreto, pelos indiciados, ação que obstruiu o curso natural do rio, forçando seu desvio em direção contrária, levando-o a desembocar junto ao costão onde se encontra atualmente. As várias retificações e desvios realizados no leito do rio trouxe como conseqüências:

— Alteração do fluxo das águas e produtividade do sistema aquático;

— Diminuição da área de inundação da bacia de drenagem (...);

— Provável supressão de vários organismos aquáticos importantes na cadeia trófica e dieta alimentar da população, em função da alteração ou supressão do seu *habitat*;

— Supressão das lagoas existentes no estuário;

— Degradação da Vegetação nas Áreas de Preservação Permanente correspondentes à área de manguezal e margem de rio (...);

“Diante das conseqüências oriundas da retificação do leito do rio, conclui-se que o impacto das várias

ações antrópicas sobre o ambiente natural, situado ao longo do Rio Água Negra é negativo, provocando danos irreversíveis à qualidade ambiental naquela área, quais sejam, descaracterização do ambiente estuarino”.

No que se refere à alegada imprestabilidade do laudo, impende revistar as razões esboçadas quando do exame do agravo retido interposto por Petrelli e Prolik.

Assinale-se, também, que o não-ajuizamento de nova ação penal contra os demandados não autoriza a ilação de que se tenha concluído pela inexistência de responsabilidade. Aliás, a dedução contrapor-se-ia ao que de sobejo desvela o conjunto probatório.

Observe-se, ao depois, que não se impunha a apresentação de fotografias que apresentassem toda a evolução da degenerescência ambiental, até porque os demais meios de prova, como dito, indigitaram a ocorrência dos danos irrogados aos réus.

A alegação de que os atos nocivos ao meio ambiente foram perpetrados antes da aquisição dominial, se é inservível a Prolik e Petrelli, com mais efeito não beneficia Deitos e Pereira, contra quem a abundância de provas é ainda maior, com relevo às reiteradas autuações por órgãos ambientais.

Consta das razões recursais de Deitos e Pereira que este adquiriu suas terras por volta de 1985, enquanto aquele fê-lo após 1980. Ora, os documentos de fls. 22 e 25/9 atestam que às datas de aquisição indicadas sobrevieram aterros. Mesmo não fosse assim, em seu depoimento pessoal (fl. 407) e na contestação (fl. 129) Deitos confessou ter dragado o rio Água Negra.

Ademais, a testemunha Lourival Mota declarou que “observou que o Sr. Domingos tinha feito um serviço na margem do rio, deixando a mesma em desnível e plantado grama” (fl. 410). O testemunho de José Medeiros de Melo foi no sentido de que “o Sr. Pedro Pereira colocou algumas pedras para proteger a sua propriedade da erosão” (fl. 411). A testemunha Erondino Augusto Dias, por sua vez, disse acreditar que Deitos tenha executado aterro (fl. 412).

Consigne-se, no mais, que o *onus probandi*, tendo-se em vista a relevância dos interesses em confronto, recaía sobre os réus. Cumpria-lhes, pois, exibir subsídios suficientes à demonstração de seu alheamento à degradação ambiental constatada. Essa asserção é válida, de igual modo, aos réus Petrelli e Prolik.

O império da responsabilização objetiva, em sede de dano ecológico, redundna na mitigação da prova do nexo causal, em homenagem ao espírito da legislação ambiental pátria, que objetivou aguilhoar todos os envolvidos em ataques à natureza. É essa a orientação da melhor doutrina:

“Sérgio Ferraz indica cinco conseqüências da adoção da responsabilidade objetiva nesse campo: a) irrelevância da intenção danosa (‘Basta um simples prejuízo’); b) irrelevância da mensuração do subjetivismo (‘O importante é que, no nexo de causalidade, alguém tenha participado e, tendo participado, de alguma sorte, deve ser apanhado nas tramas da responsabilidade objetiva’); c) *inversão do ônus da prova* [grifou-se]; d) irrelevância da licitude da atividade; e) *atenuação do*



*relevo do nexa causa*” (Mancuso, *op. cit.*, págs. 205/6).

Dessa forma, socorre-se um interesse proeminente em detrimento de outro menos relevante. Incumbia-lhes, logo, produzir as provas de que não praticaram os atos inquinados de lesivos ao meio ambiente.

Por outro prisma, forçoso considerar que a responsabilidade é transmitida com a venda, como corolário da natureza do dano, que é permanente. Nessa linha já assentou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, colhendo-se o seguinte excerto:

“Sabendo-se, ademais, que a responsabilidade se transfere com a venda ou outra forma qualquer de alienação, [...] incumbia provar que não fora ela, nem os anteriores proprietários que lhe transferiram a área, a causadora dos aterros, do assoreamento, da derrubada de árvores, da destruição de fontes, da poluição da água etc.” (Ap. Cív. n. 589076769, de Gravataí, rel. Des. Adalberto Libório Barros, j. 27/3/90).

No pertinente, em particular, ao nexo de causalidade, ressalte-se que, tratando do imóvel condominial, o réu Pedro Pereira declarou que os proprietários, faltando uma camada de terra para nivelar o terreno, autorizaram a cobertura com aterro (fl. 86). Na mesma esteira, o réu Domingos Deitos afirmou “que em março de 1990, quando a área já pertencia ao Sr. Dr. Mário José Gonzaga Petrelli, ao Dr. Augusto Prolik, ao Pedro Pereira e o declarante, em partes iguais, por deliberação dos quatro proprietários, foi autorizado o Sr. Carlos Guerder, colocar algumas camadas de barro em cima do aterro antigo [grifou-se] feito em 1983, somente para nivelar a propriedade” (fl. 90).

O acionado Augusto Prolik endossou as declarações mencionadas, asseverando “nada ter sido feito na citada área após referida aquisição, senão apenas, simples *aplainamento para nivelar o terreno* [grifou-se] e evitar o empoçamento das águas e outros inconvenientes” (fl. 107).

Por certo, a feitura de novo aterro, mesmo com o exclusivo fim de nivelar o terreno, agravou as vulnerações dantes praticadas. Conseqüentemente, Prolik e Petrelli não são partes ilegítimas para integrar a relação jurídico-processual.

Incontrastável, da mesma forma, que a par de objetiva a responsabilidade é solidária, sujeitando todos os que concorreram para a havida do dano, por ação ou omissão, ao dever de repará-lo. Nessa senda, elucida Mancuso: “além da responsabilidade objetiva, independente de perquirição de culpa, os que devam formar no pólo passivo de ação civil pública encontram-se, também, em situação de responsabilidade solidária. Embora a Lei n. 7.347/85 não o diga expressamente, isso decorre da natureza mesma da ação civil pública: seu objeto — o interesse difuso — é indivisível” (*op. cit.*, pág. 128).

[...]

“sendo a agressão ao meio ambiente, obviamente, um ato ilícito, daí deflui, nos termos do art. 1.518 do CC, a solidariedade na obrigação de reparar o dano. Hugo Nigro Mazzilli informa que igual solução se verifica na jurisprudência norte-americana, ‘quando passou a afirmar de forma solidária a responsabilidade civil imposta aos causadores de danos ambientais. Assim, por exemplo, os altos custos

da recomposição ambiental são cobrados de qualquer dos co-responsáveis, que, por via de regresso, poderão depois discutir entre si a distribuição mais eqüitativa da responsabilidade” (*op. cit.*, pág. 200).

Por derradeiro, reitera:

“em sede de responsabilidade por danos a interesses difusos, aplicam-se as regras da solidariedade: a reparação é exigível de todos e de qualquer um dos responsáveis, inclusive podendo ser oposta àquele que se afigure mais solvável, o qual ao depois se voltará contra os demais, em via de regresso” (*op. cit.*, págs. 209/10).

A responsabilidade dos réus, como resultado da solidariedade, é indivisível no que respeita à obrigação de reparar os danos. Porém, entre si, a obrigação dos demandados é divisível, ficando a salvo aquele que se julgar prejudicado — por se lhe ter imposto dever indenizatório superior aos

prejuízos a que efetivamente dera causa — o direito de pleitear, regressivamente, o reembolso do correspondente às lesões de autoria de outrem, como os antigos proprietários.

Por conseguinte, pela participação menor nos eventos nocentes, Prolik e Petrelli, se lhes aprover, poderão por via de regresso voltar-se contra quem lhes transmitiu o imóvel, para lograrem a restituição do *quantum* indenizatório excedente aos danos que causaram por ação direta.

Resguardam-se, por essa fórmula, tanto os interesses da sociedade, como requer o espírito da legislação ambiental, quanto os individuais.

3. Pelo exposto, dissenti em parte da douda maioria para negar provimento aos agravos retidos e às apelações.

*Pedro Manoel Abreu.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 99.004029-1, DE JOINVILLE**

**Relator designado: Des. Cesar Abreu**

*Ação reivindicatória. Ocupação de área mínima do terreno vizinho. Edificação, em imóvel alheio, devidamente concluída. Construção realizada na presença e sem impugnação do proprietário. Inteligência do parágrafo único do art. 549 do Código Civil. Má-fé de ambos tratada como boa-fé. Conversão do pedido reivindicatório em indenizatório. Solução reivindicatória inviabilizada diante do significativo valor econômico da obra realizada e da diminuta área ocupada. Recurso adesivo. Perdas e danos. Pagamento de aluguel pelo período da ocupação. Direito reconhecido. Recurso principal provido parcialmente. Provimento do adesivo.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.004029-1, da comarca de Joinville, em que são apelantes e apelados João Valter Horst, Margarete Caecilie Spillmann e Leo Spillmann:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso principal e prover o adesivo.

Custas legais.

### I — Relatório

João Valter Horst interpôs recurso de apelação contra sentença que, nos autos da ação reivindicatória promovida por Margarete Caecilie Spillmann e Leo Spillmann, julgou procedente o pedido formulado.

Na r. decisão o Togado reconheceu a má-fé dos requeridos por alterarem as extremas do seu terreno, aproveitando-se da desapropriação de parte das terras de propriedade dos autores, avançando sobre o imóvel e nele edificando benfeitorias (fls. 245/250).

Irresignado, o requerido manejou recurso de apelação, alegando, como matéria de defesa, a prescrição aquisitiva da área objeto da lide, pois totaliza mais de vinte anos a posse exercida pelo apelante e seus antecessores. Ao final, pugnou pela reforma do *decisum*, inclusive no tocante ao direito de retenção das benfeitorias edificadas no imóvel (fls. 252/265).

Houve contra-razões, oportunidade em que os apelados afirmaram haver alertado o apelante sobre as irregularidades na fixação das divisas do terreno de sua propriedade, solici-

tando, inclusive, a suspensão da edificação das benfeitorias (fls. 269/275).

Os autores aderiram ao apelo interposto pelo requerido, pretendendo a reforma da sentença no tocante à condenação à indenização pelas benfeitorias realizadas no imóvel, bem como no que concerne ao indeferimento do pedido de indenização por perdas e danos (fls. 280/282).

Contra-arrazoando, o apelado afirmou terem os apelantes agido de má-fé, pois aguardaram a edificação das benfeitorias e o início das atividades comerciais para buscarem em Juízo a reivindicação da área de terras descrita na inicial (fls. 290/298).

### II — Voto

Colhe-se dos autos — exame da prova técnica — que as construções edificadas pelos réus ocuparam parte das terras da autora, numa área correspondente a 157,04m<sup>2</sup>. Essa, aliás, a área reivindicada.

As terras dos réus foram adquiridas em 19/12/90 (fl. 12), sendo o título de propriedade da autora datado de 14/1/75.

O certificado de conclusão de obras, correspondente ao estabelecimento Iraso Auto Posto Ltda., foi expedido em 9/6/91.

A notificação extrajudicial para restituição da área invadida é de 20/9/91, tendo a ação sido ajuizada em 25/10/91. Em resposta à notificação extrajudicial o primeiro réu endereçou correspondência (fl. 20) propondo-se a adquirir a parte questionada das terras, isso, em 22/10/91.

Vê-se, portanto, que o próprio réu-varão admitiu a ocupação de parte das terras da autora, ou seja,

157,04m<sup>2</sup> (fl. 141) de um total de 21.250,00m<sup>2</sup> (fl. 120). O laudo pericial, ademais, confirma essa invasão (fls. 111/167).

Razão, assim, assiste à autora no que respeita à perda de pequena parte do seu patrimônio.

A prescrição aquisitiva, da mesma forma, não restou demonstrada. Aliás, não há falar, sequer, em posse com *animus domini*.

Resta definir, então, a forma da justa composição do litígio, se por meio da devolução da área, com demolição das obras, ou pela via indenizatória.

Afirmou a Magistrada sentenciante que os réus agiram com má-fé. Disso não resta dúvida, pois tinham a sua propriedade devidamente demarcada, como assinalaram as testemunhas ouvidas (fls. 230/231). Ocuparam o imóvel propositadamente, quiçá como única forma de viabilizar o empreendimento, ou seja, a instalação do posto de gasolina. E a má-fé é punida pela lei civil, como se pode observar do disposto no art. 547 do CC, que manda restituir o bem, repondo-o ao *status quo ante*.

O legislador, entretanto, não parou por aí, presumindo de má-fé também o proprietário do bem invadido quando a construção se ergueu em sua presença, sem oportuna impugnação (parágrafo único do art. 548 do CC).

Ora, a notificação extrajudicial foi remetida aos réus quando já concluída a construção, aliás, quando já recebido da Municipalidade o *certificado de conclusão de obra*.

Não era, assim, estranho à autora o andar das obras, tendo esta aguardado pacientemente a sua conclusão

para depois insurgir-se buscando a reparação. Reparação esta que, de início, apontava para perdas e danos, como consta da carta/notificação de (fl. 9) e da própria impugnação à contestação (fl. 74), quando admite que não houve composição amigável — com a venda da área invadida — porque irrisório o preço ofertado. A proposta de venda repetiu-se quando da audiência de instrução (fl.194), havendo novamente desacordo em relação ao preço.

Pois bem, estando os réus de má-fé, como também a autora, por presunção legal, a solução indenizatória corresponde à forma mais razoável de composição do litígio.

Consoante orientação do STJ, “o proprietário que assiste passivamente à construção em seu terreno não pode alegar boa-fé” (REsp n. 2.137/RJ, rel. Min. Bueno de Souza).

E, invocando o ensinamento de Clóvis Bevilacqua, acrescenta:

“(…) a má-fé de ambos é tratada como boa-fé, porque nenhum dos dois terá motivo de queixa contra o outro, nem razão para esperar do direito apoio melhor aos seus interesses” (Código Civil Comentado, Rio, Francisco Alves, 1958, vol. III, Coment. ao art. 548).

A conversão do pedido reivindicatório em indenizatório não agride ao senso jurídico nem implica em julgamento *extra petita* (REsp n. 114.464, rel. Min. Ari. Pargendler).

Aliás, a *inexistência de pedido expresso do réu não impede ao juiz de deferir indenização, em lugar da demolição do prédio*, é o que assinala o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, quando do julgamento do REsp n. 77712—MG.

A área invadida é mínima (157,04m<sup>2</sup>) no contexto da propriedade da autora (21.250m<sup>2</sup>). A restituição da área, entretanto, seria bastante onerosa, na medida em que implicaria na demolição de parte substancial do prédio de alvenaria que abriga o Posto de Gasolina, com o comprometimento, ainda, de seu próprio funcionamento.

Daí a lição: “Cabe ao juiz, comprometido com a Justiça, harmonizar o direito do autor, que não pode ser exercido abusivamente, com a natureza da coisa e com o bom senso” (Min. Ruy Rosado de Aguiar).

O *quantum* a indenizar é matéria reservada à liquidação de sentença, por arbitramento, considerado o preço do metro quadrado da área indevidamente ocupada.

Quanto à pretensão adesiva, procede ela no que respeita às perdas e danos. Inevitável que os réus/apelantes paguem aos autores/apelados importância a ser arbitrada em liquidação, baseada na média do valor locatício da área ocupada e pelo período de ocupação, até o efetivo pagamento da indenização principal.

É que “A ninguém é lícito ocupar gratuitamente imóvel de outrem” (Ap. Cív. n. 42.369, de São José, *in* DJE n. 8.779, de 7/7/93, pág. 8).

### III — Decisão

Diante do exposto, por maioria de votos, dá-se provimento em parte ao recurso principal para converter a ação de reivindicação em ação de indenização, e prover o recurso adesivo.

Participou do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Wilson Augusto do Nascimento.

Florianópolis, 26 de março de 2002.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente com voto;*  
*Cesar Abreu,*  
*Relator designado.*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Wilson Augusto do Nascimento:

Ementa aditiva

Apelação cível — Ação reivindicatória — Recurso principal — Prescrição aquisitiva — Prova frágil — Te-se rejeitada.

Inexistindo prova acerca do exercício da posse com *animus domini*, não há falar em prescrição aquisitiva.

Benfeitorias úteis, necessárias e voluptuárias — Indenização, retenção e levantamento — Posse de má-fé — Inteligência do art. 517 do CC — Sentença mantida — Recurso desprovido.

O possuidor de má-fé tem direito à indenização apenas pelas benfeitorias necessárias, nos termos do art. 517 do Código Civil.

Recurso adesivo — Indenização — Benfeitorias necessárias — Pretendida exclusão da condenação — Pedido rejeitado — Art. 517 do CC.

O direito do possuidor de má-fé de ser indenizado pelas benfeitorias necessárias decorre de lei e não do livre convencimento do magistrado.

Perdas e danos — Ocupação do imóvel — Aluguel mensal — Indenização indevida — Ônus da prova — Art. 333, I, do CPC — Sentença mantida — Apelo desprovido.

Ousei divergir da maioria pelas seguintes razões:

Trata-se de apelação cível interposta por João Valter Horst e Marilu Luiza Horst contra a r. sentença proferida nos autos da ação reivindicatória proposta por Margarete Caecilie Spillmann e Leo Spillmann, que julgou procedente o pedido formulado, existindo recurso adesivo dos autores.

I — Do recurso principal.

a) Da tese preliminar de prescrição aquisitiva.

A tese da prescrição aquisitiva, argüida pelos apelantes, não merece ser acolhida. Em face das provas dos autos, é possível concluir que efetivamente exerceram a posse do imóvel *sub judice*, porém, desprovidos do *animus domini*. Ingressaram no imóvel reivindicado sorrateiramente, sem autorização dos proprietários da área.

Nesse aspecto, a prova produzida pelos apelantes é frágil e não convence sobre a alegada prescrição aquisitiva. As testemunhas inquiridas nada esclareceram, e a alegada continuidade do registro imobiliário também não foi provada. Há, nos autos, apenas certidão do Registro de Imóveis que comprova a propriedade dos apelantes sobre área diversa daquela objeto da lide. Oportuno citar os seguintes julgados:

“(...) A prescrição aquisitiva não se consuma apenas com a moradia no imóvel, por prazo superior a 20 anos, de forma pacífica, ininterrupta, sendo indispensável a posse com *animus domini*, sem a qual não bastam aqueles outros elementos, por maior o tempo de moradia. Apelação provida” (Apelação Cível n. 33.196, de São Francisco do Sul, rel. Des. João José Schaefer).

E:

“Ação reivindicatória. Contestação baseada na prescrição aquisitiva. Prova insuficiente. É ônus do contestante a prova de que teria o direito de requerer o usucapião sobre a terra reivindicanda” (JC 35/265).

Absolutamente recusável, pois, a tese da consumação da prescrição aquisitiva em favor dos apelantes.

b) Do mérito.

Os apelantes pugnaram pela reforma do *decisum* no tocante ao direito de retenção e indenização pelas benfeitorias edificadas no imóvel.

A existência de tais benfeitorias está comprovada pelos documentos acostados aos autos, bem como pela prova pericial. Todavia, não se vislumbra autorização dos apelados para a edificação dessas benfeitorias, sendo possível, num primeiro momento, presumir a boa-fé dos apelantes.

No entanto, a presunção é afastada com base no documento de fl. 20, pelo qual os apelantes manifestaram interesse na aquisição da propriedade da área reivindicada. Ora, essa manifestação de vontade é fator indicativo da ciência que tinham os apelantes sobre a ilegalidade da posse exercida sobre o imóvel e, conseqüentemente, da má-fé no tocante às benfeitorias edificadas.

Assim, em face do conjunto probatório, não merece ser dado provimento ao apelo, porquanto a legislação vigente assegura ao possuidor de má-fé o ressarcimento apenas e tão-somente pelas benfeitorias necessárias (art. 517 do Código Civil).

Obrou com acerto, pois, o Juízo monocrático. Se se trata de posse de má-fé, não há falar em indenização pelas benfeitorias úteis e voluptuárias,



mas apenas em ressarcimento pelas necessárias. Washington de Barros Monteiro leciona:

“Já o possuidor de má-fé apenas tem direito ao ressarcimento das benfeitorias necessárias; não lhe assiste, portanto, o direito de ser indenizado pelas benfeitorias úteis, nem o de levantar as voluptuárias (Código Civil, art. 517). Devido à má-fé, o possuidor só é ressarcido do valor das benfeitorias necessárias, executadas com a conservação da coisa; quanto às úteis e às voluptuárias, perde-as o possuidor de má-fé, a favor do proprietário, que as recebe gratuitamente, como compensação pelo tempo em que ficou privado da posse. Tal é a situação do esbulhador, cuja má-fé é ressaltada, ao ser vencido na ação possessória. Igualmente, não assiste ao possuidor de má-fé direito de retenção” (Curso de direito civil — direito das coisas, pág. 72).

Traz-se à colação:

“(…) O possuidor de má-fé tem direito apenas ao ressarcimento das benfeitorias necessárias, sem retenção, não lhe assistindo direito à indenização pelas benfeitorias úteis, nem pelas voluptuárias” (Apelação Cível n. 42.149, de Joinville, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Pelos motivos acima, votei por negar-se provimento ao recurso principal.

II — Do recurso adesivo.

Os autores apelaram adesivamente, objetivando a reforma da sentença para a condenação dos apelados ao pagamento de indenização a título de perdas e danos, bem como para exclusão da condenação ao pagamento

de indenização pelas benfeitorias necessárias realizadas no imóvel.

No tocante à exclusão da condenação pela indenização das benfeitorias necessárias, imerece provimento o apelo, pois, conforme constou da fundamentação esposada no recurso principal, o possuidor de má-fé tem direito a essa indenização por força de lei (art. 517 do Código Civil), devendo ser mantida.

Relativamente à indenização por perdas e danos, sob fundamento de que os apelados injustamente ocuparam o imóvel reivindicado, sem efetuar nenhuma contraprestação, impedindo-os de usar, gozar e dispor do imóvel, não merece provimento, pois além de ser genérico o pedido, os apelantes não especificaram o montante do prejuízo nem indicaram em que termos teria sofrido esses prejuízos.

Não há provas nos autos da ocorrência desse prejuízo, cujo ônus competia aos apelantes. Acolhida merece ser a pretensão que encontrar amparo na prova dos autos e rejeitada aquela que não se apresentar plenamente comprovada. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery anotam:

“Regra geral. Segundo a regra estatuída por Paulo, compilada por Justiniano, a prova incumbe a quem afirma e não a quem nega a existência de um fato (Dig. XXII, 3, 2). O autor precisa demonstrar em juízo a existência do ato ou fato por ele descrito na inicial como ensejador do seu direito” (CPC comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, 3ª ed., RT, 1997, pág. 615).

Esse é o entendimento da jurisprudência:

“A prova do pedido é ônus que cabe ao autor, não se transferindo, de

modo algum, para o juiz. Até mesmo a requisição do processo administrativo ou de outros semelhantes, deve o promovente requerê-la na oportunidade adequada. (Ac. unân. da 2ª T. do TRF de 22/10/76, na Ap. Cív. n. 42.891, rel. Min. Amarílio Benjamin; DJ de 14/2/77, pág. 765)” (PAULA, Alexandre de. O processo civil à luz da jurisprudência. Vol. III, pág. 520).

Em face do exposto, votei por negar-se provimento aos recursos principal e adesivo, mesmo porque entendo não ser possível a conversão de ação reivindicatória (dominial) em ação de indenização (petitória).

Vencido que fiquei, declaro meu voto no sentido de negar provimento aos recursos principal e adesivo.

*Wilson Augusto do Nascimento*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 99.011079-6, DE CRICIÚMA**

**Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta**

*Execução — Duplicatas sem aceite e desacompanhadas de comprovantes de entrega das mercadorias — Ausência de título executivo — Documentos que deveriam instruir a inicial de execução — Juntada na fase recursal — Impossibilidade — Recurso desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.011079-6, da comarca de Criciúma, em que figura como apelante Rodízios e Carrinhos Rod-Car Ltda., sendo apelada Gava e Cia. Ltda.:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, sem voto discrepante, negar provimento ao recurso interposto.

Custas na forma da lei.

### **I — Relatório**

Na comarca de Criciúma, Rodízios e Carrinhos Rod-Car Ltda. propôs ação de execução contra Gava e Cia. Ltda., dizendo-se credora da importância de R\$ 1.441,44, representada nos autos por duas duplicatas emitidas em desfavor da executada, ambas devidamente protestadas, cada qual preenchida no valor de R\$ 720,72.

Após seguro o juízo, a devedora opôs embargos à execução, pleiteando a extinção do processo sem julgamento de mérito, sob o argumento de que as duplicatas em questão, por não terem sido aceitas e não estarem acompanhadas dos comprovantes da entrega das mercadorias, não poderiam ser consideradas títulos executivos extrajudiciais.

Ao constatar a ausência dos comprovantes da entrega das mercadorias, o Magistrado *a quo* acolheu os embargos opostos pela devedora e extinguiu a executacional.

Inconformada, a embargada interpôs recurso de apelação trazendo aos autos os comprovantes de entrega das mercadorias faltantes.

Disse que os referidos comprovantes não vieram acompanhando a inicial de execução em razão da urgência com que a ação foi proposta, o que teria impossibilitado a busca de

tais documentos nos arquivos da empresa, localizados na cidade de São José do Rio Preto/SP.

Alegando que o art. 397 do CPC autoriza a juntada de documentos novos a qualquer tempo, requereu a reforma da sentença prolatada, de modo que a execução possa prosseguir normalmente, agora devidamente aparelhada.

Rebatido o apelo, ascenderam os autos a esta Superior Instância.

## II — Voto

Consoante se infere dos autos, no afã de receber os valores estampados nas duplicatas ns. 38470FABR e 39029FABR, a apelante deflagrou a presente execução sem se preocupar em trazer aos autos os comprovantes de entrega das mercadorias vendidas à apelada.

Agora, após decretada a extinção da execução em razão da ausência dos referidos comprovantes, pretende a apelante corrigir o equívoco cometido promovendo a juntada destes, como se tal providência fosse possível na fase recursal.

Evidente que a manobra pretendida pela apelante não pode ser autorizada.

Nos termos do art. 15, inciso II, da Lei n. 5.474/68, em se tratando de execução de duplicata sem aceite, o título executivo deve ser composto por três elementos: a duplicata não aceita, o instrumento de protesto, e o comprovante de entrega das mercadorias.

Ora, sendo o comprovante de entrega das mercadorias parte integrante do título executivo, força é convir que se trata de documento indis-

pensável para a propositura da ação de execução, ao menos nos casos em que o credor pretende cobrar uma duplicata sem aceite.

Nesse contexto, não resta dúvida que tal documento deve sempre acompanhar a inicial de execução, em observância ao disposto no art. 614, inciso I, do CPC: “Cumpra ao credor, ao requerer a execução, pedir a citação do devedor e instruir a petição inicial: I — com o título executivo, salvo se ela se fundar em sentença”.

*In casu*, portanto, a apelante deveria ter tido o cuidado de exibir os comprovantes de entrega das mercadorias quando da propositura da executória. Uma vez citada a devedora e oferecidos os embargos, pode-se dizer que restou precluso o direito da apelante de trazer tais comprovantes aos autos e corrigir o equívoco cometido. A propósito, vale conferir o seguinte julgado:

“Para que a duplicata ou triplicata sem aceite se formalize como título executivo extrajudicial, é mister que esteja acompanhada de documento comprobatório de entrega e recebimento da mercadoria (art. 15, inciso II, c, da Lei n. 5.474/68), não sendo possível a formalização posteriormente ao ajuizamento da execução, em sede de embargos do devedor”(RSTJ 62/441).

Se inviável a apresentação dos comprovantes de entrega das mercadorias após oferecidos os embargos, é intuitivo que a apresentação serôdia, em sede recursal, também deva ser repelida.

Na hipótese vertente, alega a apelante que teria deixado de anexar os comprovantes à peça inicial por motivo de força maior. Diz que a urgência na propositura da ação teria impossibilitado a busca de tais docu-

mentos nos arquivos da empresa, localizados na cidade de São José do Rio Preto/SP.

Não me parece verossímil esse argumento da apelante. As duplicatas em cobrança apresentam como data de vencimento 23/7/97 e 1º/8/97. A ação de execução, por sua vez, foi proposta em 23/7/98. Como se vê, a apelante teve todo o tempo do mundo a sua disposição para reunir a documentação necessária à propositura da execução. Se não logrou êxito em fazê-lo, isso ocorreu em razão de sua negligência e não de força maior.

No caso dos autos, insta acentuar que a desatenção da apelante ficou marcada não só com a constatação da ausência dos comprovantes de entrega das mercadorias. Outro sinal de sua falta de zelo encontra-se no rosto da duplicata n. 38470FABR. Tal cártula nem sequer contém a assinatura do emitente.

Por outro lado, sustenta a recorrente que o art. 397 do CPC, ao permitir a juntada aos autos, em qualquer tempo, de documentos novos, estaria a autorizar a juntada dos comprovantes de entrega das mercadorias em sede recursal.

Novamente, melhor sorte não assiste à apelante.

A redação do art. 397 do CPC é a seguinte: "É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos ar-

ticulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos".

Ocorre que os comprovantes de entrega das mercadorias não podem ser considerados documentos novos. Como a própria apelante destacou, antes da propositura da ação, eles já existiam e estavam armazenados nos arquivos da empresa.

De outro vértice, impende frisar que os comprovantes de entrega das mercadorias não se destinam a fazer prova de fatos ocorridos depois de oferecidos os articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.

Diante desse cenário, portanto, não se pode admitir a juntada tardia das provas de entrega das mercadorias, como pretende fazer a apelante.

Forte nesses argumentos, nego provimento ao apelo.

### III – Decisão

Nos termos do voto proferido pela Relatora, a Câmara decidiu negar provimento ao recurso interposto.

Participou do julgamento, com voto vencedor, os Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 20 de novembro de 2001.

*Silveira Lenzi,*  
*Presidente, com voto;*  
*Maria do Rocio Luz Santa Ritta,*  
*Relatora.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 00.004206-4, DE TIMBÓ****Relatora: Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta**

*Embargos à execução. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Inexistência de começo de prova por escrito a justificar a admissibilidade de prova testemunhal. Inteligência dos arts. 401, 402 e 403 do CPC. Alegação de pagamento da dívida. Documentos imprestáveis à prova da quitação. Pagamento juridicamente inexistente. Má-fé processual afastada. Recurso desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.004206-4, da comarca de Timbó, em que é apelante Heinrich Gessner & Cia. Ltda. e apelado Arthur Wolter Júnior:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por unanimidade, negar provimento ao apelo.

Custas legais.

**I — Relatório**

Heinrich Gessner & Cia. Ltda. opôs embargos à execução deflagrada por Arthur Wolter Júnior.

Processado o feito, sobreveio sentença inacolhendo os embargos.

Irresignada, a embargante interpôs recurso de apelação sustentando, preliminarmente, que o indeferimento da produção de provas e o julgamento antecipado da lide pelo Magistrado *a quo* cercearam seu direito de defesa.

No mérito, afirmou ter efetuado o pagamento do montante devido, anexando recibo e cópia de três cheques, entendendo que tais documentos estão revestidos das formalidades legais, a fim de caracterizar a quitação regular conforme o disposto no art. 940 do Código Civil.

Por fim, pugnou pela condenação do apelado nas sanções dos arts. 18 do Código de Processo Civil e 1.531 do Código Civil.

Devidamente intimado, o apelado apresentou suas contra-razões pleiteando a manutenção da sentença objurgada.

**II — Voto**

O MM. Magistrado *a quo* julgou antecipadamente a lide, reputando desnecessária a produção de prova em audiência, porquanto os fatos alegados pela apelante haveriam de ser provados por documentos.

Não é outra a conclusão a que se chega a partir do exame conjunto dos arts. 401, 402 e 403 do Código de Processo Civil. Senão vejamos:

Dispõe o art. 401 do CPC que “a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados”.

Por sua vez, preceitua o art. 402 do estatuto processual:

“Qualquer que seja o valor do contrato, é admissível a prova testemunhal, quando:

“I — houver começo de prova por escrito, reputando-se tal o documento emanado da parte contra quem se pretenda utilizar o documento como prova;

II — *omissis*”.

E, finalmente, estatui o art. 403:

“As normas estabelecidas nos dois artigos antecedentes aplicam-se ao pagamento e à remissão da dívida”.

Como se vê, o valor do débito (R\$ 9.436,85) supera, e muito, o valor legal. A superioridade do valor da cartula ao valor de 10 (dez) salários mínimos somente admite a prova testemunhal, para a comprovação do respectivo pagamento, como complementação de início de prova por escrito.

Acostou a apelante como prova do pagamento um recibo no valor de R\$ 567,78, datado de 10 de fevereiro de 1997, e cópia de três cheques no valor de R\$ 2.250,00 cada, todos emitidos em 23 de dezembro de 1996, que somados aos pagamentos já descontados pelo apelado na execucional totalizam o montante de R\$ 10.873,43.

No entanto, esses documentos não podem ser admitidos como início de prova por escrito.

O recibo juntado, embora assinado pelo exequente, não fornece nenhum elemento ou indício de que as notas promissórias em execução seriam o motivo do pagamento realizado.

As cópias dos cheques, por sua vez, foram preenchidas unilateralmente pela apelante, não existindo qualquer prova que faça presumir terem sido recebidos pelo apelado como pagamento das notas promissórias objeto do litígio.

Segundo Luiz Guilherme Marioni e Sérgio Cruz Arenhart, deve-se entender que começo de prova é aquele que não é suficiente para livrar a parte do seu ônus de provar (Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. V, tomo II, pág. 275), sendo que é condição intrínseca insuperável a necessidade do começo de prova ser emanado da parte contra a qual se pretende provar:

“O que importa, portanto, é que a prova emane da parte. Com efeito é absurdo pensar-se que a prova, que pode ser um escrito, provenha de um terceiro. Neste caso, aliás, ter-se-á um verdadeiro começo de prova testemunhal documentada, que será complementada pela prova testemunhal propriamente dita. Há começo de prova testemunhal porque ela terá de ser complementada, sob o signo do contraditório, pela ‘prova testemunhal propriamente dita’. E há prova documentada porque documenta-se a declaração de um terceiro sobre o fato, e declaração de terceiros sobre um fato será sempre depoimento testemunhal” (*op. cit.*, pág. 275).

Segundo o escólio de Moacyr Amaral Santos:

“Por começo de prova escrita se entende, em suma, o escrito que, emanado da pessoa contra quem se fez o pedido, ou de quem a represente, sem ter a eficácia de, por si só, gerar convicção quanto à verdade ou falsidade do contrato, o torna verossímil ou suficientemente provável e possível. A certeza ou convicção relativamente ao contrato dependerá das provas subsidiárias ou complementares, que poderão consistir na produzida



por testemunhas. Por outras palavras, a certeza relativamente ao contrato dependerá da prova por escrito e da prova testemunhal que completa aquela” (Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, Forense, 1977, vol. IV, págs. 273/275).

Ernane Fidélis dos Santos, ao comentar o art. 403 do CPC, que trata da aplicação das normas estabelecidas nos arts. 401 e 402 ao pagamento e à remissão, anota:

“Se existem cautelas para os contratos a ponto de restringir a prova testemunhal, muito lógico que as mesmas regras se apliquem ao pagamento ou a qualquer liberação graciosa de dívida”.

E arremata:

“A regra, por outro lado, não pode ser aplicada aos casos em que a dívida é representada por título que permanece em poder do credor” (*in* Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 3, tomo I, Forense, 1980, pág. 217).

A respeito da matéria este sodalício já decidiu:

“O começo de prova por escrito só se admite quando intimamente ligado com a relação jurídica, a que se pretende ver declarada por sentença” (Ap. Cív. n. 26.777, rel. Des. Wilson Guarany).

No mesmo sentido:

“A prova unicamente testemunhal só é admitida fora dos limites do art. 401 do CPC, quanto à existência de fato extintivo do direito do autor (CPC, art. 333, II), havendo começo de prova por escrito, emanado da parte contra quem se pretende provar. Inteligência do art. 402, I, do CPC”

(Ap. Cív. n. 98.014035-8, de Laguna, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Ou ainda:

“Em se tratando de obrigação de valor superior ao décuplo do maior salário mínimo em vigor no país, a quitação parcial somente é admissível, para fins de minoração do *quantum debeatur*, se traduzida em documento cercado de todas as exigências legais. Declarações de terceiros, obtidas unilateralmente, não têm essa força e nem equívalem a começo de prova escrita a justificar a complementação via testemunhas. Para tanto, começo de prova por escrito é o documento de emissão do credor ou diretamente vinculado à transação que deu azo à obrigação sob execução” (Ap. Cív. n. 00.001907-0, de Porto União, rel. Des. Trindade dos Santos).

Portanto, tendo em vista que “a necessidade da produção de prova em audiência há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos da causa estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do magistrado (STF)” (JC 75/190), procedeu acertadamente o Togado *a quo* ao julgar antecipadamente a lide, não havendo que se falar em cerceamento de defesa.

No caso de pagamento de determinada dívida, o devedor deve ser diligente, exigindo regular quitação do *quantum* adimplido, que deverá revestir-se da devida forma legal, com os requisitos do art. 940 do Código Civil, que estabelece:

“A quitação designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou,

o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante”.

No tocante à nota promissória, para que haja regular quitação deve-se observar o estatuído no art. 22, § 2º, do Decreto n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908, que dispõe:

“§ 2º — O portador é obrigado a entregar a letra com a quitação àquele que efetua o pagamento; no caso de pagamento parcial, em que se não opera a tradição do título, além da quitação em separado, outra deve ser firmada na própria letra”.

A Lei Uniforme relativa às letras de câmbio e notas promissórias (Decreto n. 57.663, de 24 de janeiro de 1966), por sua vez, preceitua:

“Artigo 39 — O sacado que paga uma letra pode exigir que ela lhe seja entregue com a respectiva quitação. O portador não pode recusar qualquer pagamento parcial. No caso de pagamento parcial, o sacado pode exigir que desse pagamento se faça menção na letra e que dele lhe seja dada quitação”.

Assim, não exigindo a apelante quitação da dívida na forma legal — consignando o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, o tempo e o lugar do pagamento, bem como a assinatura do credor — e não se garantindo com a entrega da nota promissória, ou pelo menos com a menção do pagamento no título, sua pretensão não pode ser acolhida.

É que, conforme ensina Washington de Barros Monteiro, “quem paga deve munir-se da necessária quitação passada pelo credor. Se o fizer em confiança, não poderá mais tarde invocar essa circunstância, ao

ser cobrado de novo” (*in* Curso de Direito Civil, 4º vol., Saraiva, 1973, 9ª ed., pág. 261).

Destarte, se a apelante efetivamente pagou o montante alegado, foi incauta ao não exigir a quitação regular nos moldes dos arts. 939 e 940 do Código Civil, incidindo o princípio de que “quem paga mal paga duas vezes”.

Em conseqüência, não havendo sido demonstrados os pagamentos alegados, a suscitação de litigância de má-fé resta infundada porquanto o apelado busca, por meio da execucional, o pagamento de títulos líquidos, certos e exigíveis, formalmente perfeitos.

Ademais, como a boa-fé se presume, não logrando a apelante demonstrar dolo processual por parte do apelado, revelador de uma intenção de lhe causar prejuízos, a sua condenação nas sanções do art. 18 do CPC mostra-se incabível.

Finalmente, prejudicado o pedido de condenação do apelado nas sanções do art. 1.531 do Código Civil, posto que não reconhecido qualquer pagamento.

Ademais, consolidado o entendimento de que a incidência do artigo *supra* refoge por completo ao estrito âmbito dos embargos do devedor. Para tal finalidade, indispensável é que o devedor ajuíze ação autônoma e específica. Nesse sentido: Ap. Cív. n. 98.004955-5, rel. Des. Trindade dos Santos.

### III — Decisão

Diante do exposto, à unanimidade, a Câmara negou provimento ao apelo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Dutra.

Florianópolis, 16 de outubro de 2001.

*Silveira Lenzi,*  
*Presidente, com voto;*  
*Maria do Rocio Luz Santa Ritta,*  
*Relatora.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 00.010395-0, DE ITAJAÍ**

**Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta**

*Contrato de compra e venda com reserva de domínio — Ação de apreensão e depósito — Apreensão deferida liminarmente — Bem objeto da avença não encontrado — Conversão da demanda em ação de depósito — Sentença que, após regularmente processado o feito, reconhece a irregularidade da conversão efetuada e extingue o processo — Possibilidade — Inexistência de preclusão — Aproveitamento dos atos processuais praticados antes da conversão — Inadmissibilidade — Decisão confirmada — Recurso desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.010395-0, da comarca de Itajaí, em que figura como apelante Ford Factoring Fomento Comercial Ltda., sendo apelado Edenício Silvestre Lúcio:*

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

Custas na forma da lei.

### **I — Relatório**

Com fundamento no art. 1.071 do CPC, Ford Factoring Fomento Comercial Ltda. propôs ação de apreensão e depósito contra Edenício Silvestre Lúcio, pretendendo efetuar a apreensão do veículo Ford/Courier CLX, modelo 1998, cor branca, chassi n. 9BFLDZPPAVB861902, veículo esse que estaria em posse do réu em virtude de um contrato de compra e

venda com reserva de domínio celebrado entre as partes.

Comprovada a mora do réu, foi deferida liminarmente a apreensão do bem, o qual acabou não sendo encontrado.

A autora, então, pleiteou a conversão da demanda em ação de depósito, o que foi admitido pelo despacho de fl. 26.

O réu foi citado e apresentou resposta em forma de contestação.

Regularmente processado, o feito culminou com sentença que extinguiu o processo sem julgamento de mérito, entendendo que, nas vendas a crédito com reserva de domínio, o credor não tem ação de depósito contra o devedor.

Inconformada, a autora interpôs recurso de apelação alegando que, após efetuada a conversão em ação de depósito, o Magistrado *a quo* não estava mais autorizado a rever tal decisão, em face da preclusão operada.

Com base nesse argumento, requereu a cassação da sentença prolatada, de modo que a ação de depósito possa prosseguir normalmente, culminando com a determinação de expedição do mandado de depósito do bem ou o seu equivalente em dinheiro.

Alternativamente, postulou que fosse anulada tão-somente a conversão operada e os atos que a sucederam, de forma que o processo possa ser aproveitado, continuando a tramitar observando o rito previsto para a ação de apreensão e depósito.

Transcorrido *in albis* o prazo para apresentação de contra-razões, ascenderam os autos a esta Superior Instância.

## II — Voto

Na compra e venda com reserva de domínio, o vendedor reserva para si a propriedade e a posse indireta da coisa, entregando ao comprador apenas a posse direta.

Tornando-se o comprador possuidor da coisa, e não depositário, evidente que, em caso de inadimplemento, o vendedor jamais poderá valer-se da ação de depósito para recuperar o bem objeto do pacto. A propósito, vale conferir os seguintes julgados:

“Compra e venda a crédito com reserva de domínio. Inviabilidade da ação de depósito.

“Na compra e venda com reserva de domínio, o comprador não é depositário do bem, mas possuidor. E, não sendo o comprador depositário do bem, inviável se torna a ação de depósito. Não é possível converter-se a ação ajuizada pelo vendedor, com base no art. 1.071 do CPC, em ação de depósito. Não se confundem as hi-

póteses de compra e venda com reserva de domínio com alienação fiduciária. As regras desta não se aplicam àquelas” (TJDF — Ap. Cív. n. 2036789/DF — rel. Des. Mário Machado — j. em 31/10/94 — DJU de 26/4/95).

“Nas vendas a crédito com reserva de domínio, o credor não tem ação de depósito contra o devedor” (JTA 121/100).

No caso vertente, portanto, não há dúvidas de que o Julgador monocrático andou bem ao extinguir o processo sem julgamento de mérito, entendendo que a autora não teria ação de depósito contra o réu, e que a conversão da demanda em ação de depósito teria ocorrido de forma irregular.

Sob a ótica da apelante, entretanto, o Magistrado não estava autorizado a examinar o cabimento da ação de depósito ao prolatar a sentença. Uma vez autorizada a conversão por meio de despacho interlocutório, não tendo sido interposto o competente recurso de agravo para impugnar tal decisão, a questão referente ao cabimento da ação de depósito estaria superada em razão da preclusão operada. Em outras palavras, os fundamentos da decisão interlocutória que autorizou a conversão estariam a vincular o veredicto final a ser proferido, tornando impossível a reavaliar-se o cabimento ou não da ação de depósito.

Não creio que a linha de raciocínio desenvolvida pela apelante esteja correta. O cabimento é condição de admissibilidade da ação. Qualquer detalhe que possa levar a concluir pela ausência de uma das condições da ação pode ser investigado e revisto pelo juiz a todo tempo, consoante se

inhere do art. 267, § 3º, do CPC. No particular, aliás, anota Theotonio Negrão: “Em se tratando de condições da ação, não ocorre preclusão, mesmo existindo explícita decisão a respeito” (in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 27ª ed., pág. 241, art. 267, nota 55).

Neste passo, é de se concluir que a questão referente ao cabimento da ação de depósito não estava preclusa. O Magistrado não violou nenhuma norma processual ao extinguir o presente feito, considerando a autora carecedora da ação de depósito. A propósito, em hipótese praticamente idêntica, assim decidiu este Tribunal:

“Reserva de domínio — Compra e venda — Inadmissibilidade da ação de depósito para a restituição dos bens — Hipótese em que o comprador é possuidor e não depositário — Extinção do processo.

“Preclusão — Inexiste para o juiz — A extinção do processo, face ao incabimento da ação, pode ser decretada em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a decisão de mérito” (Ap. Cív. n. 35.784, de São Miguel do Oeste — rel. Des. Nestor Silveira — DJSC de 3/12/91 — pág. 8).

De outro vértice, entendo que o presente processo não pode ser aproveitado, anulando-se tão-somente a

conversão operada e os atos que a sucederam, como pretende a apelante.

*In casu*, mostra-se inviável o aproveitamento dos atos anteriores à conversão porque o fenômeno da carência de ação é insanável, contaminando todo o feito. Ademais, impende salientar que não seria razoável permitir o aproveitamento de parte dos atos de uma relação processual que se formou irregularmente e assim continuou até a prolação da sentença. Tal solução apenas beneficiaria a parte que deu causa à extinção do processo, eximindo-a do dever de arcar com as custas processuais e honorários advocatícios.

Por esses motivos, nego provimento ao recurso.

### III — Decisão

Nos termos do voto proferido pela Relatora, a Câmara decidiu negar provimento ao recurso interposto.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 20 de novembro de 2001.

*Silveira Lenzi,*

*Presidente, com voto;*

*Maria do Rocio Luz Santa Ritta,*

*Relatora.*

## AGRAVOS DE INSTRUMENTO

### AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.019448-5, DA CAPITAL

**Relator: Des. João Martins**

*Agravo de instrumento — Nunciação de obra nova e demolitória — Deferimento de embargo liminar — Obra estruturalmente concluída — Impossibilidade — Ausência de pressuposto para a nunciatória — Revogação do embargo — Prosseguimento da ação em virtude da cumulação com demolitória.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.019448-5, da comarca da Capital, em que é agravante André Luiz Marçal Boabaid e agravado o município de Florianópolis:*

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso, afastar as preliminares e dar-lhe provimento parcial para extinguir a ação de nunciação de obra nova e determinar o prosseguimento da ação demolitória.

Custas na forma da lei.

#### I — Relatório

André Luiz Marçal Boabaid, qualificado nos autos, interpôs agravo de instrumento contra decisão da Juíza de Direito da Vara dos Feitos da Fazenda — 2º Cartório da comarca da Capital, que, nos autos da ação de nunciação de obra nova c/c demolitória

proposta pelo município de Florianópolis, deferiu liminarmente o embargo da obra erigida pelo agravante.

Afirma o agravante que o embargo determinado somente poderia ter sido concedido após justificação prévia, em que se permitisse a comprovação do estado em que se encontrava a construção. Aduz, ainda, que seria necessária, sob pena de nulidade, a citação dos proprietários do imóvel sobre o qual está assentada a edificação e argúi sua ilegitimidade passiva *ad causam*, porquanto a titular da obra seria a Pousada dos Golfinhos Ltda., pessoa jurídica que não se confunde com a pessoa física do demandado.

Sustenta a nulidade do mandado de embargo de obra, intimação e citação, que motivou a errônea execução da ordem judicial por não reproduzir os termos integrais do despacho agravado, que determinava a realização do embargo desde que constata-



do tratar-se de obra apenas iniciada com estrutura ainda não concluída, acrescentando que a obra encontra-se em estado final de acabamento, o que impediria o manejo de ação de nunciação de obra nova e a consequente efetivação do embargo.

Argumenta, ainda, que o despacho agravado não especificou a delimitação da área edificada objeto do embargo, tornando-se necessário estabelecer os limites do pedido, diante da existência de outras construções sobre o terreno.

Alega, por fim, que possui direito adquirido anterior ao advento do Plano Diretor dos Balneários, que traz normas claras de resguardo ao direito dos ocupantes de terreno de marinha inscritos pela União, e que o mapa de zoneamento apresentado pelo agravado é inadequado para demonstrar se o terreno situa-se em Área Turística Residencial ou em Área Verde de Lazer, afirmando que, mesmo se admitindo que há necessidade de licenciamento, a obra seria perfeitamente regularizável, porquanto o empreendimento obedece a todas as normas impostas pelas legislações estadual e municipal, tendo seu funcionamento devidamente regularizado perante a Prefeitura Municipal.

Requer a revogação do embargo liminarmente deferido e a extinção da ação de nunciação de obra nova, ou a modificação do despacho agravado a fim de que seja delimitada a área embargada, determinando-se a citação dos litisconsortes e a reedição de todos os atos praticados, bem como declarando-se a nulidade do auto circunstanciado e do mandado de embargo de obra, intimação e citação.

O efeito suspensivo foi concedido às fls. 219/221.

O município de Florianópolis apresentou resposta, argüindo, preliminarmente, ausência de requisitos para a formação do agravo, posto que ausentes a certidão de intimação da decisão agravada e a cópia da procuração do patrono do agravado, pelo que requereu seja negado seguimento ao recurso.

No mérito, alega que a realização de audiência de justificação prévia não é obrigatória, consistindo facultade do juiz, acrescentando que, não tendo acatado os embargos impostos pelo Município e pelo Juízo, o agravante imprimiu ritmo acelerado à construção para que esta fosse rapidamente concluída. Afirma que a obra objeto da ação não é aquela descrita e fotografada nos autos, não se confundindo com a outra edificação existente e não consubstanciando obras de reforço desta, aduzindo que, ainda que se tratasse de simples reforma, seria necessário seu licenciamento na Prefeitura Municipal. Sustenta que o alegado direito adquirido em favor do agravante não lhe permite a ampliação ou renovação das edificações, tampouco a realização de obras estranhas às construções existentes, localizando-se a obra embargada em AVL, onde só é autorizada a construção de equipamentos de lazer, destinados ao uso público.

Esclarece que a ação proposta tem por objeto a construção realizada, de responsabilidade do agravante, razão pela qual são improcedentes as alegações de ilegitimidade passiva *ad causam* e de imprescindibilidade de citação dos litisconsortes necessários,

argumentando, por fim, que a obra embargada encontrava-se inacabada, ainda em fase de execução.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo acolhimento da prefacial argüida pelo agravado, negando-se seguimento ao agravo, ou pelo improvimento do recurso.

## II — Voto

1. Analisa-se, inicialmente, a preliminar aventada pelo agravado, que alega inexistirem os requisitos exigidos para o processamento do recurso por não terem sido juntadas, no ato de interposição do presente agravo, a certidão de intimação da decisão recorrida e a cópia do instrumento de mandato outorgado ao procurador do Município.

Observa-se, porém, que a certidão de intimação é suprida pelo termo de fl. 62v., que informa a juntada, em 26/10/99, do mandado de embargo de obra, intimação e citação devidamente cumprido e é suficiente para certificar a intimação e comprovar a tempestividade do recurso, atingindo-se a finalidade prevista pelo art. 525, I, do CPC, que exige seja a petição do agravo instruída com aquela certidão.

Em relação à ausência de cópia da procuração do patrono do agravado, documento igualmente obrigatório para a interposição do agravo de instrumento, verifica-se, mediante análise da numeração dos documentos juntados pelo agravante, que este trouxe aos presentes autos cópias de todas as peças constantes do processo relativo à ação originária, dentre as quais não consta a procuração outor-

gada pelo Município a seu procurador. Dessa forma, não pode o agravante ser prejudicado e sofrer as sanções decorrentes da ausência, nos autos principais, do instrumento de mandato conferido ao procurador do Município.

2. Não deve ser acolhida, da mesma forma, a alegada nulidade do processo decorrente da ausência de citação dos litisconsortes necessários, que seriam os proprietários do terreno em que foi erigida a edificação, visto que o legitimado passivo para a ação de nunciação de obra nova é especificamente o dono da obra, que é por ela responsável, independentemente de pertencer a terceiro o terreno em que esta se encontra.

Nesse sentido é a lição de Adroaldo Furtado Fabrício:

“Réu da ação há de ser o *dono da obra*, aquele por conta de quem se executa a mesma. Não é necessariamente o dono do terreno (pense-se na empresa construtora que prometeu área construída em troca do solo). Nem sempre é, outrossim, o executor material da obra, que pode ser um empreiteiro ou preposto” (Comentários ao Código de Processo Civil, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993, vol. VIII, tomo III, pág. 357).

Argüi o agravante sua ilegitimidade passiva *ad causam*, sustentando que a obra embargada pertence à pessoa jurídica Pousada dos Golfinhos Ltda., que não se confunde com sua pessoa física. Contudo, depreende-se dos autos que o agravante é a pessoa física responsável pela empresa perante a Secretaria da Receita Federal (fls. 75/76), tendo apresentado, em seu próprio nome, as defesas administrativas contra os autos de in-

fração exarados em razão da obra realizada (fls. 112/129). Ademais, diante da inexistência de licença para a construção, não se pode afirmar, com absoluta certeza, que a obra pertence, de fato, àquela pessoa jurídica.

Tal argumento, por outro lado, não pode ser utilizado para permitir ao agravante furtar-se das sanções decorrentes da irregularidade de sua obra, que, no que tudo indicam os autos, foi realizada em desconformidade com as normas e posturas municipais de urbanização.

3. Sustenta ainda o agravante que havia necessidade de justificação prévia para a concessão liminar do embargo requerido, em que se possibilitasse a comprovação da situação fática que envolve a obra, que era diversa daquela exposta pelo agravado em sua inicial.

No entanto, a justificação prévia, embora recomendável, constitui faculdade do magistrado, sendo dispensável quando este entender presente a plausibilidade dos fatos e do direito invocado, não sendo possível a revogação da decisão recorrida pelo simples fato de não ter sido tomada tal providência.

Constata-se, porém, que não se encontrava presente, à época do deferimento da liminar, o principal pressuposto para a admissibilidade da ação de nunciação de obra nova, justamente a condição de que a obra não esteja concluída.

Com efeito, colhe-se da certidão exarada pelo Oficial de Justiça:

“Certifico que, no dia e hora designados retornei ao endereço mencionado a fim de realizar a diligência, porém, como o requerido e os operários

da obra não estavam presentes, procedi ao embargo da referida obra, que se encontra praticamente concluída, conforme demonstram as fotografias em anexo, dando o requerido como citado e os operários intimados, na pessoa do vigia Sr. Devair Rocha Silva, que recebeu contrafé e cópia do mandado, deixando de exarar seu ciente por alegar ser analfabeto, observação esta que consta de sua Cédula de Identidade. Dou fé.

“Em 26/10/99” (fl. 63v.).

E complementa:

“Em tempo: Em contato com o Oficial de Justiça Paulo R. Costa, que diligenciou no local no dia 21/10/99, o mesmo informou que naquela data a obra encontrava-se estruturalmente terminada. Data *supra*”.

Quando do deferimento da liminar e expedição do competente mandado de embargo, portanto, a obra já se encontrava estruturalmente concluída, segundo declarações dos oficiais de justiça responsáveis, fato que impede o embargo e impossibilita o manejo da ação de nunciação de obra nova.

A propósito, cita-se da jurisprudência desta Corte:

“Nunciação de obra nova. Construção estruturalmente concluída. Descabimento. Conflitância, demais disso, de limites entre as propriedades vizinhas. Ausência de licenciamento quando do início da edificação. Irregularidade administrativa que não torna, por si, exitosa a ação. Sentença confirmada. Reclamo recursal desprovido.

“— O embargo de obra nova somente pode ser arremetido contra o obra cuja execução ainda esteja em

desenvolvimento. Definitivamente, para os fins dessa ação específica, os conceitos de obra nova e de edificação entrelaçam-se, entendida, pois, como edificada a obra já completa na sua forma estrutural, ou seja, aquela a que faltem apenas os arremates finais. Estruturalmente concluída a obra, a ofensa a possíveis direitos dominiais ou possessórios do nunciante só pode ser reconhecido e protegido em outras vias processuais — a possessória, a divisória, a demarcatória etc., conforme for a hipótese; jamais, porém, no juízo de nunciação” (Ap. Cív. n. 96.004868-5, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 18/8/98).

É certo que a decisão agravada fazia expressa ressalva à concretização do embargo na hipótese de a obra encontrar-se concluída, circunstância que não foi observada, contudo, no cumprimento do mandado respectivo, merecendo reforma o despacho agravado diante da ausência de pressuposto da ação nunciatória.

Extrai-se da obra de Adroaldo Furtado Fabrício:

“Entendemos, pois, que a impossibilidade de concessão do mandado de embargo *in limine litis* (com ou sem justificação) importa, também aqui, em extinção do processo por falta de pressuposto de seu desenvolvimento válido, tal como acontece na ação de anulação de títulos ao portador (v. comentários ao art. 909). Com efeito, a relação processual sequer se pode angularizar, nesta como naquela situação. Nem é apenas por razões de ordem probatória que o embargo liminar condiciona o prosseguimento do processo. A essência da mesma

ação, eminentemente preventiva, restaria prejudicada sem o embargo *in limine litis*, reduzindo-se a nunciatória, em última análise, a uma ação ‘ordinária’ de demolição, sem preceito judicial proibitivo e sem a correspondente cominação de pena. Essas são também razões, a nosso ver sobejas, para não se admitir a ‘revogação’ do embargo liminar no curso do processo e sem prejuízo do prosseguimento deste. A par das objeções já expostas com pertinência à liminar possessória (*retro*, n. 337) e em adição a elas, é preciso ter-se em mente que, aqui, o deferimento liminar do embargo condiciona a própria admissibilidade da ação, como vem de ser exposto. A retratação da liminar só se poderia dar por via recursal, ao modo do que se dá, v.g., nas ações de anulação e substituição de títulos ou na de usucapião — mas então a extinção do processo, como nesses exemplos, seria conseqüência inelutável” (ob.cit., págs. 369/370).

Assim, sem entrar no mérito da causa e na discussão acerca da legalidade ou ilegalidade da obra efetuada e da rigorosa observância das normas e posturas urbanísticas, o certo é que a ação de nunciação de obra nova é incabível para o embargo de obra estruturalmente já concluída, impondo-se o provimento do recurso para revogação do embargo liminar e conseqüente extinção da ação nunciatória.

Ressalva-se, porém, que, diante da ausência de licenciamento para a realização da referida obra, circunstância, aliás, reconhecida pelo agravante, e da fundada possibilidade de encontrar-se a edificação em área verde de lazer, onde se permite apenas a construção de equipamentos de lazer e outros destinados ao uso públi-

co, a ação intentada, posto que cumulada com demolitória, deve prosseguir em seus trâmites legais, a fim de que se verifique a consistência e veracidade dos fatos aduzidos pelo agravado naqueles autos e a efetiva existência das irregularidades apontadas.

Nesse sentido:

“Núnciação de obra nova — Demolitória — Obra concluída — Extinção do processo — Inadmissibilidade.

‘Embora terminada a obra, é possível o prosseguimento da ação de núnciação de obra nova se houve cumulação da sustação com pedido de demolição’ (RT 576/62)” (Ap. Cív. n. 99.001044-9, de Balneário Camboriú, rel. Des. Newton Trisotto, j. em 6/4/99).

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso, para revogar o embargo liminar, devendo a ação demoli-

tória prosseguir em seus trâmites legais.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, à unanimidade, conhecer do recurso, afastar as preliminares e dar-lhe provimento parcial para extinguir a ação de núnciação de obra nova e determinar o prosseguimento da ação demolitória.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Luiz César Medeiros. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Carlos Henrique Fernandes.

Florianópolis, 18 de outubro de 2001.

*João Martins,*  
*Presidente e Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 01.015217-7, DE SÃO JOAQUIM

**Relator: Des. João Martins**

*Agravo de instrumento — Execução fiscal — Alegação de nulidade da decisão agravada — Inocorrência — Fundamentação sucinta — Validade.*

*Não há falar em nulidade da decisão, por ausência de fundamentação, quando, embora sucinta, apresentar-se clara quanto aos motivos jurídicos que levaram o julgador a decidir daquela forma.*

*Penhora — Bens móveis que guarnecem a residência do devedor — Máquina de lavar roupas e fogão — Equipamentos que usualmente a integram e que não se qualificam como objetos de luxo ou adorno — Inadmissibilidade — Inteligência do parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.009/90 — Decisão que indeferiu a cons-*

*trição confirmada — Agravo conhecido e não provido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 01.015217-7, da comarca de São Joaquim, em que é agravante o Estado de Santa Catarina, sendo agravada Pedro Ribeiro O Joalheiro — ME:*

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

### I — Relatório

O Estado de Santa Catarina, qualificado nos autos, interpôs agravo de instrumento contra decisão do Dr. Juiz de Direito da comarca de São Joaquim que, nos autos da ação de execução fiscal ajuizada contra Pedro Ribeiro O Joalheiro ME, igualmente qualificada, indeferiu o pedido de penhora de uma “máquina de lavar roupas de madeira” e de um “fogão geral n. 2”, por considerá-los impenhoráveis.

Alega que “exatamente por não localizar outros bens penhoráveis de propriedade da agravada é que o agravante requereu a penhora de tais bens, posto que não são indispensáveis ao seu dia-a-dia e de sua família, apenas lhe fornecem maior conforto e lazer e sua penhora — que absolutamente não significa a privação de seu usufruto pelo executado e sua família — não lhe retirará o necessário e indispensável conforto”.

Aduz, também, que a decisão agravada não possui a fundamentação necessária para lastreá-la, ainda que sucinta, sendo de “caráter meramente

teratológico” e que, ademais, frustra os esforços empreendidos pelo agravante em receber o que lhe é devido, ainda que em parte, enquanto que, por outro lado, protege a agravada amparado numa interpretação “exageradamente ampla” da Lei n. 8.009/90.

Pugna, por fim, pelo provimento do presente recurso, a fim de que seja reformada a decisão objurgada, permitindo-se a penhora dos bens relacionados no item 8 da peça recursal.

Não houve pedido de efeito suspensivo.

Requisitadas as informações ao Juiz da causa (fl. 40), este as prestou à fl. 47.

A agravada, apesar de devidamente intimada, deixou fluir *in albis* o prazo para responder ao recurso (fl. 49).

Instada a manifestar-se, a doutra Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Procurador Sérgio Antônio Rizelo, opinou pelo conhecimento e desprovemento do recurso (fls. 53/59).

### II — Voto

1. Cumpre afastar, preliminarmente, a alegação de nulidade da decisão agravada, por ausência de fundamentação, porquanto o digno Magistrado apontou, ainda que sucintamente, as razões de decidir.

Trata-se, na verdade, de decisão concisa e objetiva, mas não sem fundamentação, haja vista que o indeferimento do pedido de penhora requerido pelo agravante deu-se em virtude do reconhecimento da impenho-



rabilidade dos bens indicados, fato que permitiu às partes entenderem as razões que o levaram a assim decidir, de modo que não há falar em nulidade.

Nesse sentido:

“Processo civil — Decisão interlocutória — Fundamentação concisa e objetiva — Nulidade inexistente.

“Não é nula a decisão interlocutória fundamentada concisa e objetivamente, desde que contenha o essencial para a solução do litígio” (AI n. 98.003430-2, da Capital, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 29/9/98).

Ou ainda:

“Agravado de instrumento. Ausência de fundamentação da decisão agravada. Inocorrência. Nulidade afastada.

“Embora concisa a decisão agravada, contempla as razões do convencimento do Magistrado prolator, inexistindo, conseqüentemente, ofensa ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal e à segunda parte do art. 165 do CPC” (AI n. 98.002898-1, de Caçador, rel. Des. Silveira Lenzi, j. em 25/8/98).

Afasta-se, assim, a alegação de nulidade.

2. Quanto à questão de fundo, pretende o agravante a reforma da decisão objurgada para que seja possível a penhora de bens que guarneçam a residência da agravada — máquina de lavar roupas de madeira e fogão geral n. 2 —, os quais foram listados, dentre outros, na relação elaborada pelo Sr. Oficial de Justiça (fl. 33), em cumprimento ao § 3º do art. 659 do CPC.

Acerca da impenhorabilidade de bens, prescreve o parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.009/90:

“A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados”.

No caso em apreço, vê-se que os bens sobre os quais o agravante requereu a constrição judicial (fl. 35) enquadram-se na última hipótese prevista na norma supracitada, haja vista tratarem-se de bens móveis que guarnecem a residência da agravada. Inferre-se, portanto, que, quanto a estes, a regra, em princípio, é a da impenhorabilidade.

Não se olvida, por outro lado, que o art. 2º do mesmo diploma legal trouxe algumas exceções à regra geral ao excluir da impenhorabilidade “os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos”.

Porém, observa-se dos autos que nenhum dos bens relacionados à fl. 35 — máquina de lavar roupas de madeira e fogão geral n. 2 — enquadram-se nas exceções ditas pela referida lei (art. 2º da Lei n. 8.009/90), haja vista não se tratar de veículos de transporte ou obras de arte.

Resta analisar, por fim, se referidos bens podem, ou não, ser considerados “adornos suntuosos”, exceção também prevista no mencionado artigo de lei.

Acerca da matéria, já se pronunciou esta Câmara:

“Quanto aos chamados adornos suntuosos, a doutrina diverge no

que diz respeito à conceituação. Alguns autores, como por exemplo Arnaldo Marmitt (*in Bem de Família: Legal e Convencional*. Rio: Aide, 1995), entendem que somente não são passíveis de penhora os bens indispensáveis à sobrevivência do devedor. Outros, contudo, *verbi gratia* Rainer Czajkowski (*in A Impenhorabilidade do Bem de Família*. Curitiba, Juruá, 1998) estendem a impenhorabilidade àqueles que servem para proporcionar uma convivência digna no meio em que vivem.

“A segunda corrente é a mais acertada, pois está em consonância com o espírito do legislador, no sentido de não considerar como impenhoráveis somente os bens que se destinam a embelezar ou decorar o ambiente (*vide* conceito de adorno, em Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. *Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. 10<sup>a</sup> ed. rev. aum., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1961, pág. 30), que sejam suntuosos, ou seja, de extremo luxo, pomposo ou supérfluos (*op. cit.*, pág. 1.132).

“Neste diapasão, cita-se o entendimento doutrinário de Rainer Czajkowski:

‘Impenhoráveis são os móveis cuja ausência impliquem numa degradação, sobretudo moral, do devedor e sua família perante a vizinhança e a comunidade próxima. Móveis e utensílios são impenhoráveis na medida em que permitam ao devedor e sua família, não apenas a sobrevivência, mas a convivência digna no meio em que se inserem’ (*in A Impenhorabilidade do Bem de Família*. 3<sup>a</sup> ed., Curitiba, Juruá, 1998, pág. 115).

“Mais a frente, segue lecionando:

‘Móveis que normalmente guardam qualquer residência de padrão médio são impenhoráveis. Assim, o conjunto estofado da sala, mesa e cadeiras, camas, armários, o fogão e a geladeira da cozinha, a máquina de lavar roupa’ (*op. cit.*, págs. 117/118)” (Apelação Cível n. 99.012494-0, de Joaçaba, rel. Des. Volnei Carlin, j. em 14/12/00)

Assim, conclui-se que a máquina de lavar roupa e o fogão — bens sobre os quais o agravante pretende que incida a penhora — não podem ser considerados como objetos de suntuosidade, ostentação ou de grande luxo numa residência, incluindo-se, ao contrário, entre aqueles imprescindíveis a proporcionar um mínimo de conforto e funcionalidade àquela.

Nesse sentido, com muita propriedade, deixou consignado o culto Procurador de Justiça, em seu parecer de fls. 53/59:

“O mercado de trabalho exige cada vez mais dedicação de quem nele está; neste contexto, a máquina de lavar roupas, por auxiliar sobremaneira a realização dos afazeres domésticos, que se constituem, como amplamente sabido, na segunda jornada de labor de quem deles se incumbem, é extremamente útil. Some-se a isto que o espaço para assear as roupas está cada vez menor, dado o confinamento crescente imposto especialmente às famílias mais modestas, e concluir-se-á que a máquina de lavar, longe de revelar suntuosidade e ostentação, é equipamento útil no dia-a-dia das pessoas”.

Acerca da matéria, o egrégio Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou:

“Processual civil — Execução fiscal — Penhora sobre bens que guarnecem a residência — Impenhorabilidade — Violação à lei federal não configurada - Dissídio jurisprudencial não comprovado — Lei n. 8.009/90 — Precedentes STJ — Súmula 83/STJ. São impenhoráveis os equipamentos que guarnecem a residência da família como a geladeira, a televisão, o *freezer*, a lavadora e a secadora de roupas e a máquina de lavar louças, considerados como essenciais à habitabilidade condigna, não qualificados como objetos de luxo ou adorno (...)” (REsp n. 120572/RS, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 27/4/99).

Ou então:

“I — A Lei n. 8.009/90, ao dispor que os equipamentos, inclusive móveis, que guarnecem a residência são impenhoráveis, não abarca tão-somente os indispensáveis à moradia, mas também aqueles que usualmente integram uma residência, como geladeira, mesa e televisão, que não se qualificam como objetos de luxo ou adorno.

“II — Ao juiz, em sua função de intérprete e aplicador da lei, em atenção aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, como admiravelmente adverte o art. 5º, LICC, incumbe dar-lhe exegese construtiva e valorativa, que se afeiçoe aos seus fins teleológicos, sabido que ela deve refletir não só os valores que a inspiraram mas também as transformações culturais e sócio-políticas da sociedade a que se destina” (REsp n. 74.210/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 25/10/99).

No mesmo norte, esta Corte de Justiça já decidiu:

“Agravado de instrumento. Bens de família. Eletrodomésticos. Impenhorabilidade. Recurso provido parcialmente.

“A impenhorabilidade dos eletrodomésticos busca dotar não o devedor, mas sua família de uma proteção maior quanto aos bens essenciais para uma digna sobrevivência, excluindo-se os objetos de arte e adornos suntuosos” (AI n. 2000.009127-8, de Joinville, rela. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. em 31/5/2001).

Ou ainda:

“Agravado de instrumento. Penhora. Bem de família. Impenhorabilidade, máquina de lavar. Exegese da Lei n. 8.009/90. Utensílio que, por suas próprias características, não se caracteriza como adorno suntuoso, mas, sim, como equipamento normal de uma residência, assegurando mínima economia funcional” (AI n. 97.010891-5, de São José, rel. Des. Vanderlei Romer, j. em 9/6/98).

Em face de todo o exposto, considerando-se a impenhorabilidade dos bens descritos à fl. 35 dos autos, mostra-se incensurável a decisão agravada, razão pela qual merece ser mantida.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, à unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Volnei Car-

lin. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Sérgio Antônio Rizelo.

*João Martins,*  
*Presidente e Relator.*

Florianópolis, 16 de novembro de 2001.

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.014268-9, DE RIO DO SUL**

**Relator: Des. Pedro Manoel Abreu.**

*Cautelar inominada. Contrato bancário. Financiamento. Cláusula de desconto em folha de pagamento. Art. 97, Lei Estadual n. 6.745/85. Decreto Estadual n. 1.836/97. Ilegalidade. Art. 649, IV, CPC. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Princípio da equivalência contratual. Boa-fé objetiva. Abusividade da cláusula.*

*É nula de pleno direito a cláusula contratual que preveja autorização de contratante, servidor público estadual, para desconto de parcelas de financiamento em folha de pagamento.*

*A Lei n. 8.078/90 verbera as cláusulas iníquas, abusivas e exageradas para restabelecer o equilíbrio entre as partes (art. 51, IV, CDC), à vista da vulnerabilidade do consumidor. Reprova, assim, todas as disposições que transgridam os princípios da equivalência contratual e da boa-fé (art. 4º, III, CDC), com a sanção da nulidade de pleno jure.*

*Embora o art. 97 da Lei n. 6.745/85, regulamentado pelo Decreto Estadual n. 1.836/97, preveja o desconto em folha, o preceito colide com o art. 649, IV, do Código de Processo Civil, relativo à impenhorabilidade de vencimentos, e com o Código de Defesa do Consumidor, ferindo em especial a boa-fé pactuantes.*

**ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.**

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.014268-9, da comarca de Rio do Sul, em que é agravante Banco Araucária S.A., sendo agravada Nilva Maria Fachini:*

**Custas legais.**

1. Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Banco Araucária S.A. contra decisão que, em sede de ação cautelar inominada, deferiu li-

minar, determinando a suspensão do desconto do débito da agravada em folha de pagamento.

O estabelecimento bancário ressaltou que o desconto foi expressamente autorizado pela recorrida, servidora pública estadual, e encontra respaldo no Decreto Estadual n. 1.836/97. Sustentou não haver violação ao art. 649, VI, do Código de Processo Civil e, por fim, requereu o provimento do recurso para que se possibilitasse o desconto aludido.

Atribuiu-se efeito suspensivo ao recurso.

Na contraminuta, a agravada retorquiu ser vedado o desconto em folha, por conta da impenhorabilidade dos vencimentos. Alegou, também, não ter tido ensejo de discutir os termos do contrato.

## 2. Desprovê-se o recurso.

2.1. A agravada, servidora pública estadual, firmou contrato de mútuo com o agravante, com estipulação de dezoito prestações mensais, quantificadas em R\$ 451,09, a totalizar R\$ 4.158,36.

Avençou-se o desconto das parcelas de débito em folha de pagamento, por meio de autorização à Secretaria da Administração estadual para levá-lo a efeito.

Considerado o ínterim entre o primeiro desconto (15/6/99) e a data da outorga da liminar (19/5/2000), doze parcelas foram descontadas. Em face da cassação da liminar, em 25/7/2000, é provável que as seis parcelas restantes já tenham sido descontadas, o que implicaria a perda do objeto recursal. No entanto, como não há informação nos autos de que as-

sim tenha ocorrido e não sendo lícito julgar com arrimo em conjeturas, ingressa-se no exame da questão central.

2.2. Conforme o art. 45, parágrafo único, da Lei n. 8.112/90, “mediante autorização do servidor, poderá haver consignação em folha de pagamento a favor de terceiros, a critério da administração e com reposição de custos, na forma definida em regulamento”. O art. 97 da Lei n. 6.745/85, aplicável aos servidores públicos civis estaduais (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado), tem redação semelhante: “Será permitida, mediante autorização do funcionário, em folha de pagamento, bem como o seu cancelamento, a pedido, a consignação de prestação ou compromissos pecuniários assumidos com associações de funcionários, entidades beneficentes e securitárias ou de direito público”. Há previsões regulamentares nos Decretos Federal n. 3.297/99 e Estadual n. 1.836/97. Esse ato normativo, em seu art. 1º, preceitua que “as consignações em folha de pagamento dos servidores públicos civis e militares da administração direta, autárquica e fundacional, são classificadas em: I — compulsórias; II — facultativas” e o § 2º do mesmo dispositivo explicita que “consignações facultativas são descontos na remuneração do servidor público estadual, que, com a interveniência da Administração Pública, sejam efetuadas em decorrência de contrato, acordo, convenção, convênio ou outra forma regular de ajuste, entre o servidor, consignante, e determinada entidade, consignatária”.

Diante disso e da estipulação expressa no instrumento contratual, seria compreensível a propensão a se

abonar o ato de desconto, não fosse inescandível o entrechoque normativo em que se enredam de um lado o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado e o Decreto Estadual citado e, de outro, regras insculpidas nos Códigos de Processo Civil e de Defesa do Consumidor.

O art. 649, IV e VII, da Lei Instrumental consagra a impenhorabilidade absoluta dos vencimentos dos magistrados, professores e servidores públicos, o soldo e os salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia, bem como as pensões, as tenças ou os montepios, percebidos dos cofres públicos ou de institutos de previdência, além dos provenientes de liberalidade de terceiro, quando destinados ao sustento do devedor ou de sua família. Colhe-se da jurisprudência que “a disposição abrange salário a qualquer título, isto é, todo direito do empregado, presente, passado, futuro, pago ou não, na constância do emprego ou por despedida (RT 618/198). Assim não é possível penhora de saldo em conta corrente bancária, se proveniente de salário (JTA 148/160)” (Theotonio Negrão, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 28ª ed., São Paulo, Saraiva, nota 25 ao art. 649).

Também:

“Vencimentos de funcionário público, salvo para garantia de alimentos à mulher ou aos filhos, são impenhoráveis. A circunstância de serem recebidos através de depósitos bancários, efetuados àquele título pela repartição competente, não lhes retira aquela natureza. Continuam impenhoráveis” (RT 392/237).

Embora tenha solvido litígio respeitante a proventos de aposentadoria, e não a vencimentos de servidor público em atividade, é elucidativo o precedente a seguir:

*“Proventos de aposentadoria não podem ser objeto de penhora, ainda que a requerimento do devedor (grifou-se), em razão do princípio da impenhorabilidade absoluta, que por ser de ordem pública é irrenunciável” (RT 719/209).*

A solução jurídica que se vem conferindo à apropriação de valores em conta corrente é adequada, por analogia, também ao desconto em folha de pagamento. Naquele caso, tanto quanto neste, a aquiescência do devedor é de somenos importância, se tomada em conta a natureza adesiva do contrato celebrado, como proclamou o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul:

*“Ação cautelar. Depósito de cheque. O titular da conta e depositante é o dono do dinheiro. Os ingressos de numerário na conta não podem ser apropriados pelo Banco, mesmo pelo fundamento de haver dívida em aberto. Imprestabilidade da anuência para tanto, desde que obtida através de fórmula adesiva. Restrição descabida, colocando o consumidor à completa mercê do prestador de serviço” (TACRS, Ap. Cív. n. 194237368, rel. Breno Moreira Mussi).*

A Lei n. 8.078/90 verbera as cláusulas iníquas, abusivas e exageradas para restabelecer o equilíbrio entre as partes (art. 51, IV, CDC), à vista da vulnerabilidade do consumidor. Reprova, assim, todas as disposições que transgridam os princípios da equivalência contratual e da boa-fé



(art. 4º, III, CDC), com a sanção da nulidade *de pleno jure*.

Comenta Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva ser “direito básico do consumidor a proteção contra as cláusulas abusivas (art. 6º, IV, do CDC) – aquelas que surgem do exercício irregular do direito à liberdade de contrato, tendo por fim a total ou parcial submissão dos interesses de uma parte econômica, técnica ou juridicamente mais vulnerável, aos interesses da mais forte, que as estipulou, e, por efeito, o desequilíbrio entre direitos e deveres” (Código de Defesa do Consumidor, São Paulo, Saraiva, 2001, pág. 172).

Especificamente quanto à hipótese de lançamento de débito em conta corrente — como visto, símil à lide em epígrafe — o doutrinador é categórico: “A cláusula contratual, constante de impresso padronizado, prevendo a aceitação, pelo ‘cliente, de qualquer lançamento realizado pelo estabelecimento bancário em sua conta, é nula, nos termos do art. 51, IV, do CDC, dada a sua iniquidade, pois não pode o estabelecimento bancário dispor, arbitrariamente, das contas de seus correntistas, realizando neles lançamentos que não resultem de atos praticados ou autorizados pelos respectivos titulares, como já entendeu a 2ª Câmara do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, na Ap. n. 196.173.017, julgada em 20/2/1997 (RT 747/417)” (*idem*, pág. 179). Logo, há interferência estatal no consentimento, como eflúvio do dirigismo contratual, a limitar de certo modo a autonomia da vontade, mas em prol do resgate da equipolência de condições entre fornecedor e consumidor.

Dessome-se daí que a vontade de quem assente ao desconto do débito em folha de pagamento é tão livre quanto a de quem anui ao pagamento de honorários advocatícios sem o ajuizamento de ação correspondente, à cláusula de eleição de foro em prejuízo próprio, à perda total das prestações pagas em caso de inadimplemento, à cobrança cumulativa de comissão de permanência e de correção monetária; e nem por isso — pela anuência do consumidor — deixam de ser nulas estas previsões contratuais.

O equívoco menos palatável em que o exegeta pode incorrer é socorrer-se de regras vetustas, gestadas em outras fases do processo histórico, para aplicar os direitos recém aflorados da dinâmica social. Pensar o novo pelo velho é abortar o evoluir do ordenamento jurídico e ter ouvidos moucos à eloquência do jurígeno. Antônio Carlos Efiging expõe que o intérprete não deve ignorar a posição do consumidor ao contratar, sujeitando-se no mais das vezes “ao oportunismo do fornecedor, que se vale de cláusulas contratuais acertadas indevidamente (...), para obter vantagem de determinada situação. Depois de colhidas as verdadeiras intenções das partes, sobrevém a interpretação construtiva, que pretende a reconstrução do ato negocial. Isto é, poderá o juiz anular cláusulas inseridas no art. 51 do CDC, ou mudar o conteúdo negocial de outras cláusulas que representem onerosidade excessiva para o consumidor e contrariem o princípio da boa-fé” (Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, pág. 101).

Efetivamente, deve-se forçar por reduzir o desequilíbrio entre os figurantes do negócio jurídico expurgando as cláusulas abusivas, porque não nos é dado ignorar a modificação do conceito clássico de contrato, como contraponto à concentração de poder econômico (v. Ap. Cív. n. 97.010843-5, de Videira, relatada pelo Signatário, j. 24/5/2001). Isso para que “à manifestação do consentimento e à sua força vinculativa seja agregado o objetivo do equilíbrio das partes, através da interferência da ordem pública e da boa-fé. Ao contrato, instrumento outrora de feição individualista, é outorgada também uma função social” (Edilson Pereira Nobre Júnior. A proteção contratual no Código do Consumidor e o âmbito de sua aplicação. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 27, pág. 59, jul./set. 1998).

“Timbra em exigir que as partes se pautem pelo caminho da lealdade, fazendo com que os contratos, antes de servirem de meio de enriquecimento pelo contratante mais forte, prestem-se como veículo de harmonização dos interesses de ambos os pactuantes” (pág. 62).

“No campo contratual, a tutela desfechada pelo CDC se sustém basicamente em quatro princípios cardiais, atuando na formação e no cumprimento da avença, quais sejam a transparência, a boa-fé, a equidade contratual e a confiança” (pág. 76).

Parte-se da compreensão de que *“las partes pueden haber emitido correctamente su declaración y expresado el consentimiento, pero hay una desigualdad económico-social en virtud de la cual no hay discusión, ne-*

*gociación, sino mera adhesión”* (Ricardo Luis Lorenzetti. *Análisis crítico de la autonomía privada contractual*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 14, pág. 14, 1995).

Cláudia Lima Marques, atenta ao surgimento de um novo modelo contratual, propala haver “uma revalorização da palavra empregada e do risco profissional, aliada a uma grande censura intervencionista do Estado quanto ao conteúdo do contrato, é um acompanhar mais atento para o desenvolvimento da prestação, um valorizar da informação e da confiança despertada. Alguns denominam de renascimento da autonomia da vontade protegida. O esforço deve ser agora para garantir uma proteção da vontade dos mais fracos, como os consumidores. Garantir uma autonomia real da vontade do contratante mais fraco, uma vontade protegida pelo direito...” (Contratos bancários em tempos pós-modernos — primeiras reflexões. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 25, pág. 26, jan./mar., 1998).

A especialista pontifica: “em tempos pós-modernos é necessária uma visão crítica do direito tradicional, é necessária uma reação da ciência do direito, impondo uma nova valorização dos princípios, dos valores de justiça e equidade e, principalmente no direito civil, do princípio da boa-fé objetiva, como paradigma limitador da autonomia de vontade. Caso contrário, o próprio direito brasileiro ao privilegiar os mais fortes levará à opressão e exclusão dos mais fracos na sociedade. A crise atual leva a pensar na necessidade de proteção da vontade do consumidor, como ideal utópico remanescente da meta-narrativa da modernidade de tratamento desigual aos desi-

guais. É tempo de alterar o ponto de concentração do direito civil e pensar no grupo que recebe as declarações, na confiança despertada pela atuação profissional dos fornecedores e não só em estabelecer normas que privilegiam aquele que declara, aquele que redige os contratos massificados, aquele que impõe seus métodos de *marketing* agressivos ou emotivos de venda. No novo direito contratual, pois, a liberdade contratual do profissional não deve ser a única a merecer proteção jurídica, pois sua posição de poder nas tratativas contratuais é clara e intrínseca aos métodos contratuais atuais, mas, sim, deve se concentrar no outro, no direito e na liberdade do outro" (págs. 26/7).

Completa: "o novo regime dos contratos bancários de consumo impede que o elaborador unilateral dos contratos abuse de sua posição contratual e aproveite-se do desequilíbrio intrínseco e estrutural destas relações para impor cláusulas abusivas ou contrárias a leis imperativas vigentes" (pág. 30).

É imperioso submeter o convencido ao conteúdo ético da boa-fé objetiva, para a "criação de uma norma para o caso de acordo com os dados objetivos que ele mesmo apresenta, atendendo à realidade social e econômica em que o contrato opera, ainda que isso o leve para fora do círculo da vontade" (Ruy Rosado de Aguiar Júnior. A boa-fé na relação de consumo. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 14, pág. 25, abr./jun., 1995).

À boa-fé subjetiva, centrada na convicção da conduta conforme o direito, vem conjugar-se a boa-fé objetiva, capaz de atribuir deveres às par-

tes, instituindo cláusulas obrigatórias e expungindo as iníquas (v. Ap. Cív. n. 97.010949-0, de Maravilha, relatada pelo Subscritor, j. 31/5/2001). O novo enfoque da boa-fé, vista como princípio geral de direito, "permite a concreção de normas impondo que os sujeitos de uma relação se conduzam de forma honesta, leal e correta" (Maria Cristina Cereser Pezzella. O princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vols. 23/4, pág. 199, jul./set., 1997). No aspecto objetivo, é incompatível com as cláusulas abusivas, opressoras ou excessivamente onerosas, e abrange um controle jurídico corretivo da relação negocial (v. Luís Renato Ferreira da Silva. Cláusulas abusivas: natureza do vício e decretação de ofício. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vols. 23/4, pág. 128, 1997).

É fácil prognosticar que, acatado o desconto em folha, haverá a padronização dos contratos celebrados com servidores públicos, contendo a cláusula correspondente, equiparável à verdadeira execução privada, em ato flagrantemente inofensivo às regras fundamentais de proteção ao consumidor e do processo executivo (v. Al n. 96.010232-9, de Capinzal, relatado pelo Subscritor, j. 3/4/97). Portanto, o monopólio estatal da jurisdição seria substituído pela autotutela, conceituada por José de Albuquerque Rocha como "modo de tratamento de conflitos em que a decisão é imposta pela vontade de um dos sujeitos envolvidos no conflito. A autotutela repousa, pois, no poder de coação de uma das partes. Serve, assim, à parte mais forte. Nela o critério da justiça intrínseca da decisão é sacrificado, uma vez que

o fator predominante é a força” (Teoria geral do processo. 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, págs. 30/31).

Dessa forma, traduzido o *fumus boni juris* no desconto ilegal em folha de pagamento e revelado o *periculum in mora*, pela iminência do apossamento de vencimentos da agravada, há de ser mantida a decisão sob censura.

3. Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos e Maria do Rocio Santa Ritta.

Florianópolis, 4 de outubro de 2001.

Pedro Manoel Abreu,  
Presidente e Relator.

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.015242-0, DE DIONÍSIO CERQUEIRA

**Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

*Execução. Cédula de crédito rural. Garantia hipotecária. Pequena propriedade rural. Impenhorabilidade. Art. 5º, XXVI, CF.*

*A Constituição Federal, a par de destinar capítulo específico à política agrícola e fundiária e à reforma agrária (art. 184 e seguintes), pôs a salvo de penhora a propriedade rural de pequeno porte, pelos débitos originários de sua atividade produtiva, desde que trabalhada pela família.*

*“Em face da disposição expressa contida no inciso XXVI do art. 5º da Constituição Federal e da segunda parte do § 2º do art. 4º da Lei n. 8.009, impenhorável é o imóvel de pequena propriedade rural, embora dado em hipoteca para garantia de crédito rural. Prevalência da disposição constitucional por ser norma de ordem pública, afastando-se a incidência da ressalva do inciso V do art. 3º da citada lei” (TARS, AI n. 195.194.758, rel. Gaspar Marques Batista).*

ACORDAM, em Quarta Câmara

Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas legais.

1. Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em sede de execução movida por Banco do Brasil S.A. em face de Vitó-

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n.00.015242-0, da comarca de Dionísio Cerqueira, em que são agravantes Vitório Fidelex Tres e Ana Maria Tres, sendo agravado o Banco do Brasil S.A.:*

rio Fidelex Tres e Ana Maria Tres, considerou válida penhora incidente sobre imóvel que os agravantes sustentam ser imune à constrição judicial.

Os recorrentes sustentaram que apesar de não ser aplicável a Lei n. 8.009/90, por se tratar de bem oferecido como garantia de débito, há a impenhorabilidade prevista no art. 5º, inc. XXVI, da Constituição Federal, atinente à pequena propriedade rural trabalhada pela família.

Atribuiu-se efeito suspensivo parcial ao recurso.

Não houve contraminuta.

2. Provê-se o agravo.

A Constituição Federal, a par de destinar capítulo específico à política agrícola e fundiária e à reforma agrária (art. 184 e seguintes), pôs a salvo de penhora a propriedade rural de pequeno porte, pelos débitos originários de sua atividade produtiva, desde que trabalhada pela família. Os Tribunais têm estado atentos ao mandamento constitucional:

“A impenhorabilidade preconizada pelo art. 5º, XXVI, da Carta Magna, tem por pressuposto o desenvolvimento da pequena propriedade rural, que não responde pelos débitos contraídos em função da atividade produtiva, desde que trabalhada pela família” (AI n. 96.006222-0, de São Lourenço do Oeste, relatado pelo Subscritor, j. 20/3/97).

“Penhora — Execução — Propriedade rural — Bem de família — Lei n. 8.009/90 — Impossibilidade.

“Execução — Penhora anterior à Lei n. 8.009/90 — Bem de família — Pequena propriedade rural. Recurso provido. A pequena propriedade rural,

trabalhada pela família, é impenhorável (art. 5º, XXVI da CF)” (TAPR, AI n. 0062292-4, de Barracão, rel. Juiz Newton Luz, j. 1º/12/93, in DJPR, 11/2/94, pág. 39).

“Execução — Impenhorabilidade de bem — Pequena propriedade rural, com produção familiar — Art. 5º, XXVI — O art. 5º, XXVI, da Constituição Federal, estabelece que a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva — Sentença confirmada” (TJRS, Ap. Cív. n. 598410447, rel. Des. Clarindo Favretto, j. 13/5/99).

Certamente o legislador constituinte estatuiu regras de proteção às pequenas propriedades rurais ciente de que depende delas o êxito da produção agrícola, notadamente em Santa Catarina, em que constituem 90% do total de propriedades rurais.

Pinto Ferreira disserta que o art. 5º, XXVI, da Carta Política tem por finalidade impulsionar o desenvolvimento dos estabelecimentos de área reduzida, deixando à legislação infraconstitucional a incumbência de defini-los (Comentários à Constituição Brasileira São Paulo, Saraiva, 1988, vol. I, pág. 110). A conceituação, para alguns, ressuma do Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/64), que faz menção a um módulo rural; para outros, assoma na Lei n. 8.629/93, que regulamenta preceitos constitucionais relativos à reforma agrária, aludindo a áreas compreendidas entre 1 e 4 módulos fiscais (art. 4º, II, a). É da jurisprudência:

“Penhora — Pequena propriedade rural — Única propriedade do devedor — Impenhorabilidade — Benefício estendido ao rebanho encontrado no imóvel — Admissibilidade.

“Imóvel rural inferior ao módulo e pequeno rebanho de bovinos. Únicos bens do devedor. Impenhorabilidade. Se a propriedade rural é inferior ao módulo e única de que dispõe o devedor e que nos termos da lei, pode ser considerada como pequena propriedade, toda ela fica imune à execução e conseqüentemente à penhora, porque resguardada pelo inc. XXVI, do art. 5º da CF. Diante das circunstâncias de que se revestem os bens penhorados, indispensáveis, sem dúvida, à própria subsistência do devedor, integrantes de imóvel rural único alvo da constrição judicial, não há como dar guarida à penhora de parte do imóvel do recorrente e do pequeno rebanho de animais que nele encontram” (Ap. Cív. n. 47.652, de Pinhalzinho, rel. Des. Francisco Borges, *in* DJSC, 6/6/95, pág. 7).

“Impenhorabilidade. Imóvel rural. Nos termos do art. 5º, XXVI, da CF a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva. A satisfação desses requisitos há de ser aferida contemporaneamente à criação do débito. Definindo o Estatuto Rural que a pequena propriedade rural é a que é direta e pessoalmente explorada pelo agricultor e sua família, absorvendo-lhes toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, com a área máxima fixada para cada região, nos termos do art. 4º, II da Lei

n. 4.504/64, não foi demonstrado pela agravada que o imóvel penhorado não preenchesse tais características. Agravo provido” (AI n. 10.257, de Itaipiranga, rel. Des. João José Schaefer, j. 14/8/97).

“Processo civil. Impenhorabilidade de imóvel rural. Limites. A Constituição tem como impenhorável a pequena propriedade rural assim definida em lei, desde que trabalhada pela família (art. 5º, XXVI). Nos termos do art. 4º, II, combinado com o art. 65 da Lei n. 4.504/64, tal área corresponde a um módulo rural” (AI n. 98.003562-7, de Concórdia, rel. Des. João José Schaefer, j. 27/5/98).

“Execução — Penhora - Imóvel rural — Pequena propriedade rural — Impossibilidade — Recurso provido.

“O art. 5º, inciso XXVI, da Constituição Federal não precisa ser regulamentado, porque o conceito de pequena propriedade rural já está definido no Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/64), portanto, é pequeno proprietário quem possui área contínua, mesmo com mais de uma matrícula, mas inferior, na soma, a um módulo rural para a região” (TAPR, AI n. 0038809-4, de Francisco Beltrão, j. 8/4/91, *in* DJPR, pág. 56).

“Pequena propriedade rural. Impenhorabilidade. Nos termos do art. 5º, inc. XXVI, da CF, a pequena propriedade rural, trabalhada pela família, não pode ser objeto de penhora para pagamento de dívidas oriundas de atividade produtiva. Além disso, a Lei n. 8.629/93, que regulamenta os dispositivos constitucionais que tratam da reforma agrária, em seu art. 4º, inc. II, alínea a, define a pequena propriedade como imóvel rural de área



compreendida entre um e quatro módulos fiscais. Portanto, a área como um todo, que não ultrapassa o módulo rural da região, é de ser enquadrada como pequena propriedade rural, de modo que merece a proteção constitucional, não subsistindo a penhora efetuada sobre o imóvel. Apelação cível” (TJRS, Ap. Cív. n. 198069718, rel. Des. Voltaire de Lima Moraes, j. 10/2/99).

“A Lei n. 8.629/93, que regula os dispositivos constitucionais que tratam da reforma agrária, em seu art. 4º, inc. II, define a pequena propriedade, como imóvel rural de área compreendida entre um e quatro módulos fiscais, conceituação perfeitamente aproveitável para definição de imóvel impenhorável” (AI n. 196010326, de Marau, rel. Juiz Heitor Assis Remonti, j. 16/4/96, *apud* AI n. 98.017458-9, de Cunha Porã, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 24/2/2000).

“Processual civil. Execução. Imóvel rural. Módulo. Impenhorabilidade. Lei n. 8.629/93.

“Não afronta dispositivo de norma infraconstitucional a decisão que se utiliza do conceito de pequena propriedade, assim como definido na Lei n. 8.629/93, para considerar impenhorável área rural com 19 hectares. Demais temas não prequestionados. Divergência indemonstrada. Recurso não conhecido” (REsp n. 98.103-0/PR, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 11/11/96).

É irrelevante ao destrinçar do caso concreto o debate sobre qual das duas leis é aplicável para a definição de pequena propriedade, porque o imóvel penhorado (lote rural n. 75,

gleba n. 12, da Fazenda Tracutinga) possui 18,6639 hectares (fl. 13), inferior ao módulo da região (20ha; fonte: Incra).

Prosseguindo no exame dos requisitos necessários à impenhorabilidade, constata-se que o lote é rural (conforme certidão do Registro Imobiliário; fl. 13) e o débito é proveniente da atividade exercida, visto que a execução respalda-se em “cédula de crédito rural pignoratícia e hipotecária”, emitida para financiar a produção.

Está demonstrado, outrossim, que os agravantes são agricultores, filiados ao Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Palma Sola, e trabalham a terra em regime de economia familiar, fonte única de subsistência (fls. 13 e 18).

Portanto, embora não haja óbice à penhora se considerados o Código de Processo Civil e a Lei do Bem de Família, por se tratar de garantia real ao financiamento obtido (art. 649, X, *in fine*, CPC, e art. 3º, V, Lei n. 8.009/90), remanesce a impenhorabilidade constitucional. A respeito já se decidiu:

“Penhora — Imóvel rural — Hipoteca — CF, art. 5º, inc. XXVI, de 1988 — Aplicação imediata — Módulo rural — Descabimento — Impenhorabilidade. Imóvel rural dado em garantia hipotecária. Em face da disposição expressa contida no inciso XXVI do art. 5º da Constituição Federal e da segunda parte do § 2º do art. 4º da Lei n. 8.009, impenhorável é o imóvel de pequena propriedade rural, *embora dado em hipoteca para garantia de crédito rural. Prevalência da disposição constitucional por ser norma de ordem pública* (grifou-se), afastan-

do-se a incidência da ressalva do inciso V do art. 3º da citada lei. Como o devedor ofereceu outros bens à penhora, sobre esses deve recair a constrição judicial. Agravo provido” (TARS, AI n. 195.194.758, rel. Gaspar Marques Batista, j. 6/3/96).

3. Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso para determinar o levantamento da penhora sobre o lote

rural n. 75, gleba n. 12, da Fazenda Tracutinga.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cercato Padilha e Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 18 de outubro de 2001.

*Pedro Manoel Abreu,*  
*Presidente e Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 01.003605-3, DA CAPITAL

**Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra**

*Agravo de instrumento — Dissolução de sociedade comercial — Carta precatória expedida pela Justiça Estadual do Rio Grande do Sul — Decisão do juiz deprecado que suspendeu o cumprimento da medida — Ilegitimidade da empresa agravada — Incompetência absoluta, todavia, do juízo deprecado para conhecer de questões relativas ao mérito da causa — Matéria de ordem pública — Declaração, de ofício, da nulidade da decisão.*

*“O juiz deprecado não tem competência para julgar de omissões cometidas pelo juiz deprecante ou da correção de seus atos, devendo limitar-se a cumprir fielmente a diligência requisitada ou, em ocorrendo alguma das hipóteses enumeradas no art. 209 do CPC, recusar-lhe o cumprimento” (TJPI).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 01.003605-3, da comarca da Capital (Vara de Precatórias, Precatórios, Falências e Concordatas), em que é agravante Emílio Dal Ongaro Cordeiro, sendo agravada PJ Comércio e Representações Ltda.:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, acolher a

preliminar e declarar, de ofício, a nulidade da decisão agravada.

Custas na forma da lei.

### I — Relatório

Agravo de instrumento interposto por Emílio Dal Ongaro Cordeiro contra a decisão do Juiz de Direito da Vara de Precatórias, Precatórios, Falências e Concordatas da comarca da

Capital, que suspendeu o cumprimento de medida depreciada pelo Juiz de Direito da 8ª Vara Cível da comarca de Porto Alegre, nos autos da ação de dissolução de sociedade comercial, promovida contra Jones Yuri Amaral e Silva e Pop Coin Comércio e Representações Ltda.

Aduziu que a sociedade em questão foi constituída em 17/07/89, sob a denominação J. Y. Amaral e Silva Ltda., e que depois do seu ingresso esta tomou a denominação de Pop Coin Comércio e Representações Ltda.

Salientou que a empresa celebrou contrato de exploração de venda de pipocas nos cinemas existentes nos *Shoppings* Beira Mar e Itaguçu, situados, respectivamente, nos municípios de Florianópolis e São José.

Informou que a sociedade era gerenciada pelo sócio Jones Yuri, pois encontrava-se impedido de comerciar.

Ressaltou que, em 16/06/99, o sócio demandado arquivou na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina os atos constitutivos da sociedade PJ Comércio e Serviços Ltda., com o nome fantasia Pop Corn, a qual mantém juntamente com a sua mulher Patrícia Lisboa do Amaral e Silva, para explorar o mesmo ramo de negócios. E que, paulatinamente, passou a praticar concorrência desleal, depositar o aluguel dos referidos pontos comerciais em nome desta empresa, e outras irregularidades que fizeram surgir o conflito de interesses.

Esclareceu que o sócio contestou a ação alegando que a empresa Pop Coin nunca exerceu atividades em Santa Catarina, e que a venda de pipocas nos citados pontos comerciais

sempre foi realizada pela Pop Corn, embora esta só tenha sido constituída ao final de 1999.

Destacou que foram juntados aos autos da ação de dissolução de sociedade comercial inúmeros documentos que comprovam as atividades da empresa Pop Coin nos aludidos *shoppings*.

Afirmou que, embora o pedido de tutela antecipada tenha sido negado no primeiro grau, restou deferido, liminarmente, em sede de agravo de instrumento, pelo Desembargador da 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, para o efeito de afastar Jones Yuri Amaral e Silva da administração da Pop Coin Comércio e Representações Ltda., nomeando administrador provisório para a empresa. E que, posteriormente, o recurso foi julgado e provido por votação unânime, determinando-se, em consequência, a imissão na posse das máquinas de pipocas e o exercício da atividade nos pontos comerciais dos *shopping centers*.

Sustentou que, ao ser expedido ofício para o cumprimento da decisão, constou, por equívoco, o nome da empresa Pop Corn, engano este que foi devidamente corrigido, e que passou a ser utilizado pelo demandado para questionar a ordem de imissão na posse das máquinas instaladas nos pontos comerciais dos *Shoppings* Beira Mar e Itaguçu, locados pela Pop Coin Comércio e Representações com a empresa de cinema Arco Íris.

Alegou que, expedida a carta precatória para o cumprimento da aludida decisão, o Juiz da Vara das Precatórias nomeou administrador e determinou o cumprimento da imissão

de posse, nos termos deprecados; porém, suspendeu, posteriormente, o ato consumado, sobre o qual já ocorreram os efeitos da preclusão.

Asseverou a injustiça da decisão, salientando que Jones Yuri nunca foi destituído da empresa Pop Corn, mas sim da Pop Coin, empresa que loca pontos comerciais nos *shoppings* mencionados, conforme demonstra o contrato de locação e demais documentos acostados aos autos, de modo que a decisão que manda reintegrá-lo na empresa Pop Corn é completamente inócua; que é impossível suspender o cumprimento da medida deprecada já cumprida, porquanto, transitada em julgado a decisão que nomeou o administrador, a jurisdição foi prestada, não podendo ser revista; que já se reconheceu a litispendência em mandado de segurança julgado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina; que a decisão recorrida acabou decidindo o mérito da ação que tramita na comarca de Porto Alegre.

Destacou que não tomou ciência do pedido do réu, formulado nos autos da carta precatória, e que não teve vista dos documentos nela apresentados.

Por fim, pugnou pela concessão de efeito suspensivo (fls. 02/19).

Em despacho de fls. 174/176 concedeu-se o efeito almejado.

Inconformada, a agravada interpôs agravo regimental (fls. 184/188), o qual não restou conhecido em razão da intempestividade e do não cabimento (fls. 253/254).

A empresa recorrida apresentou contra-razões, argüindo, preliminarmente, a ilegitimidade de parte. No

mérito, alegou que não houve descumprimento da medida liminar, mas correção das determinações emanadas pelo juízo deprecante no que concerne à dissolução da sociedade Pop Coin Comércio e Representações Ltda. (fls. 262/270).

Intimada da decisão que não conheceu o agravo regimental, a agravada opôs embargos de declaração (fls. 312/324), que foram rejeitados nos termos da decisão de fls. 416/417.

## II — Voto

Da análise dos autos, infere-se que ambas as empresas constituídas pelo sócio Jones Yuri Amaral e Silva estão envolvidas no caso, pois embora o objeto da demanda seja a dissolução da sociedade comercial Pop Coin Comércio e Representações Ltda., discute-se qual delas efetivamente detém os direitos de comercializar pipocas nos locais cedidos pela empresa administradora dos cinemas dos *Shoppings* Beira Mar e Itaguaçu, já que existem dois contratos de locação firmados na mesma data pelo aludido sócio, um em nome da J. Y. Amaral e Cia. Ltda., atual Pop Coin Comércio e Representações Ltda. (fl. 31), e outro em seu próprio nome (fl. 302).

Apesar disso, a empresa *PJ Comércio e Serviços Ltda.* não mantém relação jurídica com o sócio demandante, razão pela qual não figura como parte nos autos da ação de dissolução de sociedade (fls. 42 e 55) nem da carta precatória (fl. 217).

Tanto é assim que o juiz deprecante, pelo ofício de fl. 70, esclareceu que a intervenção deferida foi apenas

na empresa Pop Coin Comércio e Representações Ltda., e não na empresa PJ Comércio e Serviços Ltda.

Colhe-se da lição de Arruda Alvim:

“A *legitimidade ad causam*, no processo, é sempre significativa de que entre *autor* e *réu* encontra-se delineada (= descrita) uma *relação jurídica*, a qual, se aceita pelo magistrado, coloca-se como dado hipotético suficiente para a admissibilidade da ação.

E mais:

“A legitimidade, ainda, pode ser estabelecida em face da *negação da existência de uma relação jurídica*, como na hipótese de ação declaratória negativa. Ainda, aqui, todavia, há que se admitir que a relação jurídica, que o autor pretenda que não exista, *terá nascido* de incerteza jurídica criada pelo réu. Há, portanto, sempre, uma relação, ou se se quiser, há uma *imputação* direcionada a alguém e que seja baseada em *atos alegados*, ou emergida dos fatos alegados pelo autor” (Manual de Direito Processual Civil, 7ª ed., São Paulo, RT, 2000, vol. 2, págs. 27/28).

Acolhe-se, pois, a preliminar de ilegitimidade de parte.

Todavia, não se pode deixar de conhecer da alegação de que o juiz deprecado (Vara de Precatórias, Precatórios, Falências e Concordatas desta Capital), ao suspender o cumprimento da precatória, reapreciou o mérito da questão já julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Com efeito, a ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, qual seja, a competência do órgão

jurisdicional, constitui matéria de ordem pública que pode ser examinada de ofício, consoante disposto pelo art. 301, § 4º, do Código de Processo Civil.

A propósito, Humberto Theodoro Júnior preleciona:

“O processo é uma relação jurídica e, como tal, reclama certos requisitos ou pressupostos para se formar e desenvolver validamente.

“Podem, ordinariamente, se agrupar em duas categorias: os *subjetivos* e os *objetivos*. Os primeiros se referem aos sujeitos do processo, que são o juiz e as partes. Manifestam-se através do requisito da competência e da ausência de impedimento ou suspeição do órgão jurisdicional. Do lado dos litigantes, relacionam-se com a capacidade civil de exercício, bem como com a necessidade de representação por advogado”.

E acrescenta:

“Os pressupostos processuais são requisitos de ordem pública, que condicionam a legitimidade do próprio exercício da jurisdição. Por isso, não precluem e podem, a qualquer tempo, ser objeto de exame, em qualquer fase do processo e em qualquer grau de jurisdição, desde que ainda não decidido o mérito da causa” (Curso de Direito Processual Civil, 31ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, pág. 274).

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery assinalam:

“A competência plena, ou a inexistência de incompetência absoluta, é pressuposto processual de validade da relação jurídica processual. Os atos decisórios praticados por juiz absolutamente incompetente são inválidos” (Código de Processo Civil Co-

mentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor, 5ª ed., São Paulo, RT, 2001, pág. 567).

Como já salientado, existe, no caso, discussão acerca de qual das empresas do sócio Jones Yuri Amaral e Silva firmou contrato de locação para comercializar pipocas nos cinemas dos *Shoppings* Beira Mar e Itaguaçu.

Contudo, essa questão, concernente ao mérito da causa, já havia sido analisada pelo acórdão proferido nos autos do Agravo de Instrumento, julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos seguintes termos:

“...O elemento maior para firmar minha convicção, naquele estágio do processo, concentrava-se no documento de fls. 33/35, cujo conteúdo demonstrava que a Pop Coin Comércio e Representações, atual denominação de J. Y. Amaral & Cia. Ltda., operava preferencialmente com negócio de comercialização de pipoca nos cinemas da empresa Arco Íris, em Florianópolis. A parte agravada impugna tal documento, por não autenticado e sem firmas reconhecidas, ressaltando ainda que à data em que foi firmado o contrato mercantil nele retratado (1º/12/1995) não existia ainda o nome de fantasia Pop Coin, só adotado na alteração contratual de 14.7.1997 (fls. 28/29). Exibe, além disso, os contratos de locação de fl., devidamente autenticados, firmados em 1º de dezembro de 1995 entre a Empresa de Cinema Arco Íris Ltda. e Jones Yuri Amaral e Silva, referentes aos *Shoppings* Beira Mar e Itaguaçu.

“Certo, porém, que a contraminuta em nenhum momento nega a veracidade do próprio documento nem a autenticidade das firmas nele contidas.

Ademais, nada impedia que já naquela altura fosse empregado o nome de fantasia Pop Coin, que mais tarde foi adotado. Por outro lado, não foi efetuado qualquer registro dos contratos de locação aludidos, elemento indispensável para sua eficácia em relação a terceiros (Código Civil, art. 135).

“Entendo, pois, prudente manter a liminar concedida, até que durante a instrução do processo principal, com as garantias do contraditório e da ampla defesa, sejam os fatos da causa devidamente esclarecidos.

“A contraminuta de fl. 100 e segs. centra-se em demonstrar ter a liminar atingido direito de terceiro, a empresa PJ Comércio e Serviços Ltda., que usa o nome de fantasia Pop Corn. A liminar concedida não se referiu à Pop Corn e sim à Pop Coin, embora por equívoco o nome da primeira tivesse sido mencionado no ofício judicial de comunicação da ordem ao 1º grau de jurisdição. O engano foi desfeito pelo despacho de fls. 96/97, devidamente comunicado a quem de direito...” (fls. 78/79).

Conforme ressaltado no despacho que concedeu efeito ativo ao presente recurso, “ficou reconhecido pelo aludido acórdão que mesmo com o contrato de locação firmado entre Empresa de Cinema Arco-Íris e Jones Yuri Amaral e Silva, referente aos *Shoppings* Beiramar e Itaguaçu, a empresa Pop Coin Comércio e Representações Ltda., atual denominação de J. Y. Amaral & Cia. Ltda., é que tem legitimidade para operar preferencialmente com negócio de comercialização de pipocas nos cinemas da empresa Arco Íris, em Florianópolis” (fl. 175).



Desse modo, não se pode considerar válida a decisão do Juiz da Vara de Precatórias, ao considerar que a medida deprecada foi encaminhada para ser cumprida em empresa inexistente, sob o fundamento de que a Pop Coin Comércio e Representações Ltda. não atua neste Estado, e de que “não se pode deduzir que as máquinas apreendidas teriam sido subtraídas da empresa Pop Coin, posto que adquiridas em nome de PJ Comércio e Serviços Ltda. ou do sócio Jones Yuri Amaral e Silva”, determinando a suspensão do cumprimento da medida e a reintegração da sociedade Pop Corn em mãos dos seus sócios, com a devolução de todos os bens apreendidos (fls. 20/22).

Mesmo porque os argumentos invocados pelo Magistrado não se coadunam com as hipóteses de recusa de cumprimento à precatória, assim dispostas no art. 209 do Código de Processo Civil: “o juiz recusará cumprimento à carta precatória, devolvendo-a com despacho motivado: I — quando não estiver revestida dos requisitos legais; II — quando carecer de competência, em razão da matéria ou da hierarquia; III — quando tiver dúvida acerca de sua autenticidade”.

A respeito do assunto, E. D. Moniz de Aragão salienta:

“Nenhum juiz pode recusar cumprimento a cartas precatórias por motivo de fundo, substancial; apenas os motivos formais autorizam a tanto” (E. D. Moniz de Aragão, Comentários ao Código de Processo Civil, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, vol. II, pág. 142).

É da jurisprudência:

“O juiz deprecado não tem competência para julgar de omissões cometidas pelo juiz deprecante ou da correção de seus atos, devendo limitar-se a cumprir fielmente a diligência requisitada ou, em ocorrendo alguma das hipóteses enumeradas no art. 209 do CPC, recusar-lhe cumprimento (Ac. unân. da Câm. Cív. do TJPI de 13/5/86, na Ap. n. 6.388, rel. Des. Walter de Carvalho Miranda; Piauí Judic., vol 1º, pág. 137)” (Alexandre de Paula, O Processo Civil à Luz da Jurisprudência, Rio de Janeiro, Forense, vol. II, 1997, pág. 343).

“Sustando o cumprimento de carta precatória sob argumentação trazida pela parte, mas cujo conhecimento é da exclusiva competência do Juízo deprecante, o Juízo deprecado extrapola da marcha procedimental, incorrendo em verdadeira negativa de cumprimento à carta por fundamento alheio ao seu aspecto formal, e alheio, também, aos próprios atos deprecados. Isto configura inversão tumultuária do procedimento, passível da correção parcial para ser cassado o ato objurgado (Ac. unân. 3.683 da 3ª Câm. do TAPR de 30/10/92, na corr. parc. 54.494-3, rel. Juiz Pacheco Rocha)” (obra citada, pág. 343).

Portanto, na ausência de motivos formais que justifiquem o não cumprimento da medida deprecada, impõe-se a declaração da nulidade da decisão, consoante o art. 113 do Código de Processo Civil, em razão da incompetência absoluta do juízo deprecado para a apreciação de questões relativas ao mérito da causa, visto que o conhecimento da matéria é da exclusiva competência do juízo deprecante. Via de conseqüência, fica restabelecido o despacho que determinou *ipsis*

*litteris* o cumprimento da medida, que só poderá ser modificada por eventual deliberação do juízo deprecante.

### III — Decisão

Diante do exposto, acolhe-se a preliminar, e declara-se, de ofício, a nulidade da decisão agravada.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino.

Florianópolis, 13 de novembro de 2001.

*Silveira Lenzi,*

*Presidente com voto;*

*Cláudio Barreto Dutra,*

*Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 01.010864-0, DE POMERODE

**Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra**

*Agravo de instrumento — Arrendamento mercantil — Reintegração de posse — Revogação da liminar com base na cobrança antecipada do VRG — Medida que desnatura o contrato para compra e venda a prestação — Ausência do fumus boni iuris — Decisão mantida — Recurso desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 01.010864-0, da comarca de Pomerode, em que é agravante Fiat Leasing S.A. — Arrendamento Mercantil, e agravado Gustavo Fabris Goerl:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

### I — Relatório

Fiat Leasing S.A. — Arrendamento Mercantil interpôs agravo de instrumento contra a decisão proferida pela Juíza de Direito da comarca de Pomerode que, nos autos da ação de reintegração de posse proposta

contra Gustavo Fabris Goerl, reconsiderou decisão anterior que concedeu a liminar, determinando a imediata recondução do veículo à posse do devedor tendo em vista a cobrança antecipada do VRG, que transmudaria o contrato de *leasing* para compra e venda à prestação e a existência de duas demandas em que discute o débito.

Aduziu ter firmado arrendamento mercantil com o agravado, a ser pago em 36 prestações, tendo este se tornado inadimplente relativamente às parcelas de ns. 26 a 35, ocasionando o vencimento antecipado do contrato.

Esclareceu que efetuada a notificação, o devedor foi constituído em mora e restou caracterizado o esbulho, justificando o ingresso do interdito possessório, no qual foi concedida a liminar.

Sustentou estar equivocado o posicionamento da Magistrada, defendendo a insuficiência da propositura da ação revisional para o indeferimento da liminar e defendendo a possibilidade de antecipação das parcelas do VRG, sem o efeito de descaracterizar o contrato para compra e venda à prestação.

Requeru a concessão do efeito suspensivo.

Em despacho de fls. 50/51 foi negada a carga de suspensividade colimada.

Às fls. 57/66 foram apresentadas contra-razões, defendendo a decisão agravada e sustentando que o contrato desrespeitou o limite constitucional quanto aos juros, fixados em patamar superior a 12%.

## II — Voto

Primeiramente, cumpre esclarecer que o interlocutório não se manifestou quanto aos juros constitucionais, porquanto esta matéria não pode ser analisada no presente recurso sob pena de supressão de um grau de jurisdição.

A este respeito:

“O âmbito do recurso de agravo de instrumento está limitado ao acerto ou desacerto da decisão agravada, não se discutindo matéria não apresentada ao julgador de primeiro grau” (AI n. 98.008810-0, de Curitiba, publ. no DJ de 17/11/98, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

E ainda:

“Sob pena de violação do princípio do duplo grau de jurisdição, não é dado à instância recursal se manifestar sobre matéria não deduzida pe-

las partes na oportunidade processual própria e, por isso, não debatida no Juízo *a quo*” (Ap. Cív. n. 42.029, de Blumenau, publ. no DJ de 29/2/96, rel. Des. Trindade dos Santos).

Depreende-se dos autos que, muito embora estejam presentes os requisitos da ação possessória, a liminar foi revogada diante do fato de que o VRG foi cobrado antecipadamente, e pelo devedor foram propostas as ações revisional e de sustação de protesto.

O recorrente, inconformado com esta decisão, interpôs o presente recurso insurgindo-se contra o posicionamento da Togada, por entender insuficiente o aforamento de demandas e a admissibilidade da antecipação do VRG.

De fato, tendo o devedor sido notificado para a satisfação das parcelas vencidas e não pagas (fls. 44/45) e restando inerte, insuficiente a posterior propositura das ações acima referidas como forma de ser mantido na posse do bem.

Entretanto, o contrato de fl. 42 demonstra que efetivamente o VRG foi cobrado de forma antecipada.

Esta Câmara, em reiteradas decisões, sustentava que a cobrança do VRG juntamente com as prestações do contrato era perfeitamente cabível, não importando, tal fato, em “transformação do arrendamento mercantil em compra e venda a prazo”, até que o Superior Tribunal de Justiça, por acórdão da lavra do Ministro Ruy Rosado Aguiar (*in* REsp n. 178.272/RS), julgado em 18 de março de 1999, veio de vez espancar qualquer dúvida a respeito, ao asseverar que “a opção de compra, com o paga-

mento do valor residual, ao final do contrato, é uma característica essencial do *leasing*. A cobrança antecipada dessa parcela, embutida na prestação mensal, desfigura o contrato, que passa a ser uma compra e venda a prazo (art. 5º, c, combinado com o art. 11, § 1º, da Lei n. 6.099, de 12/9/74, alterada pela Lei n. 7.132, de 26/10/83), com o desaparecimento da causa do contrato e prejuízo ao arrendatário”.

Nesse sentido, reiterados os precedentes desta Câmara, senão vejamos:

“Reintegração de posse. Arrendamento mercantil. Cobrança antecipada do valor residual. Descaracterização do contrato para uma compra e venda a prazo. Extinção do processo.

“O valor residual garantido representa o exercício da opção de compra do bem arrendado no término do prazo contratual, devendo ser exigido somente nessa ocasião.

“O seu pagamento instantâneo ou progressivo descaracteriza o con-

trato para uma compra e venda a prazo, não existindo razão para que seja considerado como uma garantia à instituição financeira arrendante caso o arrendatário opte pela não aquisição do bem no término do contrato.

“Recurso da ré provido. Recurso do autor prejudicado” (Ap. Cív. n. 98.012267-8, de Sombrio, rel. Des. Silveira Lenzi).

Diante de tais circunstâncias, a decisão agravada deve ser mantida.

### III — Decisão

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino.

Florianópolis, 23 de outubro de 2001.

*Silveira Lenzi,*  
*Presidente com voto;*  
*Cláudio Barreto Dutra,*  
*Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 01.013212-5, DE ORLEANS

**Relator: Des. Sérgio Paladino**

*Aggravado de instrumento. Ação ordinária que visa à revisão de contratos bancários. Ausência destes nos autos. Documentos indispensáveis, por consubstanciarem a prova do “próprio fato título da demanda”. Decisão interlocutória que ordena ao réu a respectiva juntada, com fulcro no estatuído no art. 130 do Código de Processo Civil. Recurso desprovido.*

*O Código de Processo Civil de 1973 assumiu tendência publicista, adotando sistema que imprimiu temperamento ao princípio dispositivo, conciliando-o com o da livre investigação da prova, permitindo ao juiz ampla gama de atividades instrutórias de ofício.*

*Incumbe ao juiz, como destinatário da prova, ordenar a produção de qualquer prova que, a seu prudente critério, seja necessária à composição da lide, a teor da norma inscrita no art. 130 daquele diploma.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 01.013212-5, da comarca de Orleans, em que é agravante Banco do Brasil S. A. e agravada Distribuidora de Bebidas Redivo Ltda. ME:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Irresignado com a decisão que rejeitou a preliminar de ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo e determinou a juntada das cópias dos contratos firmados entre os litigantes, com fulcro no art. 130 do CPC, proferida nos autos da ação ordinária de revisão de contrato contra si intentada por Distribuidora de Bebidas Redivo Ltda. ME, Banco do Brasil S.A. interpôs agravo de instrumento, objetivando a sua reforma, bem como a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, à consideração de que o despacho profligado afrontou a norma inscrita no art. 283 do Código de Processo Civil, visto que eram documentos indispensáveis à propositura da ação, incumbindo à agravada promover-lhes a juntada, gizando, outrossim, inexistir prova de que ao menos tenha diligenciado com vistas à respectiva obtenção.

Asseverando que lhe forneceu cópias dos instrumentos na oportunidade em que celebrados, concluiu

postulando que se decrete a extinção do processo, à míngua de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular.

Com as contra-razões, ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

A pretensão deduzida na ação ordinária em cujos autos foi proferido o despacho agravado visa à revisão de contratos bancários, cujas cópias não foram a eles anexadas pela autora, não obstante lhe incumbisse apresentá-las em razão de se constituírem em documentos indispensáveis, por consubstanciarem a prova do “próprio fato título da demanda” — di-lo J. J. Calmon de Passos (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III, 8ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1998, pág. 166).

Sem embargo do preceituado no art. 283, o Código de Processo Civil de 1973 assumiu tendência publicista, adotando sistema que imprimiu temperamento ao princípio dispositivo, conciliando-o com o da livre investigação da prova, permitindo ao juiz ampla gama de atividades instrutórias de ofício. Cumpre-lhe, por isso, como destinatário da prova, ordenar a produção de qualquer prova que, a seu prudente critério, seja necessária à composição da lide, a teor da norma inscrita no art. 130.

Interpretando a norma *supra*, assinala Celso Agrícola Barbi:

“O texto atual é amplo, não limitando os meios de prova que o juiz pode entender conveniente determinar por sua própria iniciativa. Atende ele a um sentimento muito difundido entre nossos magistrados, que, com razão, não se satisfazem com uma atitude de inércia, que poderia levá-los, em certos casos, a julgar uma causa em forma não satisfatória, porque insuficientemente esclarecidos os fatos. A norma legal propicia ao juiz, nessas hipóteses, meios para completar sua convicção e, assim, decidir com tranqüilidade de consciência, realizando o ideal do verdadeiro juiz, que não é apenas o de decidir, mas sim o de decidir bem, dando a correta solução da causa em face dos fatos e do direito” (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I, 10ª ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro, Forense, 1998, pág. 398).

Em hipótese que guarda similitude com o caso concreto, assentou o

Min. Dias Trindade ao decidir agravo de instrumento, *verbis*:

“Não contraria aos arts. 283 e 396 o acórdão que convalida decisão do juiz determinando, de ofício, a exibição e juntada de documento necessário ao esclarecimento da causa.

“*Omissis*” (Excerto extraído do voto proferido pelo Min. Ruy Rosado de Aguiar no AgRg no Ag n. 49.124-2/RS, DJU de 31/10/94, pág. 29.505).

Ante o exposto, negou-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 30 de outubro de 2001.

*Silveira Lenzi,*  
*Presidente com voto;*  
*Sérgio Paladino,*  
*Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.005361-0, DE SOMBRIO

**Relator: Des. Cercato Padilha**

*Agravo de instrumento. Ação de execução. Pedido de adjudicação não realizado quando da negativa do segundo leilão. Indeferimento. Inteligência do art. 714 do CPC. Recurso provido.*

*Considerando que o credor busca há seis anos receber seu crédito, sem qualquer oposição do executado, havendo penhora sobre bem de valor muito inferior ao buscado, e, ainda, que não se vislumbra qualquer prejuízo ao devedor, seja pelo fato de que será beneficiado com a não realização de novas despesas com editais, seja pela ausência de valorização do bem, pois é consabido que as linhas telefônicas*



*vêm perdendo gradativamente seu valor econômico, deve-se interpretar interpretação mais razoável ao art. 714 do CPC, que efetivamente não se refere a prazo certo para a realização do pedido de adjudicação, estipulando apenas o termo inicial para tanto, aceitando-se pedido efetuado após a intimação da negativa dos leilões.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.005361-0, da comarca de Sombrio, em que é agravante César Antônio Cesa, sendo agravado Adilton Antonim:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas de lei.

I — Cuida-se de agravo de instrumento interposto por César Antônio Cesa contra a decisão que, nos autos da ação de execução movida contra Adilton Antonim, indeferiu pedido de adjudicação do bem penhorado (linha telefônica) ante a negativa dos leilões efetuados, porquanto não realizado logo depois da praça.

Relata ter aforado a execução em 17/11/95, visando à percepção da quantia de R\$ 2.364,00, sendo posteriormente constritado o bem em tela, avaliado em R\$ 1.200,00 em 29/7/98, sendo que o executado não opôs embargos e tampouco efetuou o pagamento da quantia almejada.

Afirma que, após negativos os leilões aprazados (14/9/98 e 28/9/98), foram os autos conclusos, e que não lhe foram prestadas quaisquer informações no cartório, sendo que, em 9/10/98, houve despacho determinando sua manifestação acerca da negativa dos leilões, quanto então, em 30/10/98, um dia após a publicação do referido despacho, e antes de es-

gotado o prazo para tal manifestação, requereu a adjudicação do bem, o que foi indeferido.

Aduz, em síntese, que não estava presente ao segundo leilão e que não tinha tal obrigação, manifestando-se tão logo foi intimado do seu resultado, salientando ter sido vítima do executado, que nem sequer ofereceu embargos, sustentando, ao final, que o art. 714 do CPC não estipula prazo para o pedido de adjudicação, mas tão-somente o momento processual para tanto, ou seja, aquele que sucede o término do leilão negativo.

Não houve pedido de atribuição de efeito suspensivo ao reclamo, tendo transcorrido *in albis* o prazo para resposta.

É o relatório.

II — A questão trazida a lume não é pacífica, havendo doutos e respeitáveis entendimentos no sentido de que o momento oportuno para o credor requerer a adjudicação do bem levado a hasta pública é aquele “logo após a segunda praça, ainda durante o processamento dos atos da venda em hasta pública, não podendo ser aceito se apresentado horas ou dias após” (AI n. 9.640, de Joinville, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, DJ de 13/12/96).

Contudo, apesar de considerar que o teor do art. 620 do CPC erige o princípio de que a execução deve ser realizada da forma menos gravosa ao

devedor, não há olvidar que o objetivo precípuo do processo execucional é a expropriação de bens do devedor suficientes à satisfação do crédito do credor.

*In casu*, há que se ter em vista que o crédito almejado pelo ora agravante está a ser buscado há praticamente seis anos, sendo que o executado não se opôs à dívida, garantida por bem de valor muito inferior ao buscado. Ademais, não se vislumbra qualquer prejuízo ao devedor, seja pelo fato de que será beneficiado com a não realização de novas despesas com editais, seja pela ausência de valorização do bem, pois é consabido que as linhas telefônicas vêm perdendo gradativamente seu valor econômico.

Ora, diante dessa situação, constata-se claramente que o credor é o único e maior prejudicado, devendo ser abrandado o entendimento acima esposado, emprestando-se interpretação mais razoável ao art. 714 do CPC, que efetivamente não se refere a prazo certo para a realização do pedido de adjudicação pelo credor, estipulando apenas o termo inicial para tanto.

Nesse sentido, recente julgado do Superior Tribunal de Justiça proclamou:

“Agravado de instrumento. Pedido de adjudicação. Praça negativa. Direito potestativo do credor-adjudicatário. Termo final. Menor onerosidade para o devedor. Extemporaneidade do pedido de adjudicação. Inocorrência. Ausência de previsão do prazo final para seu exercício.

“Desde que não haja prejuízo para o devedor, sem depreciação do

preço da avaliação, e nem preterição de licitante, a adjudicação do bem penhorado pelo credor atende ao princípio da menor onerosidade (art. 620, CPC), porque, fazendo-se a execução às custas do devedor, evitar-se-ão novas despesas com expedição de editais, e prorrogação do constrangimento sobre o patrimônio presente e futuro do devedor (art. 591, CPC).

“O art. 714 do CPC não estatui o prazo final da opção do credor-adjudicatário para exercício do direito de adjudicar o bem objeto de alienação judicial. Expressamente, a lei cuidou, apenas, do termo inicial, que é o esgotamento da praça sem lançador, tratada na jurisprudência como ‘praça negativa’.

“O fundamento legal para assinatura do auto de arrematação ou adjudicação, aguardando-se o prazo de 24 horas (art. 715, § 1º, CPC), é possibilitar a remição dos bens pelo cônjuge do devedor, ou seu ascendente ou descendente (arts. 787 e 788, CPC). Decorrido o prazo *in albis*, sem manifestação dos interessados, será assinado o respectivo auto, ainda que a formulação do pedido de adjudicação date mais de mês e dia.

“Os embargos de segunda fase, sejam de adjudicação ou de arrematação (art. 746, CPC), possuem contorno objetivo restrito, pois devem ser ‘fundados em nulidade da execução, pagamento, novação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à penhora’, não constituindo óbice, contudo, para que a parte provoque o juízo por simples petição, a fim de adequar o preço do imóvel no mercado, em virtude do lapso temporal decorrido entre a praça negativa e o pedido de adjudicação” (REsp n.

324.567/MG, rel. Ministra Nancy Andrighi, DJU de 24/9/2001).

Destarte, deve ser reformada a decisão *a quo*, a fim de que seja autorizada a adjudicação pelo credor do bem constritado, cujos leilões restaram negativos.

III — Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso, a fim de autorizar a adjudicação do bem constritado.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 13 de dezembro de 2001.

*Trindade dos Santos,*  
*Presidente com voto;*  
*Cercato Padilha,*  
*Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.020157-0, DE SÃO MIGUEL DO OESTE

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

*Código de Defesa do Consumidor — Aplicabilidade aos contratos bancários — Inversão do ônus da prova — Requisitos presentes — Honorários periciais — Responsabilidade pela antecipação dessas despesas — Inteligência dos arts. 33 do CPC e 6º, VIII, do CDC — Agravo provido em parte.*

*— Aplicável o Código de Defesa do Consumidor também aos contratos celebrados com instituições financeiras, já que as atividades desenvolvidas por tais instituições incluem-se no conceito legal de serviços, lá previsto, sendo norma de ordem pública e de interesse social.*

*— A inversão do ônus da prova não se confunde com o dever de recolhimento das custas do perito. Essa obrigatoriedade permanece a quem requereu a perícia, por aplicação do artigo 33, caput, do CPC. Entretanto, uma vez estabelecida a inversão, a prova a ser produzida passa a ser do interesse do fornecedor, sob pena de não elidir a presunção que milita em favor do consumidor.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.020157-0, da comarca de São Miguel do Oeste, em que são agravantes Arlindo Biasi & Cia. Ltda. e*

*outro, sendo agravado Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, prover em

parte o recurso para acolher o pedido de inversão do ônus da prova.

Custas na forma da lei.

Arlindo Biasi & Cia. Ltda. e Walney Biasi interpuseram agravo de instrumento em face de decisão proferida nos autos dos embargos à execução que movem contra o Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc, que negou a inversão do ônus da prova e determinou que os agravantes depositassem 50% dos honorários periciais, sob pena de, não o fazendo, sua inércia ser considerada como desistência na produção da prova.

Argumentaram que a agravante seria um pequeno estabelecimento comercial, localizado no interior do município de São Miguel do Oeste, constituindo-se em empresa familiar, cujo faturamento mensal indicaria a hipossuficiência ante o Banco agravado.

Aduziram, então, que seria aplicável na hipótese o Código de Defesa do Consumidor, especialmente a regra contida no art. 6º, VIII, daquele diploma legal, que determina a inversão do ônus da prova como um direito do consumidor, considerando nulas as cláusulas contratuais que determinem o contrário.

Requereram, a final, a concessão de efeito suspensivo ao recurso que, no entanto, foi denegado pelo despacho de fls. 22/23.

Dessa decisão os agravantes interpuseram agravo regimental que não foi conhecido, tendo em vista o entendimento de tratar-se de decisão irrecorrível.

Devidamente intimado, o agravado ofereceu contra-razões ao recurso, argumentando que quem reque-

reu a produção de prova pericial foram os agravantes, pelo que estes é que devem arcar com o pagamento dos honorários do perito, consoante decidiu o Juízo *a quo*, requerendo a manutenção do *decisum*, na linha do despacho que negou efeito suspensivo ao recurso.

É o relatório.

Merece provimento em parte o reclamo.

Inicialmente, impende destacar que, consoante entendimento unânime desta Câmara, as instituições financeiras estão submetidas às disposições do Código de Defesa do Consumidor, não porque sejam fornecedores de produtos, mas porque prestam um serviço consumido pelo cliente, que é o consumidor final desses serviços, mormente nas relações bancárias, em que há difusa utilização de contratos de massa, evidenciando a vulnerabilidade do usuário.

Veja-se, nesse desiderato, o seguinte precedente:

“A jurisprudência mais recente, inclusive do STJ, vem consagrando o entendimento de que mesmo os bancos devem pautar-se pelas diretrizes do Código de Defesa do Consumidor. O produto, nesse caso, é o dinheiro ou o crédito, bem juridicamente consumível, sendo o banco fornecedor; e consumidor o mutuário ou creditado” (Apelação Cível n. 98.005176-2, de Jaguaruna, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Do corpo do v. acórdão extrai-se:

“Em precedente do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul assentou-se:

‘O conceito de consumidor, por vezes, se amplia, no CDC, para proteger quem ‘equiparado’. É o caso do art. 29. Para o efeito das práticas comerciais e da proteção contratual, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas neles previstas.

‘O CDC rege as operações bancárias, inclusive as de mútuo ou de abertura de crédito, pois relações de consumo.

‘O produto da empresa de banco é o dinheiro ou o crédito, bem juridicamente consumível, sendo, portanto, fornecedora; e consumidor o mutuário ou creditado’ (RT 697/173)”.

Pertinente, também, a lição de Alberto do Amaral Júnior, que ressalta a amplitude dos conceitos de consumidor e fornecedor utilizados pelo Código:

“Igualmente, não é correto o entendimento segundo o qual o Código de Defesa do Consumidor não se aplicaria às instituições financeiras, porque ‘não se concebe a possibilidade de ser usado o dinheiro ou o crédito pelo destinatário final, pois os valores monetários se destinam, pela sua própria natureza, à circulação’ (Arnold Wald). Para o Código, consumidor não é apenas o adquirente, mas o mero usuário. A utilização do produto tem, aqui, sentido mais amplo que o da simples fruição, abrangendo a possibilidade de sua disposição. Desse modo, o consumidor que celebra um contrato de mútuo com a instituição bancária utiliza o produto recebido como meio de satisfazer as suas necessidades.

“Está, assim, plenamente caracterizada a existência de relação jurídica de consumo entre as instituições financeiras, bancárias e administradoras de cartões de crédito com os consumidores. Nessa relação, as instituições financeiras e as administradoras de cartões de crédito ocupam a posição de fornecedor” (Revista de Direito do Consumidor, vol. 19, pág. 154).

E:

“As operações de financiamento e os contratos bancários se submetem ao regime do Código de Proteção ao Consumidor, como resulta da disposição contida em seu art. 3º, § 2º, vez que a atividade bancária é atividade tipicamente comercial, conforme previsão do art. 119 do Código Comercial, expressando, pois, nítidas relações de consumo. Nesse contexto, a multa contratual verga-se ao disciplinamento consumeirista, restringindo-se ao percentual máximo de 2%, percentual esse que alcança os contratos já firmados à época da fixação desse percentual, por se tratar, no caso, de matéria de ordem pública” (Apelação Cível n. 99.012735-4, de Anita Garibaldi, rel. Des. Trindade dos Santos).

Assentada essa premissa, cumpre verificar se, no caso, estão presentes os requisitos autorizadores da inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do CDC.

No caso concreto, o autor não postulou na inicial a referida inversão, não tendo havido manifestação a respeito quando do saneamento do processo; no entanto, observa-se que não ocorre preclusão na hipótese, por tratar-se de norma de ordem pública, pelo que válido o pedido feito às fls.

215/216 dos autos dos embargos à execução, cuja cópia consta às fls. 15/16 deste instrumento.

A respeito, Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery em Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pág. 1.348, anotam:

“1. Ordem pública. As normas do CDC são *ex vi legis* de ordem pública, de sorte que o juiz deve apreciar de ofício qualquer questão relativa às relações de consumo, já que não incide nesta matéria o princípio dispositivo. Sobre elas não se opera a preclusão e as questões que dela surgem podem ser decididas e revistas a qualquer tempo e grau de jurisdição”.

Diante dessa circunstância, devemos examinar se é verossímil a alegação ou hipossuficiente a parte consumidora, segundo as regras ordinárias de experiência, para determinar ou não a inversão do ônus probatório.

Não há dúvida que, no confronto entre os litigantes, a agravante é hipossuficiente em relação à instituição bancária, uma vez que se trata de pequeno estabelecimento comercial e familiar, localizado no interior do município de São Miguel do Oeste, denotando possuir tanto dificuldade econômica quanto dificuldade técnica na produção da prova.

Nesse sentido:

“Presumida a hipossuficiência do consumidor, em face da desproporção econômica entre ele e a administradora de cartões de crédito, impõe o Código de Defesa do Consumidor, à vista do disposto no seu art. 6º, VIII, a inversão do ônus probatório, como condição mesmo de

atenuar-se a inferioridade do contratante, minorando os efeitos da equidistância existente entre ele e a parte economicamente mais privilegiada” (Agravado de Instrumento n. 00.022530-4, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos).

Igualmente verossímil a alegação, uma vez que o agravante está sustentando nos embargos à execução que o contrato executado não passa de renegociação de débito anterior, tendo o Banco agravado celebrado um contrato paralelo, jogado o crédito na conta corrente do agravante e, logo em seguida, lançado a débito outro valor, quitando o contrato paralelo que estava para vencer.

Nessas hipóteses, esta Corte tem entendido não se configurar novação, e sim mera renegociação, mantendo o contrato subsequente as mesmas características do antecedente.

A respeito, cita-se a observação de Joaquim Ernesto Palhares no artigo “Um caminho para reduzir o passivo bancário”, publicado no Jornal Síntese, e colacionado pelo Des. Trindade dos Santos, na Apelação Cível n. 99.021122-3, de Campos Novos:

“Uma nova tese vem sendo utilizada para reduzir o passivo bancário das empresas e já começa a ganhar espaço no Judiciário. Ela parte do pressuposto de que as renovações sucessivas de contratos de crédito, em uma mesma conta corrente, devem ser tratadas como uma só operação. Sendo tratados dessa forma, os contratos renovados, uns servindo para quitar outros, podem ser revistos e os débitos recalculados. A vantagem para o devedor é que, através do recálculo da dívida, ele poderá provar



que o credor praticou a capitalização de juros, proibida pelo Decreto n. 22.626/33 (Lei de Usura). Essa é a porta de entrada para a reivindicação judicial da redução do passivo.

‘A tese é bastante apropriada para contratos de curto prazo, a exemplo do capital de giro. É comum os bancos, diante da impossibilidade de pagamento do primeiro crédito contratado, oferecer mais dinheiro para o cliente saldar o débito. Dependendo da situação financeira do devedor, o débito vai sendo rolando ao longo do tempo, alimentado por créditos em uma mesma conta corrente. É um caminho para a prática da capitalização de juros. Em outras palavras, as renovações fazem os indexadores do contrato — normalmente, TR ou CDI, que contêm um componente de remuneração do dinheiro, ou seja, juros — incidir uns sobre os outros, pelo cálculo exponencial. A operação, também chamada de encadeamento de contratos, é tratada como falta grave pelo Manual de Normas e Instruções do Banco Central. Mas essa restrição somada à proibição legal da capitalização de juros não são suficientes para coibir tal prática.

‘Resta aos devedores, individualmente, garantir o exercício de seus direitos. O caminho, no caso, é a via judicial, através da qual os mutuários têm conseguido reduzir o passivo com os bancos. Existem precedentes do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul e começam a acontecer os primeiros julgados sobre a matéria, na Justiça paulista. No Tribunal gaúcho, a 4ª Câmara Cível entende que quando contratos subsequêntes quitam os antecedentes, ocorre uma situação jurídica continuada, permitindo a revisão

do negócio como um todo. Nessa revisão contratual, admitem os juízes, podem ser retirados do montante do débito os juros excedentes ao limite permitido por lei (não confundir com o limite constitucional). Segundo a Lei de Usura, combinada com o Código Civil, esse limite é de 12% ao ano (6% cobrados em até o seu dobro). Na Justiça paulista, recentemente, o juiz Teodozio de Souza Lopes da 17ª Vara Cível reconheceu que a capitalização ocorre por meio do encadeamento de contratos. Como isso é ilegal o juiz declarou nulo o contrato de crédito do devedor. O resultado prático da sentença foi a redução da dívida. O juiz ordenou que fosse excluído da cobrança o montante de juros correspondente ao cálculo exponencial. Essas decisões sinalizam a formação, ainda incipiente, de um posicionamento importante do Judiciário, porque sintonizado com a realidade do funcionamento do sistema de concessão de crédito no País, e da necessidade do setor produtivo em ter acesso a esse crédito para poder operar. É um motivo forte para que as empresas saiam de seus casulos e passem a ser agentes, e não pacientes, em suas relações com o sistema financeiro nacional”’.

Assim, presentes os requisitos autorizadores, impõe-se a concessão da inversão do ônus da prova, na forma do art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/90.

No entanto, a inversão do ônus da prova não traz a conseqüência postulada pelo autor, isto é, não implica em obrigar o requerido a suportar as despesas de prova por ele requerida.

Se por um lado a lei permite ao consumidor a dispensa do ônus de

provar determinado fato constitutivo do seu direito, e transfere o encargo ao fornecedor, não isenta aquele do pagamento das custas da perícia. A isenção prevista no Código de Defesa do Consumidor abrange as ações coletivas (art. 87, Lei n. 8.078/90), e, ainda por evidente, se beneficiário da justiça gratuita.

Nesse sentido:

“Inversão do ônus da prova. Dispensa das despesas processuais e honorários advocatícios. Impossibilidade. Afronta aos arts. 19 e 33 do CPC.

‘A inversão do ônus probatório em favor do consumidor diz respeito às conseqüências da não produção das provas, não à responsabilidade pelo não pagamento de despesas relativas a estas. Não se pode, assim, obrigar o réu a custear perícia requerida pelo autor’ (TJDF — 2ª T. Cível — AGI n. 1425-0/00 — Des. Getúlio Oliveira — unânime, DJU de 20/9/00, pág. 14)” (Agravado de Instrumento n. 99.014351-1, da Capital, rel. Des. Silveira Lenzi).

Do corpo do acórdão:

“*In casu*, o Magistrado a quo equivocou-se quando, ao inverter o ônus da prova, isentou o agravado de ‘quaisquer pagamentos relativos a diligências, custas processuais, honorários advocatícios e prova pericial’. Isto porque, a isenção destas despesas pode ser concedida apenas nas ações coletivas, conforme faculta o art. 87 do CDC, *in verbis*:

‘Nas ações coletivas de que trata este Código não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autor, salvo comprovada

má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais’.

“Isentar o consumidor das despesas processuais e honorários advocatícios em razão da inversão do ônus da prova, implica em divisão anômala do ônus sucumbencial, ofendendo frontalmente o disposto no art. 19 e seguintes do CPC. Dispõe o art. 19 do Código Instrumental que: ‘salvo as disposições concernentes à justiça gratuita cabe às partes prover as despesas dos autos que realizarem ou requeverem no processo...’.

“Corroborando este entendimento, já decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal que:

‘A inversão do ônus probatório, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, não tem o condão de imputar ao agravante a obrigação pelo pagamento dos honorários do perito, eis que o alcance do mencionado dispositivo legal refere-se unicamente à distribuição do ônus probatório, nas relações de consumo previstas no CDC, e não ao pagamento de despesas processuais, que se encontram sob a égide dos artigos 19 e seguintes do CPC’ (TJDF — 2ª T. Cível — AI n. 2000.00.2.001484-3, Des. Getúlio Moraes Oliveira, julgado em 14/8/00, DJU de 14/11/2000, pág. 20).

“E ainda:

‘A inversão do ônus probatório em favor do consumidor diz respeito às conseqüências da não produção das provas, não à responsabilidade pelo não pagamento de despesas relativas a estas. Não se pode, assim, obrigar o réu a custear perícia requerida pelo autor’ (TJDF — 2ª T. Cível — AGI n. 1425-0/00 — Des. Getúlio Oli-

veira — unânime, DJU de 20/9/00, pág. 14).

“Desse modo, impõe-se a reforma da decisão interlocutória quanto à isenção deferida, pois contrária à lei”.

Da mesma forma já decidiu o Tribunal de Alçada do Paraná:

“Nas ações individuais o consumidor ao requerer a perícia deve arcar com as custas da peritagem — art. 33 do CPC que não foi revogado pelo CDC. 1. A regra da inversão do ônus da prova — art. 6º, VIII, do CDC — e regra de juízo, quer dizer, de julgamento, a ser aplicada pelo juiz em decisão judicial. Não pode ser interpretada de maneira a isentar o consumidor do pagamento de honorários periciais, em perícia por ele requerida. 2. Somente há isenção de custas nas ações coletivas (art. 87 do CDC). Nas individuais somente se o consumidor for beneficiário da assistência judiciária gratuita. 3. Agravo de instrumento improvido” (TAPR, AI n. 0132592-2, de São José dos Pinhais, rel. Juiz Sigurd Roberto Bengtsson, DJ 11/6/99).

“(…) 6. O ato judicial, que aprecia a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII do art. 6º do CDC, obrigatoriamente deve ser motivado, indicando de uma dentre as situações previstas: a) a alegação do consumidor é verossímil; b) o consumidor é hipossuficiente.

“7. A inversão do ônus da prova, não quer dizer a inversão do adiantamento dos honorários periciais, cuja norma do CDC, não conflita com dispositivos do CPC” (AI n 0150994-4, de Curitiba, rel. Juiz Lauro Augusto Fabrício de Melo, DJ 31/3/00).

Tratam-se, como visto, de questões distintas, contudo, conexas,

pois, embora a concessão da inversão do ônus da prova não implique em obrigar o embargado a suportar os honorários do perito, tem o embargante o direito de ver decidido o seu pedido de inversão, para então decidir se deposita os honorários ou se desiste da prova, eis que, concedida a inversão, passa a ser do interesse do embargado produzi-la.

Portanto, pertinente sim a discussão a respeito da inversão do ônus da prova, ao contrário do decidido pelo MM. Juiz monocrático.

Corroborando esse entendimento, o seguinte julgado:

“Arrendamento mercantil. Ação revisional de contrato. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. Inversão do ônus da prova. Faculdade do juiz, quando haja verossimilhança da alegação ou hipossuficiência do consumidor. Antecipação dos honorários periciais. Decisão que determina ao réu a antecipação dessas despesas. Depósito que fica condicionado ao interesse que tenha o réu de produzir essa prova para elidir a presunção de verossimilhança que milita em favor do consumidor. Agravo contra a decisão que negou seguimento ao recurso. Recurso desprovido” (TAPR, Agravo n. 0162760-9/01, de Curitiba, rel. Juiz Conv. Noeval de Quadros, DJ 10/11/00).

Do corpo do v. acórdão:

“Como já se disse na decisão agravada, em realidade há um pequeno reparo a ser feito na douda decisão: não é que tenha o réu obrigatoriamente de suportar as despesas da perícia. Em termos práticos, com a inversão do ônus da prova os arrendatários ficaram dispensados de provar a sua

alegação, cabendo à arrendadora, se desejar a prova técnica, efetuar a antecipação dos honorários do perito.

“Assim, o que o juiz está dando é a oportunidade de o réu se contrapor à presunção de verossimilhança que milita em favor do consumidor. Se, todavia, não desejar o réu produzir esta prova, bastar-lhe-á não depositar os honorários, sujeitando-se, porém, às ilações daí decorrentes.

“Portanto, repita-se, não há a obrigatoriedade do agravante pagar a perícia. Ele é que dirá da sua conveniência, ou não, em fazê-lo. A decisão do juiz unicamente o alerta que, com a inversão do ônus da prova, milita em favor do consumidor a verossimilhança do alegado.

“Esta Câmara já examinou caso precedente, tendo assim se manifestado:

‘Agravamento de instrumento. Revisão de contrato de financiamento bancário. Inversão do ônus da prova ao credor (art. 6º, VIII, CDC). Possibilidade. Adiantamento dos honorários do perito pelo réu. Admissibilidade condicionada ao seu interesse na produção da prova. Recurso improvido.

‘1. Presentes os pressupostos da lei (art. 6º, VIII, CDC), verossimilhança do direito alegado pelo consumidor e configurada a hipossuficiência deste, o juiz poderá impor a inversão do ônus da prova.

‘2. A inversão do ônus da prova não se confunde com o dever de recolhimento das custas do perito. Esta obrigatoriedade permanece a quem requereu a perícia, por aplicação do art. 33, *caput*, do CPC.

‘3. *Deferida contudo a inversão do ônus da prova, entendendo o autor que o fundamento da inicial tem embasamento jurídico, pode desistir da perícia, competindo ao magistrado dar oportunidade ao réu dizer do seu interesse, caso em que será o responsável pelo adiantamento dos honorários do perito*’ (Agravamento de Instrumento n. 153180-2 de Curitiba, rel. Juiz Miguel Pessoa) (grifo nosso).

“Nesse sentido, têm decidido outros Tribunais:

‘Prova. Inversão do ônus. Verossimilhança do alegado pelo consumidor. Admissibilidade.

‘A inversão do *onus probandi*, a critério do juiz, é princípio do Código de Defesa do Consumidor que tem por finalidade equilibrar a posição das partes no processo, atendendo aos critérios da verossimilhança do alegado pelo consumidor, ou de sua hipossuficiência.

‘Estabelecida a inversão pelo juiz, a prova a ser produzida passa a ser do interesse do fornecedor sob pena de não elidir a presunção que milita em favor do consumidor em face da plausibilidade de sua alegação’ (Agravamento de Instrumento n. 863/99 da 2ª C.C. do TJRJ, rel. Des. Sérgio Cavaliari Filho, j. 30/5/99)”.

Ante o exposto, dá-se provimento em parte ao recurso, para acolher o pedido de inversão do ônus da prova, devendo ser o embargado intimado para manifestar seu desejo de produzir a prova pericial para elidir a presunção que passou a militar em favor da embargante.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.

Srs. Des. Cercato Padilha e Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 4 de outubro de 2001.

Pedro Manoel Abreu,  
Presidente;  
Sérgio Roberto Baasch Luz,  
Relator.

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.008522-8, DA CAPITAL

Relator: Des. Cesar Abreu

*Execução. Penhora. Efetivação pelo oficial de justiça, atendendo a regra do art. 659 do CPC. Hipótese em que deve ser conciliado o interesse do credor, que passa a ter direito de nomeação de bens, principalmente quando desrespeitada a gradação estabelecida em lei (CPC, art. 655) e tornado evidente o excesso de penhora, frustrando a intenção do legislador infraconstitucional, que visou à mais fácil satisfação do crédito, fazendo com que a execução chegue mais rapidamente ao fim. Incidência da penhora sobre dinheiro, atendendo requerimento dos credores. Observância do postulado da igualdade de tratamento entre as partes (CPC, art. 125, I) e do princípio segundo o qual a execução se realiza em favor do credor, mas pelo modo menos gravoso ao devedor (CPC, art. 620). Confirmação do efeito ativo deferido nesta instância. Recurso provido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.008522-8, da comarca da Capital, em que são agravantes Armando Medeiros Prade e outro, sendo agravada Telesc – Telecomunicações de Santa Catarina S.A.:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas legais.

### I — Relatório

Nos autos de execução de sentença, referente a cobrança de honorários advocatícios, em que são exe-

qüentes os ora agravantes Armando Medeiros Prade e Péricles Luiz Medeiros Prade e executada a agravada Telesc — Telecomunicações de Santa Catarina S.A., decorrido *in albis* o prazo concedido ao devedor (CPC, art. 652) para oferecimento de bens a penhora, o meirinho, dando cumprimento ao mandado de citação e penhora antes expedido, fez incidir a constrição sobre o prédio sede da empresa, com área constituída de 41.028m<sup>2</sup>, cujo valor — é possível visualizar — suplanta exageradamente o montante da execução.

Houve, então, pedido dos exequentes no sentido de que, em substituição, fossem penhorados créditos

em dinheiro, existente em conta bancária da executada.

Indeferida a pretensão, com suporte no art. 620 do CPC, interpu- seram os credores o presente agravo, objetivando a concessão de efeito ativo ao despacho censurado para que a penhora fosse realizada sobre dinheiro de contado.

Acolhida a pretensão em sede de liminar, ofereceu a agravada contraminuta, sustentando que manejados na origem embargos à execução não era dado ao Juiz proceder à segunda penhora, porque suspensa a execução, nem ao credor era oportuno indicar os bens em substituição, hipótese, ademais, que ensejaria a interposição de novos embargos, embora restritos aos aspectos formais da constrição. Afinal, evidencia que a penhora incidiu em valor superior ao crédito executado, não sendo adequada a solução judicial de liberação, por alvará, dos valores atingidos pelo gravame.

## II — Voto

Colhe-se da liminar que nesta instância foi concedido efeito ativo ao recurso de agravo, autorizando-se a pretendida substituição da penhora, com incidência em pecúnia.

O despacho impugnado foi lavrado em 19/5/99, não havendo registro, entretanto, quanto à data do seu recebimento, ato judicial que implicaria na suspensão da execução, a teor do art. 739, § 1º, do CPC.

Por outro lado, é de anotar-se que a execução desenvolve-se pela quantia de R\$ 1.130.721,30, estando os embargos a pretender a dedução

do valor de R\$ 14.504,30, decorrente da diferença emergente da aplicação dos índices de correção monetária.

Ora, tratando-se de embargos parciais, a teor do § 2º do art. 739 do digesto processual, a execução prossegue quanto à parte não embargada.

O excesso de execução foi reconhecido pelos próprios exequentes, acolhendo o Togado *a quo* os embargos correspondentes. Quanto ao excesso de penhora, atendida a substituição deferida nesta instância, maior transtorno não causou, na medida em que a liberação dos valores constri- dos observou a impugnação aposta nos referidos embargos.

A questão a ser superada está, exclusivamente, em definir-se ser ou não possível a substituição da penhora realizada pelo oficial de justiça. Aliás, única matéria relevante, porque as demais correspondem a desdobramentos da liminar concedida.

Pois bem, diz a lei processual que *o devedor será citado para, no prazo de 24 horas, pagar ou nomear bens à penhora* (CPC, art. 652).

Abdicando dessa prerrogativa, incide, então, o comando do art. 659, *in verbis*:

Se o devedor não pagar, nem fizer nomeação válida, o oficial de justiça penhorar-lhe-á tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios.

De posse do mandado, cumprindo essa regra, o meirinho acabou por penhorar a sede da empresa agravada, de valor imensamente maior do que a dívida, onerando a própria execução pela dificuldade e despesas



próprias da expropriação que se seguiria na lógica da execução, com violação da regra do art. 620 e em desobediência aos ditames e gradação do art. 655 do CPC.

A intervenção do credor surgiu em momento próprio e oportuno, diante da exegese que deve ser emprestada ao art. 659 do digesto processual, principalmente, como sustenta o relator que me antecedeu, pela igualdade de tratamento que se deve conferir às partes (CPC, art. 125, I).

O interesse do credor, não há dúvida, deve ser conciliado.

A gradação inserida no art. 655 do CPC pelo legislador visa à mais fácil satisfação do crédito, fazendo com que a execução chegue mais rapidamente ao fim.

Assim é que, como elucida Arnaldo Marmitt (*A Penhora*, Aide, 1986, pág. 69), “na escolha dos bens os oficiais de justiça devem também procurar conciliar possivelmente os interesses das partes, evitando prejudicar o executado mais do que for necessário. [...] Mas também o exequente não deve ser prejudicado. Ele é o credor, e não está em grau de inferioridade ao devedor. Importa primeiro ver o direito do credor, para depois olhar para a possibilidade de favorecer o devedor. [...] Como visto, a gradação começa pelo dinheiro, que é o meio de pagamento por excelência, e que deve sobrepor-se a qualquer outro”.

Ulderico Pires dos Santos, comentando o art. 659 (*O Processo de Execução*, Forense, 1982, pág. 337), adverte:

“Já ficou esclarecido antes que cabe ao executado o direito de fazer a nomeação de bens à penhora dentro das 24 horas subseqüentes à da citação. Se se omitir a respeito é que o exequente poderá indicar ao oficial os bens que lhe parecerem suficientes para garantir a execução. O vigente Código de Processo Civil não diz que o direito de nomeação passa ao exequente, mas é evidente que assim deva ser, porque se o devedor não os indica nem o credor o faz, o oficial de justiça ficará sem condições para executar o mandado, porque não está nas suas atribuições fazer diligência para descobrir haveres ou propriedades do executado”.

### III — Decisão

Diante do exposto, à unanimidade, dá-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 26 de março de 2002.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente, com voto;*  
*Cesar Abreu,*  
*Relator.*

## AGRAVOS NOS AGRAVOS DE INSTRUMENTO

### AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 01.016119-2, DE PAPANDUVA

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

*Agravo sequencial do artigo 557, § 1º, do CPC. Decisão que negou seguimento a agravo de instrumento por falta de peça essencial. Ônus do recorrente. Posterior juntada do documento. Inviabilidade. Preclusão consumativa. Recurso desprovido.*

*A interpretação do artigo 525, I, do CPC, permite a juntada, ao instrumento, como peça substitutiva, de documento equivalente à certidão de intimação da decisão hostilizada. Há que se enfatizar, todavia, que, para efeito de admissibilidade do agravo, a sua tempestiva interposição deve restar comprovada pelo agravante extreme de qualquer dúvida.*

*Revela-se insuficiente, pois, a juntada, na petição do agravo, de certidão que apenas faz menção à data em que determinada relação de despachos foi publicada na imprensa oficial, sem que haja, porém, expressa referência à circunstância de a intimação referente ao decisório recorrido estar contida na sobredita relação.*

*Não tem o relator, por isso mesmo, o dever de suprir informações e peças que deveriam constar ou ter sido juntadas necessariamente pelo agravante, como, por exemplo, fazer pesquisa no Diário da Justiça para saber se a intimação constou ou não da relação mandada publicar na comarca de origem.*

#### I — Relatório

Cuida-se de agravo interposto nos autos de agravo de instrumento, cujo despacho negou seguimento ao recurso por falta de peça obrigatória (fl. 76).

Argumenta o agravante, em síntese, que acostou ao agravo de instrumento a certidão de intimação que constava do processo originário, referente à decisão outrora agravada, documento este que continha a data

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo no Agravo de Instrumento n. 01.016119-2, da comarca da Papanduva, em que é agravante E. J. Wagner Engenharia e Construção Ltda. e agravado o município de Papanduva:*

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, negar provimento ao agravo.

Custas na forma da lei.

de publicação da relação n. 020/2001 no Diário da Justiça.

Sustenta que foi juntada ao agravo cópia da certidão de intimação existente naqueles autos, e que esta se presta a comprovar a tempestividade do recurso, tendo em vista que informa a data da publicação da mencionada relação e que a outra certidão, que indica qual decisão constava da mencionada lista deve ser tida como peça facultativa.

Junta a este agravo seqüencial os documentos de fls. 82/98.

É o relatório.

## II — Voto

O agravo não merece acolhida.

É cediço que, ausente a peça obrigatória, não há margem para outra solução, a teor do disposto no artigo 525, I, do Código de Processo Civil, senão aquela adotada no decisório atacado.

Ora, tal norma tem como destinatário o próprio agravante, já que apenas a ele cabe instruir o agravo com as peças obrigatórias, não podendo o Tribunal, diante da nova sistemática, determinar a complementação do instrumento.

Assim, e tendo em vista que pelos documentos juntados ao agravo de instrumento não se pode auferir com certeza acerca da tempestividade do recurso, correta é a decisão de fl. 76, que lhe obstou seguimento com fulcro nos artigos 525, I, e 557 do Código de Processo Civil.

É que a certidão focalizada (fl. 6) é manifestamente insuficiente ao fim colimado no recurso, por versar unicamente acerca da data de publicação,

no Diário da Justiça do Estado de Santa Catarina, da relação n. 020/2001.

Eis o teor do aludido documento:

“Certifico que a intimação constante da relação n. 0020/2001 foi publicada no Diário da Justiça n. 10.762 do dia 9/8/2001, às fls. 84/87. Certifico, ainda, que o prazo, em conformidade com o Provimento n. 3/92, item 10.2, teve início em 15/8/2001, expirando em 20/8/2001. Do que dou fé. Papanduva, 10/8/2001. O Escrivão”.

Como já salientado no despacho negatório de seguimento do agravo, não era mesmo possível saber, pois, com a necessária segurança e certeza, se o decisório objurgado efetivamente constara ou não da mencionada relação, enviada à publicação na comarca de Papanduva.

Saliento, por necessário, não possuir o relator o dever de, em cada um dos inúmeros agravos de instrumento que lhe são distribuídos diariamente, buscar, na imprensa oficial, complementar as informações fornecidas pelo recorrente, no intuito de suprir as suas faltas ou lacunas.

Há que se anotar, outrossim, que com a protocolização do agravo opera-se preclusão consumativa, sendo vedada ao agravante a juntada posterior de documentos, como sucedeu, aliás, na hipótese enfocada.

Nesse mesmo sentido tem-se pronunciado este Tribunal por reiteradas vezes, pelo que, por amor à brevidade, cito apenas alguns dos precedentes: Agravo no Agravo de Instrumento n. 98.012101-9, de São José, rel. Des. Anselmo Cerello; Agravo no Agravo de Instrumento n. 00.004489-0, de São José, rel. Des. Solon d’Eça Neves; Agravo no Agravo

de Instrumento n. 99.020982-2, de Blumenau, rel. Des. Gaspar Rubik.

Isso posto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por unanimidade de votos, negou provimento ao agravo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos.

Florianópolis, 27 de setembro de 2001.

*Alcides Aguiar;*  
*Presidente com voto;*  
*Eládio Torret Rocha.*  
*Relator.*

## AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CPC) N. 01.018107-0, DE CRICIÚMA

**Relator: Des. Eládio Torret Rocha**

*Agravo sequencial do artigo 557, §1º, do CPC. Decisão que negou seguimento a agravo de instrumento, por intempestivo. Recurso protocolado a destempo. Não conhecimento.*

*Para a interposição do recurso a que se refere o § 1º do artigo 557 do CPC, não se aplica, na contagem do quinquídio, a regra procedimental prevista no item 10.2 do Provimento n. 3/92, da Corregedoria-Geral da Justiça, visto que o prazo tem curso no segundo grau de jurisdição.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo (art.557, § 1º, do CPC) n. 01.018107-0, da comarca de Criciúma, em que é agravante AB Plast Manufaturados Plásticos Ltda. e agravada Everson Lobo Franco e Cia. Ltda.:*

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, não conhecer do recurso, por intempestivo.

Custas na forma da lei.

### I — Relatório

AB Plast Manufaturados Plásticos Ltda. interpôs agravo (artigo 557,

§ 1º, do CPC) contra decisão deste Relator que negou seguimento ao agravo de instrumento, por intempestivo.

Alega, em síntese, que o agravo foi protocolizado tempestivamente, em 14/9/01, via fax, e que os originais foram remetidos dentro do prazo legal.

Requeru, por fim, o acolhimento do agravo e conseqüente prosseguimento do feito.

### II — Voto

Trata-se de agravo inominado, previsto no artigo 557, § 1º, do CPC, contra decisão que negou seguimento ao Agravo de Instrumento n. 01.018107-0.

Constato, todavia, em sede de juízo de admissibilidade, de acordo com a certidão de fl. 26, que o presente recurso foi protocolizado a des- tempo.

É que, segundo consta da certi- dão suso mencionada, a decisão agravada foi publicada no Diário da Justiça em 26/9/01 e o presente recur- so foi protocolizado apenas em 5/10/01, ou seja, quatro dias após o término do prazo fatal.

Anoto, por relevante, que — di- ferentemente do agravo de instrumen- to, o qual, ainda que protocolizado, na maior parte das vezes, diretamente no Tribunal de Justiça, é detonado contra interlocutório proferido no primeiro grau — o agravo previsto no art. 557, § 1º, do CPC, é oponível contra deci- são proferida por esta Corte, pelo que não se lhe aplica o disposto no item

10.2 do Provimento n. 3/92 da Corre- gedoria-Geral da Justiça, tanto mais porque é nesta Casa que flui o quinqü- dário para a interposição deste recurso.

Posto isso, não conheço do re- curso, por intempestivo.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por votação unânime, não co- nheceu do recurso, por intempestivo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jai- me Ramos.

Florianópolis, 11 de outubro de 2001.

*Alcides Aguiar,*  
*Presidente, com voto;*  
*Eládio Torret Rocha,*  
*Relator.*

## AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CPC) N. 01.020344-8, DE CRICIÚMA

**Relator: Des. Eládio Torret Rocha**

*Agravo seqüencial do § 1º do artigo 557 do CPC. Dívida da Fazenda Pública. INSS. Interregno entre a inscrição do precatório e o efetivo pagamento. Cabível a incidência de juros de mora e correção monetária. Entendimento jurisprudencial pacífico. Reclamo manifestamente infundado. Imposição de multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC. Recurso desprovido.*

*No cálculo dos débitos a cargo do INSS, além da correção monetária são devidos também juros de mora, contados no interregno compreendido entre a data de inscrição do precatório no orçamento e o seu efetivo pagamento.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo (art. 557, § 1º, do*

*CPC) n. 01.020344-8, da comarca de Criciúma, em que é agravante o*

*Instituto Nacional do Seguro Social — INSS e agravado Santelmo Silva de Carvalho:*

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

### I — Relatório

Trata-se de agravo seqüencial interposto contra decisão deste Relator que negou seguimento a agravo de instrumento com fundamento no art. 557, *caput*, do CPC.

Aduz, em síntese, o agravante não serem devidos juros de mora no período compreendido entre a data da inscrição da dívida em precatório e seu efetivo pagamento, discorrendo sobre a interpretação dos dispositivos constitucionais que regulamentam a matéria.

Argumenta, outrossim, quanto à impossibilidade de aplicação do IGP—DI, nos casos como o ora em exame.

### II — Voto

O recurso não merece acolhida.

É que se afigura pacífico no âmbito deste Tribunal, bem como dos tribunais superiores, a necessidade de reposição dos valores devidos em razão do atraso no pagamento das dívidas da Fazenda, consubstanciado no lapso temporal existente entre a expedição do precatório e a data do efetivo pagamento.

Dentre as decisões proferidas por esta Corte nesse sentido, destaco:

“Emissão de precatório. Juros moratórios. Aplicação até a data do efetivo pagamento. Possibilidade.

“A emissão do precatório não equivale à satisfação da obrigação, razão pela qual a autarquia permanece em mora até a data do efetivo pagamento. É admissível a aplicação dos juros moratórios neste interstício. Saliente-se que os juros moratórios não se revestem de caráter sancionatório, mas sim de reparação devida ao credor em razão do aviltamento de seu patrimônio. Em assim sendo resta evidente sua incidência até a data do efetivo cumprimento da obrigação” (Apelação Cível n. 98.016734-5, de Criciúma, relator Des. Carlos Prudêncio).

E, ainda:

“Embargos à execução. Precatório complementar. Incidência de juros moratórios e correção monetária sobre o débito remanescente. Possibilidade. Orientação jurisprudencial neste sentido. Recurso voluntário e reexame obrigatório conhecidos mas improvidos.

‘[...] 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está assentada na compreensão de que devem ser incluídos juros de mora na conta formadora do precatório complementar’ (AGA n. 305278/DF, rel. Min. José Delgado, DJU de 18/9/2000, pág. 115)” (Apelação Cível n. 00.002397-3, de Criciúma, rel. Des. Vanderlei Romer).

A jurisprudência já pacificada no colendo Superior Tribunal de Justiça é “no sentido de que no precatório complementar devem constar, além da correção monetária, os juros de mora devidos desde a data dos cálculos até a do efetivo pagamento” (REsp



n. 252.084/PR, rel. Min. Edson Vidigal, j. 24/10/00).

Com relação ao índice a ser aplicado em casos que tais, também é pacífico o entendimento de que, “Após a edição da Lei n. 8.213/91, o modo de cálculo dos reajustes previdenciários obedece aos critérios fixados no seu art. 41, II, aplicando-se o INPC, e posteriores índices, definidos nas leis subseqüentes (IRSM, IPC-r, IGP—DI)” (REsp n. 310367/RJ, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 7/11/01).

Nesse mesmo norte tem-se posicionado esta Corte de Justiça:

“No que tange aos índices de correção monetária, são adotados os parâmetros estabelecidos em decisão paradigmática em Apelação Cível n. 98.000028-9, de Videira, rel. Des. Vanderlei Romer, Segunda Câmara Civil, j. 27/4/99, que se transcreve parcialmente:

‘(...) No mais, também a pretensão da autarquia, no sentido de que a correção monetária incida apenas sobre as parcelas vencidas após o ajuizamento da ação, deve ser afastada, posto que ‘correção monetária incide nos termos da legislação aplicável, mesmo antes do ajuizamento da ação, uma vez que a própria norma é clara neste sentido. Assim, uma vez restabelecida a proporcionalidade de salários mínimos da data da concessão do benefício, deverá, a partir de 5/4/91, incidir o INPC — Índice Nacional de Preços ao Consumidor, nos termos do artigo 9º da Lei n. 8.542, de 23 de dezembro de 1992; a partir de 1º de março de 1994, os valores devem ser convertidos em URV, pelo valor em cruzeiros reais equivalentes em URV no dia 28 de fevereiro de 1994,

segundo dispõe o artigo 19, § 5º, da Medida Provisória n. 434, de 27/2/94, reeditada com os números de 454, de 29/3/94, e 482, de 28/4/94, e convertidas na Lei n. 8.880, de 27/5/94; a partir de 1º de julho de 1994, data da primeira emissão do real, deverá ser aplicado o IPC-r — Índice de Preços ao Consumidor, série r — nos termos do art. 20, § 6º, da Lei n. 8.880, de 27/5/94; a partir de 1º de julho de 1995, aplicação do INPC, nos termos do artigo 8º, § 3º, da Medida Provisória n. 1.053, de 30 de junho de 1995, convertida na Lei n. 9.528, de 10 de dezembro de 1997; a partir de 1º de maio de 1996, aplicação do IGP—DI — Índice Geral de Preços, Disponibilidade Interna — nos termos dos artigos 2º e 8º da Medida Provisória n. 1.415, de 29/4/96, mantido através do artigo 2º da Medida Provisória n. 1.463-22, 29/1/98’ (Ap. Cív. n. 98.012715-7)” (Ap. Cív. n. 00.009321-1, de Lauro Müller, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. 21/12/2000).

No mesmo sentido, por amor à brevidade, apenas registro as seguintes decisões: REsp n. 277.230/SP, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 2/8/2001; REsp n. 325.743/SP, rel. Min. Edson Vidigal, j. 2/8/2001; REsp n. 216.130/SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 7/11/2000; dentre outras.

Estas as razões pelas quais, em despacho monocrático, de plano, neguei seguimento ao agravo do INSS.

Finalmente, por ser o reclamo manifestamente infundado, aplico, ainda, ao agravante multa de 1% (um por cento) sobre o valor devido, na forma do art. 557, § 2º, do CPC, a ser pa-

go ao agravado, ficando a interposição de qualquer outro recurso desta decisão condicionada ao depósito prévio do respectivo valor.

Posto isso, pelo meu voto nego provimento ao recurso.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por votação unânime, negou provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos.

Florianópolis, 8 de novembro de 2001.

*Nilton Macedo Machado,*  
*Presidente, com voto;*  
*Eládio Torret Rocha,*  
*Relator.*

## **AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 01.018497-4, DE ITAPEMA** **Relator: Des. Nilton Macedo Machado**

*Recurso cível — Agravo de instrumento — Seguimento negado, por ser manifestamente improcedente -- Agravo inominado — Pretendida alteração da decisão -- Execução -- Título judicial — Banco executado — Nomeação de bem imóvel à penhora, sem prova da propriedade — Recusa pelo credor — Constrição sobre dinheiro — Alegação de impenhorabilidade — Inadmissibilidade — Nulidade da execução -- Matéria não decidida -- Não conhecimento — Recurso não provido.*

*O devedor, na nomeação de bens à penhora, além de obedecer à gradação legal prevista no art. 655 do CPC, deve comprovar a propriedade do bem que ofertar; desatendendo-a, torna-se ineficaz a nomeação e devolve-se ao credor o direito à indicação.*

*Não é recomendável a penhora de bem imóvel, de elevado valor e difícil comercialização, quando há possibilidade de a constrição recair em dinheiro no quantum possível à satisfação do crédito.*

*Um banco, como empresa que intermedeia crédito por meio de operações típicas envolvendo não só os que dão o dinheiro e aqueles que o recebem, utiliza recursos próprios e de terceiros, aqueles obtidos do lucro e estes por meio de depósitos e aplicações em função da confiança do público.*

*Na execução movida contra banco pode ser penhorado dinheiro encontrado no estabelecimento, porquanto a impenhorabilidade*

*prevista no art. 68 da Lei n. 9.069/95 refere-se apenas e tão-somente aos valores repassados ao Banco Central e contabilizados na conta Reservas Bancárias.*

*Em agravo de instrumento, limitado à matéria impugnada, não se conhece de alegação de nulidade da execução quando tal tema não foi suscitado nem decidido em primeiro grau e não se trata de matéria conhecível de ofício.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo no Agravo de Instrumento n.01.018497-4, da comarca da Itapema, em que é agravante o Banco do Brasil S.A. e agravados Airton Justino da Silva, Adalberto de Souza e Incorporadora e Imobiliária Andorinha Ltda.:*

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas legais.

O Banco do Brasil S.A. interpôs o agravo inominado (também conhecido como agravinho, interno ou seqüencial) previsto no art. 557, § 1º, do CPC, contra decisão monocrática do Relator que negou seguimento a agravo de instrumento, por ser manifestamente improcedente, objetivando sua alteração, sob o argumento de ser nula a execução pois que a sentença deveria ter sido inicialmente liquidada para depois ser executada.

Sustenta que o título executado não se apresenta revestido dos requisitos de liquidez e exigibilidade, uma vez que calculados em total desacordo com o que restou decidido na sentença em execução, pelo que requer o reconhecimento da nulidade da execução, a qual deve ser conhecida inclusive de ofício e em qualquer grau

de jurisdição. Por fim, pugna pelo provimento do recurso, para que as matérias apresentadas por agravo de instrumento sejam desde já apreciadas, pois que não são adstritas a embargos à execução, por meio de recurso.

É o relatório.

1. Antes de adentrarmos na questão nodal, é necessário que se façam algumas considerações acerca da atividade exercida pelo agravante.

Segundo Sérgio Carlos Covello, “podemos conceituar o Banco como empresa que tem por finalidade principal a intermediação do crédito por meio de operações típicas que envolvem aqueles que dão o dinheiro e aqueles que o recebem” (Contratos Bancários, Saraiva, 1981, pág. 3).

E acrescenta o mestre:

“No conceito encontram-se três elementos básicos: a mediação ou interposição no crédito, a pluralidade dos atos interponentes e o exercício profissional.

“O Banco realiza a interposição por meio de dois atos que constituem, segundo Greco, o binômio bancário: dão a crédito o que recebem a crédito, configurando contratos peculiares como o empréstimo (e seus assemelhados — abertura de crédito, antecipação, desconto) e o depósito.

“A pluralidade de atos é da essência da atividade bancária: não basta a intermediação; é preciso que esta atue em certo modo para caracterizar o comércio do Banco: uma intermediação isolada não teria sentido como operação bancária, porque a empresa bancária pressupõe atividade em massa. Nesta ordem de idéias, não seria banqueiro alguém que tomasse por empréstimo, dinheiro de outrem e o colocasse por empréstimo, ou o aplicasse no desconto de letras, porque nesse caso faltaria a pluralidade ou multiplicidade de atos.

“A profissionalidade é outro traço necessário para caracterizar o Banco, pois este é empresa especializada no comércio do crédito e como tal auferir lucros das operações que realiza” (*op. cit.*, págs. 3/4).

Quanto à atividade bancária (operações bancárias), Covello esclarece que elas “envolvem sempre dinheiro, visto que têm por objeto o crédito. É o dinheiro que recebem a crédito que os Bancos dão igualmente a crédito. As operações de Banco manifestam-se como operações em massa, isto é, que se realizam em grande escala, de maneira homogênea. Não se concebe a prática de uma operação isolada, pois o Banco, para sobreviver, precisa levar a cabo grande quantidade de operações; precisa receber inúmeros depósitos e conceder vários empréstimos, realizar vários descontos, conceder várias aberturas de crédito. É, justamente, desta massividade que surge o lucro na intermediação do crédito” (*op. cit.*, pág. 27).

Valiosa a lição de Arnaldo Rizardo:

“O banco promove a industrialização do crédito, o favorecimento da circulação de riquezas e enseja as condições de consolidação das poupanças individuais. Tem a função monetária enquanto órgão de pagamento e crédito, ou quando age como órgão de investimento — funções que se entrelaçam e se completam.

“No tocante à atividade creditícia, age com recursos próprios e de terceiros, corporificados os últimos através de depósitos e conseguidos em função da confiança do público.

“Promove, ainda, o banco a coleta das poupanças individuais e transforma-as em recursos de giro. Sua atividade alimenta-se dos depósitos do público, que representam fundos líquidos e considerados primários. A soma dos depósitos constitui a massa dos recursos disponíveis.

“O banqueiro dispõe dos valores depositados mediante remuneração ao depositante” (Contratos de Crédito Bancário, 3ª ed., RT, 1997, págs. 15/16).

Como se percebe, o principal “produto” fornecido pelas instituições financeiras a seus clientes é justamente o crédito, ou seja, um determinado valor em dinheiro, sendo que o meio comumente utilizado para a sua captação, no mercado, são os contratos de depósitos; o capital investido pelo banco quase nunca pertence somente à própria empresa, mas sim a terceiros.

E se é permitido à instituição financeira investir os valores depositados por seus clientes, não há negar que esse numerário, que compõe o ativo circulante do banco, responda pelas obrigações por ele contraídas.

O banco agravante sustenta também a impenhorabilidade do dinheiro porque incidiria o disposto no art. 68 da Lei n. 9.069/95, assim vazado:

“Os depósitos das instituições financeiras mantidos no Banco Central do Brasil e contabilizados na conta Reservas Bancárias são impenhoráveis e não responderão por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, contraída por essas instituições ou quaisquer outras a elas ligadas”.

Ora, a impenhorabilidade prevista no artigo suso transcrito refere-se apenas aos valores que são repassados ao Bacen (instituição que fica como depositária do numerário) e que constituem uma reserva de capital contra eventuais crises no mercado financeiro (como a que atualmente vivenciamos desde outubro de 1997); mas o mesmo benefício — plenamente justificável — não pode ser estendido ao *quantum* que fica efetivamente depositado nas agências do agravante, a ponto de lesar os interesses dos credores da instituição financeira.

2. Por outro lado, soa estranha a alegação do agravante, instituição financeira de porte e grande vulto nacional, de que não possui numerário suficiente para a quitação do débito... e os produtos da intermediação e da atividade creditícia? Ora...

Como visto, a gradação legal prevista no art. 655 do CPC restou realmente violada quando o agravante nomeou à penhora um bem imóvel dito de sua propriedade, sem comprová-la, enquanto possuía condições de ofertar o *quantum debeat* em espécie (não fez prova de que não seja ti-

tular de recursos próprios em moeda corrente).

Desatendida a ordem legal e a obrigação de provar a propriedade, o agravante deu azo à devolução aos credores do direito de indicar bens livres à penhora.

Vale citar:

“Penhora — Gradação de bens — Nomeação que deve atender ao art. 655 do CPC.

“O objetivo da gradação estabelecida no art. 655 do CPC é realizar o pagamento de forma mais fácil e rápida. Assim, havendo bens de primeira classe — como por exemplo, no caso dos autos, dinheiro —, deverá a penhora recair primeiramente sobre ele, para só em falta destes nos da classe subsequente” (RT 737/416).

Alexandre de Paula colaciona da jurisprudência:

“O desatendimento pelo devedor, na nomeação de bens, da gradação legal — art. 655 do CPC — importa na ineficácia da providência — art. 656, I, CPC — máxime quando há nos autos justificável recusa por parte do credor (Ac. unân. da 4ª T. do STJ de 26/9/89, no REsp n. 552/RJ, rel. Min. Bueno de Souza; RSTJ 5/522)” (*in* Código de Processo Civil Anotado, vol. III, 6ª ed., RT, 1994, pág. 296).

Este julgado também merece transcrição:

“Penhora — Nomeação de bens — Obediência à ordem legal — Existência de bens de uma espécie, inválida nomeação de outros incluídos na classe posterior da ordem estabelecida em lei — Devedor não tem direito potestativo de escolha dos bens

que devam ser indicados para garantia da execução” (RT 725/316).

Neste Tribunal já se decidiu:

“Incumbe ao devedor, dentro do prazo que lhe assina a lei, fazer nomeação dos seus bens à penhora, observada a ordem legal; desobedecida esta, torna-se ineficaz e este direito passa a ser exercido pelo credor” (JC 43/317).

3. De outro lado, não há falar neste recurso de agravo de instrumento em nulidade da ação de execução, por ausência de liquidez e exigibilidade do título, porque é sabido que, salvo matéria conhecível de ofício, o âmbito do agravo de instrumento é delimitado pela devolução recorrida, vale dizer, a partir da decisão atacada e esta, como está à fl. 14 destes autos (ou fl. 56 do original) apenas decidiu o incidente pertinente à penhora: “Razão assiste ao credor. Devolvo ao mesmo o direito à nomeação, devendo ser obedecida a ordem legal. Penhore-se o valor da dívida”.

Além disso, a execução está fundada em título judicial, instruída com memória discriminada e atualizada do cálculo, já que a determinação do valor da condenação depende de mero cálculo aritmético, observadas as restrições impostas na sentença exequenda, na forma do que dispõe o art. 604 do CPC, cujas inexatidões devem ser atacadas por meio de embargos do devedor, já que depende de liquidação apenas a sentença que contenha condenação genérica (CPC, art. 586, § 1º), o que não é, repita-se, o caso dos autos.

Daí não se depreende qualquer ofensa ao disposto no art. 5º, LV, da Constituição Federal, pois que o devido processo legal está garantido no

cumprimento do rito previsto para a ação de execução, dentre ele a correta observância da ordem de nomeação de bem à penhora, do qual o contraditório é decorrência, assegurando-se os embargos ao devedor, em o qual se oportuniza à parte discordante os questionamentos possíveis sobre os valores apresentados à execução, bem como os índices aplicados na apuração do valor da condenação.

Registre-se que a oposição de embargos impede o levantamento do *quantum* penhorado.

4. Por fim, deve-se lembrar que o processo de execução, embora se desenvolva de modo menos gravoso ao devedor (CPC, art. 620), é pautado tendo em vista o interesse do credor (CPC, art. 612), que busca tão-somente a satisfação de seu crédito (e em se tratando de execução de sentença, vale dizer, título executivo judicial, não cabe aqui discutir se foi justa ou não a condenação do executado), motivo pelo qual deverá ser a mais eficaz possível (se há dinheiro, porque penhorar um imóvel?).

Aliás, já se decidiu nesta Casa:

“A execução, processando-se no interesse do credor e do menos gravoso ao devedor, deve também ser eficaz; assim não é recomendável a penhora de bem de elevado valor para garantir pequena dívida, quando há possibilidade de recair sobre outro de mais fácil comercialização” (AI n. 98.008810-0, de Curitiba, da lavra deste Relator, j. 20/10/98).

Ou então:

“Processual. Execução. Penhora. Nomeação. Impugnação. Devolução do direito ao credor. Bem superavaliado, não se lhe indicando o estado



de conservação. Difícil comercialização. Ineficácia da nomeação decretada. Inteligência dos arts. 655, § 1º, II, e 656, do CPC.

“Justifica-se a recusa do credor quando nomeia à penhora de equipamentos industriais instalados, superavaliados, que se revelem de difícil alienação e remoção, existindo outros a ensejar execução mais eficaz” (AI n. 96.011198-0, de Blumenau, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 10/4/97).

5. Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Eládio Torret Rocha e Jaime Ramos.

Florianópolis, 25 de outubro de 2001.

*Alcides Aguiar,*  
*Presidente;*

*Nilton Macedo Machado,*  
*Relator.*

## **AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 01.020026-0, DE SÃO BENTO DO SUL**

**Relator: Des. Nilton Macedo Machado**

*Recurso cível — Agravo de instrumento — Seguimento negado, por ser intempestivo — Agravo inominado (CPC, art. 557, § 1º) — Prazo recursal — Contagem a partir da juntada do AR referente à carta citatória — Pretendida contagem segundo informações contidas no SAJ — Mero instrumento de comunicação dos atos processuais — Intempestividade — Recurso não provido.*

*As informações da movimentação do processo contidas no Sistema de Automação do Judiciário — SAJ — não produzem efeito de citação ou intimação para início da contagem de prazo processual, tendo em vista que não se prestam a substituir as formas previstas em lei para tal fim.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo no Agravo de Instrumento n.01.020026-0, da comarca de São Bento do Sul (1ª Vara), em que é agravante General Electric do Brasil Ltda., e agravados Fabiano André de Sá e Célia Zanin da Rosa:*

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas legais.

A General Electric do Brasil Ltda. interpôs agravo inominado, na forma do art. 557, § 1º, do CPC, contra decisão monocrática do Relator que

negou seguimento a agravo de instrumento, por ser intempestivo.

Sustenta que houve má atualização das informações do Sistema de Automação do Judiciário — SAJ, pois que acompanhou a juntada do aviso de recebimento da carta de citação enviada pelo correio pelos dados lançados no *site* da *internet*, na forma do que permite o Provimento n. 77/98, da Corregedoria-Geral da Justiça — art. 1º, o qual traz como objetivo “proporcionar aos usuários do sistema, mormente os situados em comarcas e, a exemplo do presente feito, Estados distantes, a possibilidade de acompanhamento processual, via *internet*, que, efetivamente, corresponde ao *status quo* processual corrente, sob pena de inviabilidade do próprio sistema e de insegurança nas relações jurídicas processuais havidas” (fl. 238), não podendo ser penalizada com o não recebimento do recurso, por ser considerado intempestivo.

É o relatório.

1. O recurso é conhecido porque próprio e tempestivo, mas não merece provimento.

Consoante se destacou nas razões desencadeadoras da decisão monocrática agravada, a informação contida no *site* da *internet* “não é mecanismo oficial de comunicação de atos processuais, mas instrumento de auxílio aos operadores jurídicos em seu mister”, tendo em vista que, devido ao grande acúmulo de serviço nos cartórios judiciários, não é possível efetuar-se a atualização diária da movimentação dos processos em trâmite nos Fóruns, motivo pelo qual não há pretender seja tal informação válida como início de contagem de prazo

processual, sob pena de substituir as formas previstas em lei.

Nesse sentido, já se decidiu nesta Corte:

“Embargos à execução — Rejeição liminar — Decurso do decêndio legal — Atraso no lançamento no SAJ-PG de informações atinentes às movimentações no processo de execução — Irrelevância — Desproviamento.

“O Sistema de Automação do Judiciário de primeiro grau (SAJ-PG) não é mecanismo oficial de comunicação de atos processuais, mas instrumento de auxílio aos operadores jurídicos em seu mister.

‘O emprego do recurso de apelação, ainda que com fundamentos discutíveis ou improcedentes, não caracteriza, por si só, litigância de má-fé’ (STJ, REsp n. 51.707-9)” (Apelação Cível n. 99.021955-0, de Araranguá, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

Ou ainda:

“Agravo de instrumento — Decisão que investe contra despacho de juiz que renovou prazo para oferecimento da contestação — Preclusão operada — Acatamento da preliminar de intempestividade do recurso aventada em sede de outro agravo de instrumento havido entre as mesmas partes — Agravo provido.

“Para efeitos legais, a intimação publicada no Diário da Justiça é que é válida. As informações prestadas pelo sistema de computação da Corte são meros subsídios aos advogados, não tendo a finalidade de se substituírem às formas previstas na lei.

“Para fluir o prazo, não é necessária a intimação de que o mandado

ou a carta, precatória ou rogatória, foram juntos aos autos (RTFR 159/73; JTA 88/264; RTAMG 20/151)” (Agravado de Instrumento n. 99.010738-8, de Biguaçu, rel. Des. Anselmo Cerello).

Assim, sendo válida, porque preencheu todos os requisitos legais, a citação por carta com aviso de recebimento, cujo prazo recursal tem início no dia útil imediato após a juntada do respectivo AR, não será possível a contagem do prazo a partir do conhecimento da informação contida no Sistema de Automação do Judiciário — SAJ, até porque não se pode aferir quando o advogado da causa teve acesso a tal registro, ressaltando-se, inclusive, que nem todos os causídicos dispõem de microcomputador; entendimento contrário estaria transformando prazos peremptórios (processuais) em dilatatórios, sem data fixa, a atender aos interesses individuais de cada parte; seria o caos.

A parte, tendo recebido a missiva citatória e sabendo da agilidade dos serviços da EBCT, deveria diligenciar logo a apresentação de sua resposta e eventual recurso; em pro-

cedendo no aguardo de informação sobre movimentação documental, correu risco calculado: de constatar que houve demora na informação acerca da data da juntada do AR, não obstante o Provimento n. 77/98 (que não tem força de arrear a regra contida no CPC) recomende atualização “se possível diariamente”.

Não há, pois, qualquer reparação a ser feita à decisão monocrática agravada.

2. Diante do exposto, conheceu-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

Presidiu o julgamento, o Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Eládio Torret Rocha e Jaime Ramos.

Florianópolis, 1º de novembro de 2001.

*Alberto Costa,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Nilton Macedo Machado,*  
*Relator.*

## **AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 01.020501-7, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Nilton Macedo Machado**

*Recurso cível — Agravo de instrumento — Seguimento negado — Agravo inominado — Existência de relação jurídica entre as partes — Pretendido reconhecimento da ausência de interesse de agir — Condição da ação presente — Carência da ação afastada dentro dos limites da lide — Recurso não provido.*

*“O interesse de agir, como condição da ação, não está jungido apenas à utilidade do processo, mas também à sua necessidade, como meio de obter-se proteção ao direito subjetivo por intermédio*

*da tutela jurisdicional” (Des. Eder Graf), pois, embora tendo o Estado o interesse no exercício da jurisdição, “não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso pois, sob esse prisma, que em cada caso concreto a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada” (Ada Pellegrini Grinover).*

*Ipo facto, somenIte será carecedor da ação, por ausência de interesse de agir, o autor que não demonstrar relação jurídica com a parte ex adversa.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo no Agravo de Instrumento n. 01.020501-7, da comarca da Capital (1ª Vara), em que é agravante Wendy Rocio Bottitano Calderon, e agravado Oscar Alfredo Gutierrez:*

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas legais.

Wendy Rocio Bottitano Calderon interpôs agravo inominado, na forma do art. 557, § 1º, do CPC, contra decisão monocrática do Relator que negou seguimento a agravo de instrumento, por ser manifestamente improcedente.

Sustenta que não questionou a falta de interesse de agir pela inexistência de relação jurídica entre as partes, a qual foi reconhecida, mas por ter o agravado proposto ação antes mesmo do início do prazo do contrato, do qual advém a carência da ação, em face da ausência de lesão a bem jurídico; reputa como artimanhas as iniciativas do agravado, pois recebeu notificação extrajudicial para devolver as chaves do imóvel ao agravado 2 (dois) dias depois da propositura da

ação e 3 (três) dias antes da data prevista para o início da locação.

Aduz que o Relator extrapolou os limites da lide, ao afirmar que, “em virtude de irregularidades na reforma, não permitiu a entrada do agravado no imóvel”, já que tal fato não condiz com a verdade.

Por fim, requer a reforma da decisão para dar regular prosseguimento ao agravo de instrumento.

É o relatório.

1. O recurso é conhecido, mas não merece provimento, porquanto o Relator, ao afirmar que o agravante não permitiu a entrada do agravado no imóvel locado “em virtude de irregularidades na reforma”, ateu-se apenas aos termos do próprio contrato de locação comercial que prevê, na sua cláusula sexta, que “o contrato tem seu início em 1º de outubro de 2001, entretanto, o imóvel já foi entregue ao locatário nesta data, uma vez que fará as reformas para a implantação do comércio, sendo que este período até 30 de setembro de 2001 será considerado como bonificação para benfeitorias”, daí resultar logo evidente o interesse de agir, quer seja pela existência da relação jurídica entre as partes, quer pela previsão contratual

de entrega das chaves antes do início do prazo de locação.

Ora, se evidenciado que foi despropositado o manejo de ação judicial antes do início do prazo da locação, sem qualquer previsão para entrega das chaves antes do início do curso deste período, o autor careceria da ação por ausência de interesse de agir, em virtude de inexistência de relação jurídica; logo, havendo relação jurídica, inclusive admitida por ambas as partes, o agravado tem interesse de agir e o recurso de agravo de instrumento é mesmo manifestamente improcedente.

Segundo Moacyr Amaral Santos, “o direito de agir, direito de ação, já o dissemos, é distinto do direito material a que visa tutelar. A ação se propõe a obter uma providência jurisdicional quanto a uma pretensão e, pois, quanto a um bem jurídico pretendido pelo autor. Há, assim, na ação, como seu objeto, um interesse de direito substancial consistente no bem jurídico, material ou incorpóreo, pretendido pelo autor. Chamamo-lo de interesse primário.

“Mas há um interesse outro, que move a ação. É o interesse em obter uma providência jurisdicional quanto àquele interesse. Por outras palavras, há o interesse de agir, de reclamar a atividade jurisdicional do Estado, para que este tutele o interesse primário, que de outra forma não seria protegido. Por isso mesmo o interesse de agir se confunde, de ordinário, com a necessidade de se obter o interesse primário ou direito material pelos órgãos jurisdicionais.

“Diz-se, pois, que o interesse de agir é um interesse secundário,

instrumental, subsidiário, de natureza processual, consistente no interesse ou necessidade de obter uma providência jurisdicional quanto ao interesse substancial contido na pretensão.

“Basta considerar que o exercício do direito de ação, para ser legítimo, pressupõe um conflito de interesses, uma lide, cuja composição se solicita do Estado. Sem que ocorra a lide, o que importa numa pretensão resistida, não há lugar à invocação da atividade jurisdicional. O que move a ação é o interesse na composição da lide (interesse de agir), não o interesse em lide (interesse substancial).

“Expresso é o Código de Processo Civil, cujo art. 3º dispõe: ‘Para propor ou contestar a ação é necessário ter interesse e legitimidade’” (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 1º vol., SP: Saraiva, 1997, págs. 170/171).

Com bastante acerto, a professora Ada Pellegrini Grinover leciona que “tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada” (Teoria Geral do Processo, 10ª ed., Malheiros, 1994, pág. 256).

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery esclarecem:

“Trata-se do interesse processual, condição da ação, e não do interesse de direito material, que respeita ao mérito (Arruda Alvim, *Trat.*, I, 323). O interesse processual se consubs-

tância na necessidade de o autor vir a juízo e na utilidade que o provimento jurisdicional poderá lhe proporcionar” (Código de Processo Civil Comentado, 3ª ed., SP: RT, 1997, pág. 249).

Com muita propriedade, Celso Agrícola Barbi resume que “o interesse de agir é a necessidade do uso da via judicial, ou a utilidade que disto advém” (Comentários ao Código de Processo Civil, 6ª ed., Forense, 1991, vol. I, pág. 23).

Alexandre de Paula traz a lume:

“O interesse de agir funda-se na premissa da necessidade e da adequação da prestação jurisdicional. A parte necessita de tutela jurisdicional sempre que o obrigado se nega a satisfazer a obrigação. E adequada mostra-se a prestação jurisdicional, ocorrente a relação entre a situação posta pelo autor e o provimento jurisdicional do pedido (Ac. unân. da 5ª Câm. do TJRS de 9/8/88, na Apelação n. 588033605, rel. Des. Lio Cesar Schmitt; RJTJRS, 133/386)” (Código de Processo Civil anotado, 5ª ed., 2ª tir., RT, 1993, pág. 30).

Assim, diante da possibilidade de manejo de ação judicial para dar cumprimento ao pacto bilateral firmado entre as partes, não há falar em reforma da decisão monocrática que negou seguimento ao agravo de instrumento interposto contra concessão antecipada dos efeitos da tutela de mérito pretendida em “ação de obriga-

ção de fazer c/c imissão de posse c/c perdas e danos”.

2. Não fosse isso, a decisão não excedeu os limites da lide, tendo em vista que, embora o agravante pretendesse o reconhecimento da carência da ação por falta de interesse de agir em virtude da propositura da ação antes do prazo inicial do contrato, “o interesse de agir, como condição da ação, não está jungido apenas à utilidade do processo, mas também à sua necessidade, como meio de obter-se proteção ao direito subjetivo por intermédio da tutela jurisdicional” (Apelação Cível n. 98.008691-4, de Chapecó, rel. o saudoso Des. Eder Graf).

3. Diante do exposto, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento, advertindo ao agravante que o processo não lhe pertence, daí por que não são admitidos os destaques que procedeu à fl. 4, item 7.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Eládio Torret Rocha e Jaime Ramos.

Florianópolis, 1º de novembro de 2001.

*Alberto Costa,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Nilton Macedo Machado,*  
*Relator.*

## **AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 01.020926-8, DE BOM RETIRO**

**Relator: Des. Jaime Ramos**

*Agravo (CPC, art. 557, § 1º) — Despacho que nega seguimento a agravo de instrumento por ausência da certidão de intimação da*



*decisão agravada — Ônus do agravante.*

*Ao agravante compete instruir o agravo com todas as peças obrigatórias (art. 525, I, do CPC), e a ausência da certidão de intimação da decisão agravada, ou da inexistência do ato intimatório, conduz à negativa de seguimento do recurso por falta de um dos pressupostos de admissibilidade.*

*Agravo do art. 557, § 1º, do CPC — Recorte contendo transcrição da decisão recorrida e com anotações manuscritas sobre o número do Diário da Justiça, data e página — Insuficiência como prova da tempestividade do recurso — Agravo não provido.*

*Recorte contendo a transcrição da decisão hostilizada com anotações manuscritas sobre o número do Diário da Justiça, data e página, não é documento idôneo para comprovar a tempestividade do recurso e muito menos para substituir a certidão exigida pelo art. 525, I, do CPC, pouco importando tenha sido providenciado pelo agravante ou por empresa privada de prestação de serviços.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Agravo de Instrumento n. 01.020926-8, da comarca de Bom Retiro, em que é agravante Isaias João Borges Ribeiro, sendo agravada Herundina Ferreira Ribeiro:*

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, negar provimento ao agravo.

Custas na forma da lei.

### **I — Relatório**

Isaias João Borges Ribeiro interpôs agravo de instrumento da decisão do Juízo *a quo*, que, na ação declaratória de nulidade de partilha que move contra Herundina Ferreira Ribeiro, indeferiu pedido de assistência judiciária gratuita e, em consequência, julgou deserto o recurso de apelação.

O Desembargador Relator ao proferir o despacho preliminar negou seguimento ao agravo, por considerá-lo manifestamente inadmissível, em razão da ausência de peça obrigatória, qual seja, a juntada da certidão de intimação do representante do agravante, sobre a decisão agravada, não servindo como prova da respectiva intimação, por não poder substituir a certidão exigida pelo art. 525, I, do CPC a juntada de recorte contendo a transcrição da decisão recorrida, com anotações manuscritas sobre o número do Diário da Justiça, data e página.

Inconformado com o referido despacho, o agravante manejou recurso previsto no § 1º do art. 557 do Código de Processo Civil, alegando que a jurisprudência vem se firmando no sentido de que a certidão de intimação é prescindível nos casos em que a tempestividade do recurso for evidente; que juntou a página do Diá-

rio da Justiça constando a intimação sobre a decisão recorrida, o que comprova a tempestividade do recurso, por isso não há razão para negar-se seguimento ao agravo de instrumento; que a jurisprudência admite que a página do Diário Oficial juntada aos autos é meio hábil para comprovar a intimação do agravante e apurar-se a tempestividade do reclamo; que a alegação hipotética de ocorrência de fraude ou erro nas anotações referentes à transcrição da decisão agravada, que pudessem mascarar o pressuposto da tempestividade, é totalmente descabida, porque o recorte foi emitido pela própria Imprensa Oficial contratada, como também se verifica da certidão da respectiva intimação dos advogados expedida pela agente habilitada, que ora junta.

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 à súmula ou à jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, cabe o agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, daí por que conheço do recurso.

Todavia, o inconformismo não merece ser acolhido, porque o agravante realmente não providenciou, como lhe competia, a juntada da certidão de sua intimação sobre a decisão agravada ou de que ela ainda não havia ocorrido, para fornecer ao Relator elementos indispensáveis e seguros à

verificação da tempestividade do recurso.

“É o próprio agravante quem instrui a petição do agravo, não mais havendo a indicação de peças para traslado, prevista no ab-rogado art. 523, III (...). Acompanham a petição do agravo, obrigatoriamente, sob pena de não ser ele conhecido (ou melhor de não ser ele admitido), cópia da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação (*ou certidão de que ela ainda não ocorreu*) e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado” (Sérgio Bermudes, Reforma do Código de Processo Civil, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 88 — destaques ora apostos).

A respeito já se decidiu:

“Na hipótese de a peça obrigatória não constar dos autos principais, cumpre ao agravante a ‘prova’ respectiva, mediante a competente certidão cartorária” (STJ, AgRg no AI n. 114.941/PA, Min. César Asfor Rocha, DJU de 3/3/97, pág. 4.666).

Embora exista orientação jurisprudencial no sentido de que a tempestividade do recurso possa ser comprovada com a juntada da página do Diário Oficial na qual tenha sido publicada a decisão recorrida, a alegação do agravante nesse sentido (de que juntou a página do Diário da Justiça) não merece prosperar, porque na verdade juntou apenas um recorte contendo a transcrição da decisão agravada e anotações manuscritas, fazendo referência ao número do exemplar oficial, data e página, não se podendo admiti-lo como meio idôneo e muito menos como substituto da certidão de intimação exigida pelo art.

525, I, do Código de Processo Civil, sendo irrelevante que tenha sido providenciado pelo próprio agravante ou por empresa privada que presta serviço aos advogados, porque não possuem fé pública.

Nesse sentido:

“Agravado do § 1º do art. 557 — Negativa de seguimento — Falta de certidão de intimação — Peça obrigatória — Documentos juntados com a finalidade de suprir tal omissão — Informações prestadas por empresa privada e extraídas do sistema de automação do Poder Judiciário (SAJ) — Inábil a primeira e quando se revela apta para comprovação da tempestividade — Recurso provido.

“Documento organizado por empresa privada que embora consigne o número do Diário de Justiça, a página e o dia da publicação (dados estes preenchidos pela própria empresa), e, logo abaixo, a fotocópia do teor publicado, não é hábil a comprovar a tempestividade recursal em substituição à certidão de intimação expedida pelo cartório” (AI n. 01.005927-4, de Joaçaba, rel. Des. Alcides Aguiar). No mesmo sentido: AI ns. 00.017338-0, rel. Des. Ruy Pedro Schneider; 97.001666-2 e 99.009059-0, rel. Des. Gaspar Rubik; AAI n. 98.013545-1, rel. Des. Silveira Lenzi.

Do Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo:

“Recurso — Pressupostos de admissibilidade — Agravado de instrumento instruído com cópia da tira fornecida pela Associação dos Advogados de São Paulo, sem a devida certidão da intimação — Inadmissibilidade em face da idoneidade efetiva

do recorte não demonstrada — Inobservância do art. 525, I, do CPC, com nova redação dada pela Lei n. 9.139, de 1995...” (in JTACivSP 162/75).

É bem verdade que, se se puder aferir a tempestividade do recurso por outro meio idôneo, como na hipótese em que entre a data da prolação da decisão recorrida e a da interposição do agravo de instrumento não houver transcorrido o prazo decenal, a exigência contida no inciso I do art. 525 do Código de Processo Civil será abrandada porque, nesse caso, a certidão de intimação sobre a decisão agravada é dispensável, o que não ocorre com a hipótese aqui discutida, haja vista que a decisão hostilizada foi proferida no dia 11/9/01 (terça-feira), e o agravo somente foi interposto no dia 22/10/01 (segunda-feira).

O art. 525 do Código de Processo Civil estabelece quais as peças do processo em que foi proferida a decisão agravada, que o agravante deve juntar no agravo de instrumento. *Verbis*:

“Art. 525. A petição de agravo de instrumento será instruída:

“I — obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, *da certidão da respectiva intimação* e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado;

“II — facultativamente, com outras peças que o agravante entender úteis”.

Portanto, como se vê, é *obrigatória* e não apenas facultativa a junta da, no agravo de instrumento, da certidão de intimação sobre a decisão agravada, não sendo suficiente para a comprovação da tempestividade a junta da de recorte com a transcrição

da decisão agravada, no qual foram feitas anotações manuscritas, fazendo alusão ao número do exemplar do Diário da Justiça, data e página.

A partir do advento da Lei n. 9.139/95, que promoveu alterações na legislação processual civil em relação ao recurso ora em exame, é ônus do agravante, quando da interposição do agravo, instruí-lo com todas as peças obrigatórias, dentre as quais a *certidão da respectiva intimação ou da inexistência do ato intimatório*, e, se assim não o fizer, é impossível dar seguimento ao recurso, uma vez que se encontra ausente um de seus pressupostos específicos de admissibilidade, expressamente exigidos no art. 525, inciso I, do Código de Processo Civil, já que não é possível aferir-se a tempestividade.

Não se permite mais a realização de diligência para a juntada de qualquer das peças obrigatórias, nem se autoriza a anexação posterior à interposição, consoante a recomendação jurisprudencial desta Corte:

“Agravado de instrumento — Ausência de peça instrutória obrigatória — Seguimento negado — Juntada posterior — Inadmissibilidade.

“A instrução documental no 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 à correta formação do instrumento.

“A ausência de peça obrigatória (CPC, art. 525, I), quando da protocolização, acarreta inexoravelmente a negativa de seguimento do recurso, porquanto é *inadmissível a sua juntada posterior*” (AAI n. 99.005528-0, da Capital, j. em 4/5/99, 3ª Câm. Civ., rel.

Des. Eder Graf — o negrito não é do original).

Nesse caso, o art. 557, *caput*, do supracitado Estatuto Processual, autoriza o Relator, em decisão monocrática, a negar seguimento ao recurso, por ser manifestamente inadmissível, 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 preencham os requisitos legais.

As Câmaras, aliás, sequer conhecem do agravo malformado:

“Agravado de instrumento. Ausência de certidão de intimação da decisão agravada. Peça obrigatória. Art. 525, I, do Código de Processo Civil. Não conhecimento do recurso.

“Ausente a certidão de intimação da decisão agravada, peça obrigatória, à luz do preceituado no art. 525, I, do CPC, e necessária à aferição da tempestividade, não se conhece do agravo” (AI n. 99.004159-0, de Itajaí, rel. Des. Sérgio Paladino).

Ou ainda:

“Agravado ao agravo de instrumento. Negativa de seguimento ao recurso por falta de documento essencial. Pedido de relevação da irregularidade, em sede de agravo. Desprovimento.

“Segundo a nova sistemática do agravo de instrumento adotada pelo *Codex* instrumental, compete ao recorrente instruir corretamente o recurso.

“Assim, faltando uma das peças obrigatórias, o agravo não poderá

ser conhecido por não preencher o pressuposto de admissibilidade da regularidade formal, ainda que relevante o fundamento da irresignação" (Agravado no Agravo de Instrumento n. 97.009269-5, de Timbó, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, DJ de 7/10/97).

À vista do exposto, nego provimento a este agravo.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara negou provimento ao agravo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Eládio Torret Rocha.

Florianópolis, 22 de novembro de 2001.

*Alcides Aguiar,*  
*Presidente com voto;*  
*Jaime Ramos,*  
*Relator.*

## AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 01.021384-2, DE ITAJAÍ

**Relator: Des. Jaime Ramos**

*Agravo do art. 557, § 1º, do CPC — Despacho que nega seguimento a agravo de instrumento — Procuração pública com prazo de vigência expirado — Inexistência de poderes de representação — Agravo não provido.*

*A juntada aos autos de instrumento de procuração pública com prazo de vigência esgotado equivale à inexistência de poderes de representação e, conseqüentemente, do próprio recurso interposto.*

### I — Relatório

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Agravo de Instrumento n. 01.021384-2, da comarca de Itajaí, em que é agravante Dibens Leasing S.A. — Arrendamento Mercantil, sendo agravada Transportadora São Miguel Ltda.:*

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, negar provimento ao agravo.

Custas na forma da lei.

Dibens Leasing S.A. Arrendamento Mercantil interpôs agravo de instrumento contra a decisão que, na ação de execução de sentença movida por Transportadora São Miguel Ltda., negou seguimento ao recurso de apelação.

Este Relator, ao proferir o despacho preliminar, negou seguimento ao agravo, porque a agravante não juntou aos autos peça obrigatória, qual seja, a procuração vigente outorgada ao seu procurador.

Inconformada com o referido despacho, a agravante manejou o recurso previsto no § 1º do art. 557 do Código de Processo Civil, sustentando que o prazo de validade da procuração juntada não se encontra vencido, porque a data de 6/12/1996, constante no mandato não é seu termo de validade, mas a data limite para que este seja juntado aos autos pelo outorgado, quando então passará a ter validade por tempo indeterminado; que, tendo sido juntada aos autos antes daquela data, a procuração passou a ter validade por prazo indeterminado e, sendo assim, são válidos todos os atos praticados pelos procuradores, o que inclui o subscritor do recurso de agravo de instrumento que recebeu os poderes por substabelecimento.

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 à súmula ou à jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, cabe o agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, daí por que conheço do recurso.

Porém, tal inconformismo não merece ser acolhido.

O art. 525 do Código de Processo Civil estabelece quais as peças do processo em que foi proferida a decisão agravada, que o agravante deve juntar no agravo de instrumento. *Verbis*:

“Art. 525. A petição de agravo de instrumento será instruída:

“I — obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado;

“II — facultativamente, com outras peças que o agravante entender úteis”.

Portanto, como se vê, é *obrigatória* e não apenas facultativa, a juntada, no agravo de instrumento, da decisão agravada, da certidão de intimação sobre ela, e da *procuração outorgada aos advogados de agravante e agravado*, vale dizer, a cadeia de procurações e substabelecimentos que indiquem a correta representação processual do recorrente e do recorrido.

O Dr. Norton José Nascimento, subscritor do agravo de instrumento, juntou aos autos a procuração de fls. 11/11v., na qual a agravante outorgou poderes para diversos procuradores, entre eles a Dra. Silvia Regina Vilard Caporalini, que por sua vez os substabeleceu ao Dr. Norton José Nascimento (fl. 10, do agravo).

Acontece que o instrumento público de procuração, pelo qual a agravante outorgou poderes à Dra. Silvia Regina Vilard Caporalini, contém, na sua parte final, a seguinte redação: “O presente instrumento é válido até o dia seis de dezembro de um mil novecentos e noventa e seis (6/12/1996)”, o que implica em dizer que, quando da interposição do agravo de instrumento (29/10/2001), o Dr. Norton José Nascimento já não detinha mais poderes para representar a agravante, dado que a procuração teve seu prazo de vigência esgotado em 6/12/1996.



O fato de o substabelecimento de poderes ao Dr. Norton José Nascimento, efetuado pela Dra. Silvia Regina Vilard Caporalini, ter sido realizado em 22/12/1995, quando ainda vigia o instrumento público de procuração, não valida os atos praticados pelo substabelecido, porque, com a terminação do prazo, a advogada substabelecente passou a estar inabilitada para representar a agravante, e essa falha de representação contaminou o substabelecimento, o que torna in-existentes os atos praticados com base nele.

Nesse sentido:

“Instrumento público de procuração. Outorga a diretor de companhia de seguros. Mandato a termo. Decurso do prazo de validade. Constituição, ainda assim, de procurador para fins judiciais. Poderes de representação inexistentes. Invocação do art. 13 do CPC. Inaplicação à fase recursal. Inteligência do art. 525, I, do Digesto Processual. Agravo de instrumento não conhecido” (TJSC, AI n. 99.006517-0, de Caçador, rel. Des. Cesar Abreu).

Ou ainda:

“Mandado judicial — Prazo de vigência vencido, quando da propositura da ação pelo substabelecido — Falta de regularização no prazo fixado — Extinção do processo.

“Se a procuração outorgada ao advogado tem prazo certo de vencimento, não pode o substabelecido, se já vencido o prazo, intentar ação em nome do outorgante para cobrança de crédito deste” (TJPR, Ap. Cív. n. 13.537, de Goioerê, rel. Des. Jesus Sarrao, *in* Jurisprudência Informatiza-

da Saraiva, ed. n. 24, 2º trimestre de 2001).

Para finalizar:

“Ação de busca e apreensão — Procuração com prazo de vigência — Não renovação da mesma ou outorga de novos poderes — Reconhecimento de preliminar.

“Como o mandato outorgado pelo autor da ação de busca e apreensão previa de forma expressa o prazo de vigência, não tendo sido regularizada a representação ao longo do feito, é de ser considerada irregular toda e qualquer manifestação da respectiva parte, vencido o prazo previsto, o que inclui a irrisignação com a sentença do feito...” (TJRS, AC n. 599065026, Décima Terceira Câmara Cível, rela. Des. Laís Rogéria Alves Barbosa, j. em 1º/6/2000).

Tem sido enfática a orientação doutrinária:

“O recurso, no regime atual, não pode ser conhecido se desacompanhado de razões ou das peças necessárias para a formação do instrumento, que são cópias da decisão agravada, da certidão de sua intimação (para controle da tempestividade) e das procurações outorgadas pelas partes a seus advogados, desde que, é claro, não se junte outro e novo instrumento de procuração. O sistema atual não faz essa ressalva de modo explícito, mas razões inexistem para que não se a considere mantida no novo regime” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O Novo Regime do Agravo, 2ª ed., São Paulo: RT, 1996, pág. 171).

A partir do advento da Lei n. 9.139/95, que promoveu alterações na legislação processual civil em rela-

ção ao recurso ora em exame, é ônus do agravante, quando da interposição do agravo, instruí-lo com todas as peças obrigatórias, dentre as quais as procurações e/ou substabelecimentos outorgados aos patronos que representam as partes na demanda e, se assim não o fizer, é impossível dar seguimento ao recurso, uma vez que se encontra ausente um de seus pressupostos específicos de admissibilidade, expressamente exigidos no art. 525, inciso I, do Código de Processo Civil, já que não é possível verificar-se a adequada representação processual. Essa é a orientação da doutrina proclamada pelo Min. Athos Gusmão Carneiro (O Novo Recurso de Agravo e Outros Estudos, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, pág. 47); e da jurisprudência:

“É ônus do agravante a formação do instrumento. Estando este incompleto, por ausência de alguma das peças obrigatórias, deverá o relator negar-lhe seguimento (art. 557 do CPC), descabida diligência para anexação de alguma de tais peças” (1ª conclusão do Cetars, *apud* Theotonio Negrão, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, São Paulo: Saraiva, 31ª ed., 2000, pág. 557).

Não se permite mais a realização de diligência para a juntada de qualquer das peças obrigatórias, nem se autoriza a anexação posterior à interposição, consoante a recomendação jurisprudencial desta Corte:

“Agravo de instrumento — Ausência de peça instrutória obrigatória — Seguimento negado — Juntada posterior — Inadmissibilidade. A instrução documental no 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 à correta formação do instrumento. A ausência de peça obrigatória (CPC, art. 525, I), quando da protocolização, acarreta inexoravelmente a negativa de seguimento do recurso, porquanto é *inadmissível a sua juntada posterior*” (AAI n. 99.005528-0, da Capital, j. em 4/5/1999, 3ª CC, rel. Des. Eder Graf — o grifo não é do original).

Na falta de procuração válida, o art. 557, *caput*, do supracitado Estatuto Processual, autoriza o Relator, em decisão monocrática, a negar seguimento ao recurso, por ser manifestamente inadmissível, 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 Cíveis desta Corte, aliás, sequer conhecem do agravo malformado:

“Agravo ao agravo de instrumento. Negativa de seguimento ao recurso por falta de documento essencial. Pedido de relevação da irregularidade, em sede de agravinho. Desprovimento.

“Segundo a nova sistemática do agravo de instrumento adotada pelo *Codex Instrumental*, compete ao recorrente instruir corretamente o recurso.

“Assim, faltando uma das peças obrigatórias, o agravo não poderá ser conhecido por não preencher o pressuposto de admissibilidade da regularidade formal, ainda que relevante

o fundamento da irresignação” (Agravado no Agravo de Instrumento n. 97.009269-5, de Timbó, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, DJ de 7/10/97).

À vista do exposto, nego provimento a este agravo.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, nega-se provimento ao agravo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado.

Florianópolis, 29 de novembro de 2001.

*Alberto Costa,*

*Presidente com voto;*

*Jaime Ramos,*

*Relator.*

## AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 01.022172-1, DE CRICIÚMA Relator: Des. Jaime Ramos

*Agravo do art. 557, § 1º, do CPC — INSS — Precatório remanescente — Juros moratórios — Incidência — Despacho do relator que nega seguimento a agravo de instrumento manifestamente improcedente, porque contrário à jurisprudência dominante deste Tribunal e do STJ — Recurso não provido.*

*Conforme reiterada orientação jurisprudencial, inclusive objeto da Súmula 52 do TRF da 4ª Região, os juros moratórios incidem sobre o débito, no período compreendido entre a expedição do precatório e o seu efetivo pagamento.*

*Agravo do art. 557, § 1º, do CPC — Correção monetária — Benefício acidentário — Aplicação do IGP-DI — Precedentes jurisprudenciais.*

*Para atualizar o valor do benefício acidentário, a fim de preservar o seu real valor, deve ser aplicado o IGP-DI — Índice Geral de Preços — Disponibilidade Interna —, de acordo com remansosa jurisprudência deste Tribunal e do STJ.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo do art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, em Agravo de Instrumento n. 01.022172-1, da comarca de Criciúma, em que é agravante Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, sendo agravado Nereu Grassi Laurindo:*

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, negar provimento ao agravo, e aplicar ao agravante a multa de 1% (um por cento) do valor do débito remanescente, corrigido até o efetivo pagamento dessa sanção, nos termos do art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil.

Custas na forma da lei.

### I — Relatório

Instituto Nacional do Seguro Social — INSS interpôs agravo de instrumento contra a decisão que, na ação acidentária movida por Nereu Grassi Laurindo, determinou a requisição de precatório para pagamento de valor remanescente, com base na conta judicial, que incluiu juros moratórios desde a expedição do precatório anterior, já pago, e elegeu o IGP-DI como indexador para a correção monetária.

Este Relator, ao proferir o despacho preliminar, negou seguimento ao agravo com base no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, por ser manifestamente improcedente, haja vista que se contrapõe à jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça quanto à contagem dos juros de mora e à correção monetária pelo IGP-DI.

Inconformado com o referido despacho, o agravante manejou o agravo de que trata o § 1º do art. 557 do Código de Processo Civil, sustentando que o valor devido ao credor é aquele resultante da execução não-embargada ou o apurado nos embargos à execução, com juros e correção monetária até 1º de julho — data a partir da qual ambas as parcelas devem ser quitadas no prazo previsto na Constituição da República, atualizadas monetariamente; que nos termos do art. 100, § 1º, da CF/88, e art. 33 do ADCT/88 não são devidos os juros de mora, mas tão-somente a atualização monetária; que a menção à atualização monetária, e não aos juros, sempre foi entendida como exclu-

dente da incidência destes; que os juros de mora serão devidos somente quando não observado o prazo do art. 100, § 1º, da CF/88 como indenização pela mora; que a decisão nega vigência ao art. 18 da Lei n. 8.870/94, porque, consolidada a liquidação de sentença, as atualizações posteriores do débito devem decorrer de sua conversão em UFIR, sendo inaplicável o IGP-DI; que a UFIR foi extinta em outubro/2000, sem que lhe tenha sido indicado um sucessor oficial; que no âmbito da Justiça Federal adotou-se como índice substituto para a atualização dos benefícios previdenciários o IPCA-E; que este é o índice aceitável, porque guarda consonância com a metodologia que era empregada pela UFIR.

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 à súmula ou à jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, cabe agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, daí por que conheço do recurso.

No entanto, não assiste razão ao agravante.

A incidência de juros moratórios no intervalo de tempo que ocorre entre a data da inscrição do precatório e o seu efetivo pagamento é matéria que já está pacificada nos tribunais, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, que assim tem decidido:

“Agravamento regimental em agravo de instrumento — Previdenciário — Incidência de juros moratórios em precatório complementar. (...)”

“1. É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que os juros moratórios e compensatórios incidem até o efetivo pagamento da indenização, inclusive no período compreendido entre a expedição dos precatórios e o seu efetivo pagamento” (AGA n. 270252/RS, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 24/9/2001, pág. 357).

Ou ainda:

“Processual civil — Conta de liquidação — Precatário complementar — Juros moratórios incidentes — Matéria constitucional — Abordagem pelo STJ para fins de prequestionamento — Impossibilidade.

“Os juros de mora são devidos em precatório complementar, e incidentes entre a data de expedição do primeiro e aquela do efetivo pagamento da conta de liquidação atualizada.

“Precedentes” (AGRESP n. 252677/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, DJU de 26/3/2001, pág. 415).

Para finalizar:

“Processual civil — Precatário complementar — Cálculos dos juros moratórios — Incidência.

“1. Na expedição de precatório complementar, atualizado monetariamente o valor principal da dívida, igualmente deverão ser calculados os juros moratórios, incidindo sobre o débito subjacente, contados entre a data da última homologação e o respectivo pagamento.

“2. Multiplicidade de precedentes jurisprudenciais.

“3. Recurso provido” (REsp n. 172674/DF, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU de 2/10/2000, pág. 142).

No Tribunal Regional Federal da 4ª Região tem-se decidido nesse mesmo sentido:

“Embargos à execução — Juros de mora — Atualização de precatório. Incidem juros de mora enquanto não pago integralmente o valor do principal, devendo-se observar, em relação ao pagamento por conta, a regra de imputação prevista no art. 993 do Código Civil” (AC n. 96.04.64224-3/RS, rel. Juiz Teori Albino Zavascki, DJU de 16/4/1997).

A orientação deste Tribunal não é diferente:

“Emissão de precatório. Juros moratórios. Aplicação até a data do efetivo pagamento. Possibilidade.

“A emissão do precatório não equivale à satisfação da obrigação, razão pela qual a autarquia permanece em mora até a data do efetivo pagamento. É admissível a aplicação dos juros moratórios neste interstício. Saliente-se que os juros moratórios não se revestem de caráter sancionatório, mas, sim de reparação devida ao credor em razão do aviltamento de seu patrimônio. Em assim sendo resta evidente sua incidência até a data do efetivo cumprimento da obrigação” (Apelação Cível n. 98.016734-5, de Criciúma, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Ainda:

“Apelação cível. Acidente de trabalho. Embargos à execução. Diferenças decorrentes do pagamento de precatório. São devidos juros de mora

na atualização da conta objeto de precatório complementar (Súmula 52 do TRF da 4ª região). Não pode o credor pretender que seu crédito seja integralmente atualizado, enquanto o valor já adiantado considerado pela expressão histórica.

“Na atualização do precatório deverá ser levada em conta a variação temporal entre a data da última conta de liquidação e a data do último correspondente pagamento. O remanescente, assim apurado, será atualizado, até o último cálculo ensejador do precatório complementar, com os acréscimos legais (juros e correção monetária) até a data dessa atualização” (Ap. Cív. n. 99.022539-9, da comarca de Criciúma, rel. Des. Mazoni Ferreira).

A questão já foi, inclusive, suscitada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Súmula 52):

“São devidos juros de mora na atualização da conta objeto de precatório complementar”.

Não há, portanto, ofensa alguma ao art. 100, § 1º, da Constituição Federal de 1988, e nem ao art. 33 do ADCT/88, dispositivos esses que permitem a conclusão a que têm chegado os tribunais sobre a incidência dos juros moratórios sobre o valor da dívida, no período compreendido entre a data da expedição do precatório e o efetivo pagamento dele, porque, ao se referirem à “atualização”, englobam não só a correção monetária, mas também os juros de mora. Mesmo porque nesse período nada foi pago ao credor.

O ideal seria que o Poder Público atualizasse, com juros de mora e correção monetária, os valores cons-

tantes dos precatórios, independentemente de intervenção judicial, na data do efetivo pagamento, abrangendo o período entre a expedição e a quitação, para evitar que a execução se perpetue com a expedição de sucessivos precatórios relativos aos mencionados encargos que estarão sempre defasados.

No que se refere ao emprego do IGP-DI como fator de atualização do débito, já se deixou consignado na decisão denegatória de seguimento ao agravo de instrumento que o Superior Tribunal de Justiça o tem admitido como índice capaz de preservar o valor real dos benefícios previdenciários.

Nesse sentido:

“Processual civil. Previdenciário. Recurso especial. Admissibilidade. Prequestionamento. Dissídio jurisprudencial não caracterizado. Art. 255 do RISTJ. Reajuste de benefício. Manutenção do valor real. Índice a ser aplicado. IGP-DI.

“(…)

“V — Os critérios pertinentes à preservação do valor real dos benefícios previdenciários foram definidos com o advento da Lei n. 8.213/91, que dispôs sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social. O critério de correção previsto no art. 41 da supracitada lei, qual seja, o INPC, foi sucedido pela Lei n. 8.542/92, que estabeleceu o IRSM, e pela Lei n. 8.880/94, que instituiu o IPC-r. Com o advento da Lei n. 9.711/98, o critério de reajuste a ser aplicado no cálculo dos benefícios foi novamente alterado, instituindo-se o IGP-DI, conforme dicção do art. 7º da Lei n. 9.711/98” (REsp n. 236841/RS, 5ª T., rel. Min Félix Fischer, DJU de 29/5/2000, pág. 174).



“Previdenciário — Benefício — Revisão — Recurso especial — Aplicação de índices legais — Manutenção do valor real — INPC — IGP-DI — Reajuste no período de maio/95 a abril/96.

“(…)

“— O critério de reajuste, aplicado no cálculo dos benefícios previdenciários em maio/96, instituiu o IGP-DI como índice revisor. Precedentes” (REsp n. 277230/SP, 5ª T., rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU de 10/9/2001, pág. 410). No mesmo sentido: REsp n. 278035/SP, rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 5/3/2001, pág. 220; REsp n. 188736/SE, rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 4/10/99, pág. 87.

A mesma orientação tem sido adotada por esta Corte de Justiça:

“No mais, também a pretensão da autarquia, no sentido de que a correção monetária incida apenas sobre as parcelas vencidas após o ajuizamento da ação, deve ser afastada, posto que ‘correção monetária incide nos termos da legislação aplicável, mesmo antes do ajuizamento da ação, uma vez que a própria norma é clara neste sentido. Assim, uma vez restabelecida a proporcionalidade de salários mínimos da data da concessão do benefício, deverá, a partir de 5/4/91, incidir o INPC — Índice Nacional de Preços ao Consumidor, nos termos do artigo 9º da Lei n. 8.542, de 23 de dezembro de 1992; a partir de 1º de março de 1994, os valores devem ser convertidos em URV, pelo valor em cruzeiros reais equivalentes em URV no dia 28 de fevereiro de 1994, segundo dispõe o artigo 19, § 5º, da Medida Provisória n. 434, de 27/2/94, reeditada com os números 454, de

29/3/94, e 482, de 28/4/94, e convertidas na Lei n. 8.880, de 27/5/94; a partir de 1º de julho de 1994, data da primeira emissão do real, deverá ser aplicado o IPC-r — Índice de Preços ao Consumidor, série r — nos termos do art. 20, § 6º, da Lei n. 8.880, de 27/5/94; a partir de 1º de julho de 1995, aplicação do INPC, nos termos do artigo 8º, § 3º, da Medida Provisória n. 1.053, de 30/6/95, convertida na Lei n. 9.528, de 10/12/97; a partir de 1º de maio de 1996, aplicação do IGP-DI (Índice Geral de Preços — Disponibilidade Interna) nos termos dos artigos 2º e 8º da Medida Provisória n. 1.415, de 29/4/96, mantido através do artigo 2º da Medida Provisória n. 1.463-22, 29/1/98’ (Ap. Cív. n. 98.012715-7)” (Ap. Cív. n. 98.000028-9, de Videira, rel. Des. Vanderlei Romer). No mesmo sentido as decisões proferidas nos Agravos de Instrumento ns. 2001.019022-2, de Criciúma, rel. Des. Nilton Macedo Machado, DJ de 17/10/2001, pág. 25; 2001.019021-4, 2001.019351-5 e 2001.019349-3, rel. Des. Eládio Torret Rocha, DJ de 9/10/2001, págs. 30/31.

Verificando-se que a questão da incidência dos juros moratórios, assim como a utilização do IGP-DI, no caso, já está completamente pacificada em todos os tribunais, a interposição deste agravo interno, manifestamente infundado, evidencia o abuso a que se refere o art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil, de modo a autorizar a aplicação da multa de 1% (um por cento) sobre o valor da dívida remanescente, devidamente atualizado pela correção monetária, até o efetivo pagamento dessa sanção.

À vista do exposto, nego provimento a este agravo, e proponho a aplicação da multa acima referida.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, nega-se provimento ao agravo e aplica-se a multa proposta.

Participaram do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado; e, lavrou o

parecer, pela douta Procuradoria-Geral da Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Sérgio Antônio Rizelo.

Florianópolis, 29 de novembro de 2001.

*Alberto Costa,*  
*Presidente, com voto;*  
*Jaime Ramos,*  
*Relator.*

## AÇÃO RESCISÓRIA

### AÇÃO RESCISÓRIA N. 98.003122-2, DE XANXERÊ

**Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento**

*Ação rescisória — Sentença nula de pleno direito — Ausência de citação — Inexistência de coisa julgada — Impossibilidade jurídica do pedido — Ilegitimidade ativa ad causam — Carência de ação — Extinção do processo sem julgamento de mérito — Reconhecimento de ofício da nulidade da sentença atacada.*

*Na ação de usucapião é obrigatória a citação daquele em cujo nome está registrado o imóvel usucapiendo.*

*Não efetivada a providência citatória, contaminam-se de nulidade absoluta todos os demais atos posteriores, inclusive a sentença, esta que, em razão da gravidade daquele vício, não fica sujeita à autoridade da coisa julgada.*

*Inexistente sentença de mérito transitada em julgado, não há o que rescindir, sendo, pois, o pleito rescisório juridicamente impossível.*

*Não tendo o autor participado do processo de usucapião, nem sendo terceiro interessado, é parte ilegítima para propor ação rescisória.*

*Constatada a carência de ação, extingue-se o processo, sem julgamento de mérito.*

*Constituindo os pressupostos processuais e as condições da ação matéria de ordem pública, a qual pode ser apreciada de ofício e em qualquer grau de jurisdição, decreta-se a nulidade do processo de usucapião, a partir da citação, inclusive.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 98.003122-2, da comarca de Xanxerê, em que é autor o espólio de Flávio Zocke e ré Maria Eli de Oliveira:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, extinguir o processo sem julgamento de mérito e, de ofício, decretar a nulidade do processo de usucapião a partir da citação, inclusive.

Custas na forma da lei.

### **I — Relatório**

Trata-se de ação rescisória aforada pelo espólio de Flávio Zocke, representado pela inventariante Odete Fortunato Zocke, contra Maria Eli de Oliveira.

Consta da inicial que o Sr. Flávio Zocke, casado pelo regime da comunhão universal de bens com Odete Fortunato Zocke, faleceu em 19/3/88, deixando filhos como herdeiros, abrindo-se, assim, processo de inventário.

Dentre os bens a serem partilhados, constava parte da chácara n. 400, já medida e demarcada, formando o lote n. 3, com área de 456m<sup>2</sup>, com uma casa de madeira bruta, de 5x6 metros, situado na 1ª zona suburbana do município de Xanxerê, confrontando, ao norte com o lote n. 4, ao sul com o lote n. 2, ao leste com o lote n. 6 e ao oeste com uma rua sem nome, atual Papa João XXIII, matriculado no Cartório do Registro de Imóveis sob o n. R.1/9184.

Durante a tramitação do inventário, o referido bem foi objeto de ação de usucapião aforada pela ora ré, tendo este processo tramitado sem a citação do espólio do Sr. Flávio Zocke e da viúva deste, sobrevivendo, ao final, sentença julgando procedente o pleito formulado.

Transitada em julgado a sentença, efetivou-se sua transcrição no registro competente, estando, atualmente, o imóvel em nome da ré. A viúva do *de cujus*, e inventariante, tomou conhecimento destes fatos em março de 1998.

Argüindo a nulidade absoluta do processo, no qual foi julgado precedente o pedido formulado na ação de usucapião, requereu o autor, com fulcro no art. 485, V, do Código de Processo Civil, a rescisão daquele julgado.

Pugnou, ainda, pela concessão de antecipação de tutela, com o fito de obstar uma possível alienação do imóvel por parte da ré.

Pleiteou assistência judiciária gratuita.

Recebida a inicial, restou indeferido o pedido de tutela antecipatória, determinando-se a citação da ré.

Citada, a ré apresentou contestação, alegando, preliminarmente, carência de ação, inépcia da inicial e falta de fundamentação jurídica para os pedidos formulados. No mérito, asseverou que na petição inicial da ação de usucapião foi requerida a citação dos interessados.

Opinou a Procuradoria-Geral de Justiça pela extinção do processo, por ser o autor carecedor do direito de ação.

## II — Voto

Cabe ao julgador, antes de apreciar o mérito da demanda, verificar se estão presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. Tendo em vista, ainda, as preliminares suscitadas pela ré, inafastável torna-se o controle de admissibilidade da pretensão deduzida em juízo.

Cumpra a exordial com os requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil. No entanto, é inepta, por conter pedido juridicamente impossível (art. 295, parágrafo único, III, daquele código). Ademais, o autor é par-

te ilegítima para figurar na presente *actio*.

É cediço que a possibilidade jurídica do pedido e a legitimidade *ad causam* constituem condições da ação, isto é, “requisitos que esta deve preencher para que se profira uma decisão de mérito” (Santos, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, vol. 1, pág. 169).

Ensina Moacyr Amaral Santos:

“...o direito de agir, o direito de ação, se converteria em abuso se, desde que exercido, tivesse o poder de exigir do Estado a realização dos atos processuais destinados a uma sentença de mérito, ainda quando desde logo, mas sempre antes dessa sentença, se possa prever a carência daquele direito, a ilegitimidade do seu exercício. Por isso, o direito de ação se subordina a certas condições, em falta das quais, de qualquer delas, quem o exercita será declarado carecedor dele, dispensando o órgão jurisdicional de decidir do mérito de sua pretensão” (*op. cit.*, págs. 168/169).

A possibilidade jurídica do pedido é “condição que diz respeito à pretensão. Há possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão, em abstrato, se inclui entre aquelas que são reguladas pelo direito objetivo” (*op. cit.*, pág. 170). Complementa Humberto Theodoro Júnior anotando que esse requisito “consiste na prévia verificação que incumbe ao juiz fazer sobre a viabilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte em face do direito positivo em vigor” (Curso de Direito Processual Civil, 25ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, vol. 1, pág. 53).

*In casu*, o pedido formulado pelo autor é juridicamente impossível.

Isso porque o autor pleiteia a rescisão de um julgado nulo de pleno direito, porque proferido sem a citação de quem deveria obrigatoriamente figurar como parte no processo. Trata-se de um caso de nulidade absoluta do processo e, conseqüentemente, da sentença, não submetido à autoridade da coisa julgada, não passível, portanto, de ataque via ação rescisória.

Colhe-se da ensinança de Humberto Theodoro Júnior:

“A rescindibilidade, que autoriza a ação rescisória, nos termos do art. 485, não se confunde com a nulidade da sentença. A rescisória, portanto, não supõe sentença nula, mas ao contrário, sentença válida, que tenha produzido a coisa julgada. (...) A sentença é nula *ipso iure* quando a relação processual em que se apóia acha-se contaminada de igual vício. Para reconhecê-lo não se reclama a ação rescisória, posto que dita ação pressupõe coisa julgada que, por sua vez, reclama, para sua configuração, a formação e existência de uma relação processual válida. *Se a sentença foi dada à revelia da parte, por exemplo, sem sua citação ou mediante citação nula, processo válido inexistiu e, conseqüentemente, coisa julgada não se formou*” (grifou-se) (*op. cit.*, págs. 656/657).

De acordo com o art. 214, *caput*, do Código de Processo Civil, a citação do réu é indispensável para a validade do processo. Não poderia ser diferente, pois, a teor do art. 5º, LIV, da Constituição Federal, ninguém pode ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Ademais, é assegurado a todos o direito ao contraditório e à ampla de-

fesa (art. 5º, LV, daquele diploma legal).

Ensina Humberto Theodoro Júnior:

“A justa composição da lide só pode ser alcançada quando prestada a tutela jurisdicional dentro das normas processuais traçadas pelo Direito Processual Civil, das quais não é dado ao Estado declinar perante nenhuma causa (Constituição Federal, art. 5º, incs. LIV e LV). É no conjunto dessas normas do direito processual que se consagram os princípios informativos que inspiram o processo moderno e que propiciam às partes a plena defesa de seus interesses e ao juiz os instrumentos necessários para a busca da verdade real, sem lesão dos direitos individuais dos litigantes” (*op. cit.*, pág. 27).

Destarte, não se concebe a existência de um devido processo legal sem que haja a citação da parte contra quem é deduzida a pretensão em juízo, para que esta tenha oportunidade de objetar os fatos e argumentos apresentados pelo autor e exercer sua defesa.

A ausência de citação de quem deve obrigatoriamente integrar o pólo passivo da ação acarreta, pois, nulidade absoluta de todos os atos processuais praticados, inclusive da sentença. Este vício, pela sua gravidade, notadamente pela ofensa a normas de ordem pública e de aplicação cogente, obsta os efeitos da sentença e impede que esta receba o escudo da coisa julgada.

Anota com precisão Humberto Theodoro Júnior:

“Uma característica especial das nulidades processuais é a sana-

ção de todas elas pela preclusão máxima operada através da coisa julgada. Mesmo as nulidades absolutas não conseguem ultrapassar a barreira da *res iudicata*, que purga o processo de todo e qualquer vício formal eventualmente ocorrido em algum ato praticado irregularmente em seu curso. Há, porém, vícios fundamentais que inutilizam o próprio processo, como relação processual, a exemplo da falta ou nulidade da citação. Neste caso o feito não é sanado pela preclusão da coisa julgada porque para formar-se a *res iudicata* é indispensável a existência de um processo válido, e sem a citação regular, ou sem o comparecimento do réu que a supre, não se pode sequer cogitar de processo. Daí porque a nulidade absoluta da sentença proferida à revelia do réu pode ser utilizada com simples matéria de defesa em embargos à execução, mesmo depois de operada, aparentemente, a coisa julgada (art. 741, n. 1) (op. cit., pág. 287).

A norma inculpada no art. 942 do Código de Processo Civil é explícita ao dispor que, na ação de usucapião, é indispensável a citação da pessoa em cujo nome estiver registrado o imóvel usucapiendo.

Na ação de usucapião aforada por Maria Eli de Oliveira, ora ré, essa norma não foi observada. De acordo com o documento de fl. 22, o imóvel objeto da ação estava registrado no cartório do registro de imóveis da comarca de Xanxerê em nome do falecido Flávio Zocke. Sabedora desta circunstância, a autora requereu a citação do espólio de Flávio Zocke, aqui autor, na pessoa de sua representante legal Odete F. Zocke (fl. 36). Entretanto, tal providência não foi efe-

tuada no Juízo em que se processou a usucapião. Basta observar que no mandado citatório (fl. 39) não consta o nome do espólio de Flávio Zocke. Ademais, o despacho de fl. 85, proferido nos autos da ação de usucapião, confirma que o espólio não participou da relação processual, por ausência de citação.

Destarte, é flagrante a nulidade do feito e, conseqüentemente, da sentença. Por se tratar de nulidade absoluta, o julgado prolatado é desprovido de efeitos jurídicos, e o vício nele presente, por sua gravidade e extensão, inviabiliza a formação da coisa julgada. Em não havendo sentença válida transitada em julgado, não há o que rescindir via ação rescisória.

Além disso, consoante o art. 472 do Código de Processo Civil, a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada. Se o espólio de Flávio Zocke, aqui autor, não foi chamado a integrar a relação processual da ação de usucapião, embora fosse parte obrigatória, não está sujeito à autoridade da coisa julgada aparentemente existente sobre aquela *quaestio*.

Consoante as lições de Liebman, a eficácia natural da sentença estende-se a todas as pessoas, porém a autoridade da coisa julgada atua apenas para as partes (*apud* Theodoro Júnior, op. cit., pág. 541).

De acordo com o art. 485 do Código de Processo Civil, apenas a sentença de mérito transitada em julgado pode ser rescindida. No caso dos autos, a sentença atacada não pode ser objeto de ação rescisória, posto que não está coberta sob o manto da coisa julgada. Não há, pois, o que rescindir, mas sim algo para ser declarado inválido, pela via processual



comum. Assim, é juridicamente impossível o pedido do autor.

Nesse sentido:

“Apelação — Ação anulatória — Sentença em ação de usucapião — Falta de citação daquele em cujo nome o imóvel estava transcrito — Nulidade absoluta — Ação rescisória — Desnecessidade — Recurso provido. 1. A ação rescisória, para ser manejada, pressupõe uma sentença formalmente correta e transitada em julgado. 2. Se não houve citação válida da parte passiva, o vício é grave e impede que a sentença gere *res iudicata*. A ação rescisória torna-se inadmissível. 3. Nesta hipótese, existe possibilidade jurídica para a parte não citada buscar a invalidade do processo através de ação declaratória de nulidade. 4. Apelação conhecida e provida” (TAMG — AC n. 0280272-4 — 2ª C.Cív. — Rel. Juiz Caetano Levi Lopes — DJMG 22/9/1999).

Também:

“Declaratória de nulidade — Usucapião — Coisa julgada — Co-possuidores não citados — Ofensa ao devido processo legal e ao contraditório — Procedimento adequado — E cabível a *querella nullitatis* para declarar a nulidade do processo de usucapião em que não foram citados os co-possuidores e já com sentença transitada em julgado, eis que se trata de vício insanável até mesmo pela *res iudicata* que, em assim sendo, não se constitui por ofensa ao devido processo legal e ao contraditório. Descabimento da rescisória. Súmula 263 do STF, precedentes jurisprudenciais e doutrina. Apelação parcialmente provida para que a nulidade seja declarada a partir da citação não realizada” (TJRS — AC n. 197149123 —

(00312110) — 17ª C.Cív. — Rel. Des. Fernando Braf Henning Junior — j. 18/8/1999).

E mais:

“Ação declaratória — Ausência de citação — Sentença — Nulidade — É a ação declaratória a via processual adequada para que se possa alcançar a declaração de nulidade da sentença ante alegação de vício de citação, ficando afastado, na hipótese, o manejo de ação rescisória, visto que, apresentando-se viciada aquela, não se aperfeiçoou a relação jurídico-processual, não se formando, em consequência, a coisa julgada” (TAMG — Ap. n. 0265602-6 — 3ª C.Cív. — Rel. Juiz Dorival Guimarães Pereira — j. 7/10/1998).

Além disso, está ausente outra condição da ação, a legitimidade de parte. Dispõe o art. 487 do Código Instrumental, quanto à legitimidade ativa da ação rescisória:

“Art. 487. Tem legitimidade para propor a ação:

“I — quem foi parte no processo ou o seu sucessor a título universal ou singular;

“II — o terceiro juridicamente interessado;

“III — o Ministério Público”.

O autor da presente demanda não se inclui em qualquer das hipóteses mencionadas. Não foi parte no processo da ação de usucapião. Outrossim, não pode ser considerado terceiro juridicamente interessado.

Colhe-se da doutrina de Humberto Theodoro Júnior:

“Por terceiro juridicamente interessado só se pode entender aquele que, não sendo parte no feito, tem

com uma delas um vínculo jurídico dependente do direito debatido e submetido à coisa julgada. O interesse do terceiro, para autorizar a propositura da ação rescisória, tem de ser o de restaurar o direito subjetivo negado à parte vencida, porquanto sem essa restauração não terá condições de exercer o seu direito (não envolvido no processo) contra a parte sucumbente” (*op. cit.*, pág. 650).

Sendo o pedido juridicamente impossível, e figurando o autor como parte ilegítima, há carência de ação, impondo-se a extinção do processo sem julgamento de mérito, *ex vi* do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

Não obstante o irremediável fracasso da demanda, no tocante à possibilidade de julgar-se o seu mérito, a presente ação dá ensejo à manifestação desta Corte de Justiça acerca da nulidade verificada no processo em que foi prolatada a sentença de usucapião.

O permissivo legal inserto no § 3º do art. 267 do Código de Processo Civil faculta ao magistrado conhecer de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, da ausência dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

Nesse sentido:

“Processo civil — Citação na pessoa do gerente — Invalidez — Precedentes do tribunal — Pressuposto processual — Matéria apreciável de ofício — CPC, arts. 215, § 1º, e 267, § 3º — Recurso provido — I — Firme é a posição do tribunal quanto à inviabilidade da citação feita na pessoa do gerente sem poderes de representação (REsp ns. 6.607/MG,

7.082/RS e 7.088/RS, dentre outros). II — O exame de anomalia na citação independe de provocação da parte, uma vez que ao judiciário incumbe apreciar de ofício os pressupostos processuais e as condições da ação (CPC, arts. 267, § 3º, e 301, § 4º)” (STJ – REsp n. 22487/MG — 4ª T. — rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira — DJU 29/6/1992 — pág. 10.329).

Restou suficientemente comprovado, pelos documentos acostados aos autos, que a ação de usucapião correu à revelia do espólio de Flávio Zocke, o qual não foi citado, não obstante estivesse o imóvel registrado em nome do falecido. Sendo flagrantes a ausência de pressuposto de constituição válida e de desenvolvimento regular do processo e a nulidade absoluta de todos atos processuais praticados, é possível, *ex officio*, decretar-lhes a nulidade.

Colhe-se da jurisprudência:

“Processo civil — Ação rescisória — Sentença proferida em processo nulo por falta de citação — A sentença proferida em processo nulo por falta de citação deve ser atacada pela ação prevista no artigo 486 do Código de Processo Civil; mas, sem prejuízo da ação rescisória proposta equivocadamente, o Tribunal pode, nos próprios autos desta, declarar a nulidade da indigitada citação. Precedente” (STJ — REsp n. 113091 — (199600711844) — MG — 3ª T. — rel. Min. Ari Pargendler — DJU 22/5/2000 — pág. 00105).

Ainda:

“Ação rescisória — Nulidade da citação — Nula a citação, não se constitui a relação processual e a sentença não transita em julgado podendo, a qualquer tempo, ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou

em embargos à execução, se o caso (CPC, art. 741, I). Intentada a rescisória, não será possível julgá-la procedente, por não ser caso de rescisão. Deverá ser, não obstante, declarada a nulidade do processo, a partir do momento em que se verificou o vício” (STJ — REsp n. 7556/RO — 3ª T. — rel. Min. Eduardo Ribeiro — DJU 2/9/1991 — pág. 11.811).

E mais:

“A falta de citação daqueles em nome de quem está transcrito o imóvel é causa de nulidade *ipso jure* da sentença de procedência da ação de usucapião, vício que pode ser alegado como defesa e atacado através de ação de nulidade. Interposta, equivocadamente, a ação rescisória, que veio a ser julgada procedente, extingue-se o processo rescisório, por carência de ação, ao mesmo tempo em que se decreta a nulidade do processo de usucapião, a partir da citação” (REsp n. 54.132/GO, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 16/10/95, pág. 34.668).

Assim, por ilegitimidade ativa *ad causam*, e por ser o pedido juridicamente impossível, extingue-se o processo, sem julgamento de mérito, a teor do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

Porém, com arrimo no parágrafo 3º do referido artigo c/c os arts. 245, parágrafo único, 248 e 249, todos daquele código, decreta-se, de ofício, a nulidade do processo de Usucapião n. 11.385/94, da comarca de Xanxerê, ficando atingidos todos os atos processuais a partir da citação, inclusive.

Condena-se o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 600,00 (seiscentos reais), consoante o art. 20, § 4º, do referido diploma legal.

Após o trânsito em julgado desta, cancele-se o registro da sentença de usucapião no Cartório de Registro de Imóveis da comarca de Xanxerê.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Câmara, por votação unânime:

a) extinguir o processo, sem julgamento de mérito, a teor do art. 267, VI, do Código de Processo Civil;

b) decretar, de ofício, a nulidade do processo de Usucapião n. 11.385/94, da comarca de Xanxerê, ficando atingidos todos os atos processuais a partir da citação, inclusive (art. 267, § 3º c/c os arts. 245, parágrafo único, 248 e 249, todos daquele Código).

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer, o Exmo. Sr. Dr. Carlos Henrique Fernandes.

Florianópolis, 30 de outubro de 2001.

*Carlos Prudêncio,*

*Presidente, com voto;*

*Wilson Augusto do Nascimento,*

*Relator.*

## EMBARGOS INFRINGENTES

### EMBARGOS INFRINGENTES N. 00.015026-6, DE CAÇADOR

Relator: Des. Gaspar Rubik

*Embargos infringentes — Seguro de vida em grupo — Morte causada por infarto agudo do miocárdio — Negativa de cobertura pela seguradora, fundada, unicamente, em alegação de má-fé do segurado por omissão do seu real estado de saúde quando da contratação do seguro — Indemonstração, contudo, da intencionalidade da omissão, indispensável à caracterização do dolo — Resposta ao questionário da proposta relativo à saúde, ademais, não escrita pelo segurado, cuja assinatura é posta sob suspeita — Autoria não atribuída à beneficiária — Má-fé nem de um nem de outro reconhecida — Atestação médica, outrossim, de que o morto padecia de psicose e parkinsonismo, doenças sem nexos etiológico com o mal que o matou — Não incidência do art. 1.444 do Código Civil — Sentença de improcedência do pedido formulado em ação ordinária de cobrança reformada em grau recursal — Voto vencido — Acórdão mantido — Embargos desprovidos.*

*“Devida é a verba decorrente de contrato de seguro de vida se inexisterem provas de que o segurado sabia ser portador de moléstia grave ao declarar-se em perfeita condições de saúde no momento de sua adesão”, (RT 679/121) e, ainda, quando não há nexos de causalidade entre a doença preexistente e a que provocou a morte do segurado.*

*‘Se não demonstrado convincentemente ter o segurado agido de má-fé ou que a omissão, ao prestar informações, foi intencional, o contrato é válido, devendo a seguradora efetuar o pagamento do benefício’, (JC 55/208). A dúvida resolve-se a favor do segurado (JC 29/287)” (Ap. Cív. n. 98.014430-2, de Joaçaba, rel. Des. Newton Trisotto).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 00.015026-6, da comarca de Caçador (2ª Vara), em que é embargante Companhia Paulista de Seguros, sendo embargada Ilse Jung Vorel:*

ACORDAM, em Primeiro Grupo de Câmaras, à unanimidade, desprover os embargos.

Custas legais.

Companhia Paulista de Seguros, objetivando reverter o julgamento não unânime da colenda Primeira Câmara

Civil, que deu provimento ao recurso de apelação contraposto por Ilse Jung Vorel à sentença de improcedência da ação de cobrança que esta lhe promoveu com o intuito de receber o pagamento da indenização securitária por morte de seu marido, interpôs estes embargos infringentes ao argumento, sintetizado, de que o segurado omitiu, quando da contratação do seguro, os males de que padecia e que foram a causa de sua morte, o que, como reconhecido pelo r. voto divergente, que busca fazer prevalecer, a desobriga do pagamento indenizatório correspondente.

Recebidos os embargos para discussão, a embargada, regularmente intimada, postulou, em tempestiva impugnação que ofertou, a sua rejeição, com a conseqüente manutenção do r. acórdão embargado, em abono ao qual invocou vários precedentes jurisprudenciais.

É o sucinto relatório.

A irresignação recursal infrigente, com a qual a embargante busca restabelecer o *status quo ante apellum*, ou seja, o veredito lançado pela douda sentença monocrática de primeiro grau, de improcedência do pleito formulado pela embargada, com todo o respeito não procede, porquanto o julgamento de reversão daquele quadro, proferido pela augusta maioria, e do qual é expressão pura o erudito acórdão ora combatido, ministrou, *data venia* de entendimentos em contrário, mais justa solução à espécie noticiada nos autos que aquela preconizada pelo r. voto solitário, no qual se escora e que busca fazer prevalecer.

É que não logrou ela, seguradora, desincumbir-se da prova que lhe competia, de que seu segurado faleci-

do omitiu intencionalmente, e *ipso facto* de má-fé ou mesmo dolosamente, seu completo estado clínico/patológico na proposta de contratação do seguro, e de que, se ele o tivesse revelado por inteiro, teria recusado sua aceitação, o que era imprescindível para que pudesse desobrigar-se do pagamento da indenização contratada, por aplicação do disposto no art. 1.444 do Código Civil, acerca do qual a mais sábia doutrina, traduzida na lição do imorredouro Carvalho Santos (Código Civil Brasileiro Interpretado, Freitas Bastos, 8ª ed., vol. XIX, págs. 300/1), tem pontificado:

“O segurado, em se tratando de seguro de vida, deve, regra geral, esclarecer a idade, a profissão, o estado de saúde. Qualquer informação falsa ou errada, qualquer omissão ou reticência, da parte do segurado, dará motivo à nulidade do contrato, pelas razões já conhecidas.

“Mas, evidentemente, quando o segurador por esse fundamento recusa pagar o seguro, claro que lhe cabe provar:

“a) não só que o segurado no momento da celebração do contrato já sofria da moléstia de que veio a falecer;

“b) como ainda que ele a conhecia e que efetivamente a dissimulou.

“(…)”

“Todos são concordes em que a reticência não dolosa somente vicia o contrato quando é de natureza a modificar a opinião sobre o risco ou a mudar o seu objeto.

“Daí estas conseqüências, geralmente admitidas:

“a) se o segurado deixa de declarar, de boa-fé, ter sofrido anteriormente de moléstia de qualquer natu-

reza, essa omissão não prejudicará a validade do seguro, se de acordo com a opinião dos médicos podia ele considerar-se inteiramente curado;

“b) se a moléstia omitida não tenha tido nenhuma influência sobre a morte do segurado”.

Aliás, consoa com esse erudito ensinamento a orientação jurisprudencial desta Corte:

“Seguro em grupo. Omissão intencional ou má-fé do segurado, ao prestar informações, não convincentemente demonstradas. Dúvida que se resolve a favor do segurado.

“Válido é o contrato de seguro em grupo quando não suficientemente demonstrado que a possível omissão ocorrida quando prestadas as informações do segurado foi intencional ou de má-fé.

“Mesmo na dúvida — que se resolve a favor do segurado — responde a seguradora pela obrigação” (Ap. Cív. n. 17.230, Des. Hélio Mosimann, JB 149/110).

Por sinal, o ilustre prolator do voto divergente, em r. aresto de sua lavra do qual extraídas as passagens acima (Ap. Cív. n. 98.014430-2, de Joaçaba, j. 10/12/98), nunca discrepou desse entendimento, tanto que na ementa daquele deixou consignado que “Devida é a verba decorrente de contrato de seguro de vida se inexisterem provas de que o segurado sabia ser portador de moléstia grave ao declarar-se em perfeitas condições de saúde no momento de sua adesão’ (RT 679/12) e, ainda, quando não há nexo de causalidade entre a doença preexistente e a que provocou a morte do segurado”, salientando, ao seu final, que “a mesma tese sustentei na Apelação

Cível n. 51.303: ‘Se não demonstrado convincentemente ter o segurado agido de má-fé ou que a omissão, ao prestar informações, foi intencional, o contrato é válido, devendo a seguradora efetuar o pagamento do benefício’ (JC 55/208). A dúvida resolve-se a favor do segurado (JC 29/287)”.

E de fato não fez ela, como bem já o disse o acórdão embargado, essa prova de má-fé de seu falecido segurado, tida como indispensável, pois aquela documental que trouxe, única produzida, não obstante demonstrativa de que era ele portador de algumas patologias que o obrigaram a algumas internações nosocomiais, só por si não é hábil para tanto, mesmo estando a contrariar a negativa lançada na proposta de que “nos últimos três anos não sofrera de moléstia que o obrigara a consultar médicos, hospitalizar-se, submeter-se a tratamento etc.”. Ainda mais porque é absolutamente certo e incontroverso que as respostas àquele questionário sobre sua saúde não foram por ele escritas de próprio punho, conforme facilmente se conclui pela comparação da grafia destas com a daquela que seria sua assinatura na proposta (fl. 65) e com a outra que ele lançou no cartão de autógrafos para reconhecimento de firma (cópia de fl. 66). E se diz “com aquela que seria sua assinatura”, porque a própria embargante, que fez essa prova, apontou a flagrante divergência entre uma e outra, chegando a lançar séria suspeita, inclusive, de que não foi ele quem subscreveu referida proposta, ao enfatizar que “baseado em tudo o que foi apurado, vê-se que o segurado estava doente quando contratou o seguro e pela sua doença, muito provavelmente



te, 'alguém' providenciou tal seguro" (fl. 50, item 10 — grifo do relator).

Ora, ante tal assertiva, é, então, de indagar-se: como poderia ter ele agido de má-fé se, tendo-se a suspeita por procedente, não foi quem redigiu as respostas e tampouco lançou sua assinatura na proposta?! E, se não o fez, quem o fez por ele?!

Prova alguma também há a respeito de quem o teria feito, nem mesmo de que o autor tenha sido um agente ou corretor credenciado pela própria embargante, por ato de quem sua responsabilidade persistiria, nem, muito menos, sequer sob a forma de suspeita, de que tenha sido a esposa/beneficiária ou algum parente do falecido.

Destarte, diante de tantas e tantas incertezas, logicamente que havia, como há, e que o perdoe o ilustre autor do voto solitário, de alijar-se a alegação de má-fé, porque à falta de prova infofismável desta, altaneira mantém-se a boa-fé, que é sempre de ser presumida na inexistência de prova em contrário, afastando, assim, totalmente de incidência a regra do art. 1.444 do Código Civil.

A propósito da falta dessa prova de má-fé do segurado é, ainda, oportuno trazer-se à colação outro precedente desta Casa:

"Se não demonstrado convincentemente ter o segurado agido de má-fé ou que a omissão ao prestar informações foi intencional, o contrato é válido, devendo a seguradora efetuar o pagamento do benefício" (Apelação Cível n. 18.512, de Joinville, rel. Des. Wilson Guarany).

E em se tratando de pedido indenizatório por morte do segurado, formulado por beneficiário que não in-

terveio de nenhuma forma na contratação, com mais justa razão tem decidido a boa jurisprudência:

"A má-fé do segurado só opera entre este e o segurador, produzindo a resolução do contrato e a *sanctio juris* do pagamento do prêmio vencido (1.444 do CC). Não alcança, entretanto, os beneficiários, no seguro de vida, depois de realizado o respectivo risco (morte) porque eles recebem título de dívida líquida, certa e exigível, sem terem participado do ato" (RT 546/175).

Mas mesmo admitindo-se, por outra ótica, que foi o segurado quem efetivamente subscreveu a proposta, ainda assim não resulta estreme de dúvidas de que tenha ele omitido dolosamente ou de má-fé o seu estado de saúde, pois se de um lado há a certeza, pelas razões antes consignadas, de que não foi ele quem, pessoalmente, respondeu ao questionário respectivo, de outro persiste a dúvida se sobre o seu inteiro teor foi esclarecido por quem o fez, porque prova alguma de que o tenha feito, para espancá-la, foi produzida, e porque se pode perfeitamente deduzir, pelo tipo de caligrafia, que era ele pessoa semi-analfabeta, que se limitou a assinar sem ler, certamente, tudo o que ali estava redigido.

Sintomática, ainda, dessa completa ausência de prova mais ou menos certa ou, pelo menos, indiciária, acerca da alegada má-fé, que, por isso, forçoso é concluir, quedou-se simplesmente em mera alegação, é a assertiva da embargante de que anteriormente, por duas vezes, o segurado tentara assinar a proposta de seguro e não conseguiu, até porque nem sequer esclareceu a razão pela qual não teria conseguido, se por dificuldade de escrita, se por ter ela o im-

pedido de fazer ou se, ainda, por alguma outra razão. É mais estranha essa sua afirmação quando se constata que deixou passar um ano entre a assinatura e o óbito do segurado, durante o qual recolheu os bônus (leia-se prêmios) mensais sem qualquer questionamento e, tampouco, o que se lhe impunha, se é que já ocorrera recusa anterior, sem exigir que ele, proponente, se submetesse a exame ou apresentasse laudo de saúde. Aceitou, portanto, com sua omissão, silenciosamente, como perfeito, válido e acabado o contrato, pois, como já deixou assentado antigo precedente desta Corte, “cabe à seguradora, que dispensa o exame médico, quando da realização do contrato de seguro, provar inequivocamente a ocorrência da má-fé de parte do segurado. Não comprovada a má-fé, o contrato é válido e obrigada a seguradora a efetuar o pagamento do seguro” (Ap. Cív. n. 21.883, de Joinville, JC 47/96).

Em outro julgado, também deste Tribunal, consignou-se, com cabal aplicação à hipótese:

“Se se presumir a má-fé do segurado somente pela resposta negativa do questionário da proposta do seguro, poder-se-ia afirmar também má-fé da seguradora ao aceitar o seguro, expedir a apólice, receber os respectivos prêmios, sem intenção ou obrigação de pagar a indenização correspondente” (Ap. Cív. n. 39.245, da Capital, rel. Des. José Bonifácio).

O entendimento continua vivo em outras cortes pátrias:

“Enquanto que a boa-fé se presume, a má-fé necessita ser provada; assim, quando a seguradora não exige a realização de exames médicos dos proponentes, não pode esta, sob alega-

ção de má-fé do segurado, eximir-se do pagamento devido” (RT 734/442).

Em suma, não houve má-fé ou, pelo menos, não há prova escorreita que leve a admitir-se que tenha havido. Só o fato de que o segurado padecia de problemas de saúde, tendo comparecido a várias consultas médicas e se submetido a algumas internações hospitalares anteriormente à contratação do seguro, não é o bastante para que, em face do cenário acima retratado, assim se conclua. Mormente em se constatando que o mal remoto de que padecia — doença mental (psicose) ou psiquiátrica crônica, conforme atestado (fls. 58/59) — e que, pelo uso de medicação fortíssima, e não se sabe se também por provocação de alcoolismo (fl. 60, consoante referido nos autos), se agravou ao longo dos anos com outras seqüelas — parkinsonismo e, em certo momento, problemas (não doença) intestinais, segundo igualmente atestado (fls. 33/34) — pelo qual exclusivamente se deram suas internações, nenhuma correlação guarda, *concessa venia* do douto voto discrepante e a despeito de alegações da embargante, simples alegações sem prova segura em contrário, com o mal próximo que o vitimou — infarto agudo do miocárdio. O único quadro que poderia, no caso, manter esse nexos etiológico era somente a hipertensão (PA 16.0/12.0). Porém a apresentou ele apenas em 8/3/89, pois depois foi mantida sempre sob controle (PA 12.0/8.0 — conf. fl. 59).

Então, forçoso era concluir, como o fez o estudado e aprofundado voto vencedor do preclaro Des. Trindade dos Santos, designado para lavrar o r. acórdão embargado, que, por

ter-se embasado nos motivos acima, casmurra foi a negativa da embargante em honrar a cobertura indenizatória contratada.

Com efeito, pois também nesse particular a sábia jurisprudência deste Pretório não comporta temperamentos:

“(…) Má-fé do segurado não caracterizada. Ausência, ademais, de nexos de causalidade eficiente entre o quadro clínico preexistente e a *causa mortis*. Eficácia contratual. Dever da seguradora de honrar as obrigações assumidas.

“Não logrando êxito a companhia seguradora em comprovar a má-fé do segurado e nem a concorrência desta com o nexo de causalidade entre o quadro clínico preexistente e o mal súbito que o vitimou, inafastável a obrigação de honrar o contrato.

“Recurso desprovido” (Apelações Cíveis n. 99.007701-2, de Canoinhas, e n. 98.009432-1, de Papanduva, rel. Des. Silveira Lenzi, j. em 14/9/99 e 20/10/98, respectivamente).

No mesmo sentido:

“(…) Não estando provado que os eventuais problemas de saúde apresentados pelo segurado antes da assinatura do contrato representassem risco à sua vida e restando evidenciado que a patologia que o vitimou não teve relação com moléstias

anteriormente tratadas com sucesso, não se cogita de sua má-fé no preenchimento de questionário da proposta.

“As seguradoras devem comprovar o nexo de causalidade entre a doença antes apresentada e a *causa mortis* para livrar-se do pagamento da indenização” (Apelação Cível n. 96.010924-2, de Blumenau, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. em 16/12/98).

Justa, pois, como dito ao preâmbulo, a solução ministrada à espécie noticiada nos autos pelo douto aresto embargado, pelo que não faz por merecer agasalho a pretensão embargatória de reavivar e fazer prevalecer a sentença de improcedência de primeiro grau que aquele reformou.

Daí por que, à vista de todo o exposto, e desta feita sem discrepância de votos, nega-se provimento aos embargos.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues, Mazoni Ferreira e Carlos Prudêncio.

Florianópolis, 13 de setembro de 2000.

*Anselmo Cerello,*  
*Presidente, com voto;*  
*Gaspar Rubik,*  
*Relator.*

## EMBARGOS INFRINGENTES N. 88.041524-1, DA CAPITAL

**Relator: Des. Trindade dos Santos**

*Embargos de infringência. Atualização das prestações de imóveis adquiridos pelo Sistema Financeiro da Habitação. Divergência sobre o critério de reajustamento. Prevalência do Plano de*

*Equivalência Salarial (PES). Acórdão incensurável. Reclamo recursal rejeitado.*

*De conformidade com os ditames do Decreto-Lei n. 2.164/84, as prestações dos contratos de financiamento para a aquisição da casa própria, pelo Sistema Financeiro da Habitação, impõem-se reajustadas, a contar do ano de 1985, nos mesmos moldes e percentuais de reajuste obtidos pela categoria profissional a que estão vinculados os mutuários. É denominado Plano de Equivalência Salarial (PES) que, para todos os fins e efeitos legais, deve prevalecer sobre o Plano de Correção Monetária, mesmo que este tenha sido o adotado por disposição contratual expressa.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 88.041524-1, da comarca da Capital (6ª Vara Cível), em que é embargante Transcontinental Empreendimentos Imobiliários e Administração de Crédito S.A., sendo embargadas Zenilde Taffarel, Lourdes Taffarel e Ivete Taffarel:*

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Comercial, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

### **I — Relatório**

Transcontinental Empreendimentos Imobiliários e Administração de Crédito S.A., empresa sucessora de Guaíba Negócios Imobiliários S.A., ingressou, com fulcro no art. 530 e seguintes do Código de Processo Civil, com embargos de infringência, objetivando a reforma do acórdão prolatado pela Primeira Câmara Civil na Apelação Cível n. 31.539, que, por maioria de votos, deu provimento parcial ao

recurso, assegurando às apelantes Zenilde Taffarel Lourdes Taffarel e Ivete Taffarel o direito de beneficiar-se com o reajuste das prestações do contrato de financiamento da casa própria, conforme percentual e periodicidade do aumento salarial da categoria profissional a que pertencerem.

Defende a empresa embargante que, a teor do voto vencido, tendo as embargadas pactuado o reajuste das prestações pelo “Plano de Correção Monetária”, não poderiam elas, com base em lei posterior, invocar a mudança da cláusula de reajuste das prestações para aderir, então, ao “Plano de Equivalência Salarial”.

Entende que deve prevalecer o princípio da autonomia da vontade, eis que na época da contratação optaram as recorridas pela variação da OTN, em face do art. 7º do Decreto-Lei n. 2.284/86, que previa a ausência de variação por um período de 12 meses, ao passo que, pelo Plano de Equivalência Salarial, esta variação ocorreria mensalmente, pois o Plano Cruzado I não congelou os salários.

Aponta, outrossim, que a pretensão das embargadas rompe o

equilíbrio econômico-financeiro acertado quando da contratação; argumenta que as prestações contratuais encontram-se inadimplidas desde março/1987, com a ação proposta não podendo ter o efeito de impedir a mora contratual.

Pugnou pela procedência dos embargos, fazendo prevalecer a opinião minoritária proferida pelo Des. João Martins; e em última hipótese que se permita a opção por outro critério de reajuste, após e desde que as recorridas paguem as prestações em atraso, com correção monetária e demais encargos da mora.

Em contra-razões, apontaram as embargadas que, com a edição do Decreto-Lei n. 2.164, de setembro de 1984, ficou estipulado em seu art. 9º que nenhum contrato vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação poderia ter reajuste diverso do Plano de Equivalência Salarial Correção Plena — PES/CP.

Disseram que a discussão tem como pano de fundo a edição do Decreto-Lei n. 2.284/86 (emanado do Plano Cruzado I), que permitiu que as obrigações com prestações superiores a doze meses pudessem ser reajustadas pela OTN.

Contudo, argumentam as recorridas, a norma acima referida tratou, no âmbito geral, de todos os contratos, ou seja, todas as obrigações em geral, não fazendo desaparecer, como quer fazer crer a embargante, a vigência do dispositivo específico dos contratos de financiamento habitacional.

Asseveraram que, com o advento da Lei n. 8.004/90, que dispôs sobre as transferências dos imóveis e quitação do saldo devedor, seu art. 22

acabou com a obrigatoriedade de os contratos vigorarem pelo PES/CP, concluindo, assim, que antes de 1990 eram eles, obrigatoriamente, reajustados conforme o “Plano de Equivalência Salarial”.

Assim, entendem que inexistia, quando da contratação, “opção” de reajustamento, pelo que deveriam, todos os contratos de financiamento para aquisição da casa própria pelo sistema do SFH, ser reajustados conforme o PES/CP.

Requereram o desprovidimento do recurso.

## II — Voto

Objetiva a empresa insurgente, por meio dos presentes embargos infringentes, fazer prevalecer a opinião diferenciada e minoritária exposta no voto vencido proferido na Apelação Cível n. 31.539, da comarca da Capital, pelo qual o Exmo. Sr. Des. João Martins posicionou-se contrário ao entendimento da maioria em permitir a alteração do instrumento particular de compra e venda, mútuo, pacto adjeto de hipoteca e outras avenças, no que tange ao critério ali adotado para a atualização das prestações relativas ao pagamento.

O voto minoritário, esclareça-se, foi contrário ao pedido de revisão da cláusula contratual que adotava como reajuste das prestações do financiamento da casa própria o “Plano de Correção Monetária — PCM” negando a alteração da adoção, em substituição, do “Plano de Equivalência Salarial — PES”.

E a tese discrepante, adotada pela embargante, tem como pilar a não

incidência no contrato revisando do Decreto-Lei n. 2.164, de 19/9/1984, eis que firmado o pacto de financiamento em data posterior a sua vigência.

Contudo, a opinião diferenciada não merece ser respaldada pelos presentes embargos infringentes.

Inicie-se observando que a ação ordinária sob enfoque foi interposta no ano de 1987, ou seja, há mais de 10 anos, antes da promulgação da Constituição Federal que se encontra hoje em vigor, bem como antecedentemente ao próprio Código de Defesa do Consumidor.

Todavia, a conscientização de que as instituições bancárias, mesmo aquelas que se propunham a viabilizar a casa própria, impunham aos seus mutuários exigências e cláusulas contrárias à própria norma vigente, levando-os, na maioria dos casos, a abandonar as residências financiadas, pela impossibilidade material de arcar com as prestações pertinentes, fez com que bandeiras fossem levantadas em favor dos hipossuficientes, frutificando em seu favor, não somente sentenças e acórdãos, como também um ordenamento próprio, que levou o nome de Código de Defesa do Consumidor.

Sobre os contratos de crédito habitacional leciona o renomado Arnaldo Rizzardo:

“No contrato de financiamento da casa própria, o mutuário nem tem a faculdade de discutir com a outra parte sobre o conteúdo do já ordenado previamente. A ele cabe subordinar-se, aderindo às condições preestabelecidas, para ter financiada, pelos termos do sistema, a aquisição da moradia pretendida.

“No caso das prestações, é o Poder Executivo que formula a política de reajustamento e estabelece as taxas ou índices de correção monetária da moeda. Fica ao puro e exclusivo arbítrio de uma das partes contratantes o encargo de definir o montante dos reajustes. Até 1994, em face dos desacertos das medidas governamentais, a desvalorização de nossa moeda atingia índices jamais experimentados. Em decorrência, os aumentos, para compensar tal defasagem, eram cada vez mais aleatórios e surpreendentes, fora da previsão de qualquer estimativa mais atenta, tal realidade colocava todos os brasileiros diante de um impasse intransponível. A forma de cálculo dos índices nunca se mantinha objetivamente definida. Havia, de certo modo, a configuração do estatuído no art. 115, parte final, do CC: ‘São lícitas, em geral, todas as condições que a lei não vedar expressamente. Entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o ato, ou o sujeitem ao arbítrio de uma das partes’” (Contratos de Crédito Bancário, 4ª ed., RT: São Paulo, 1999, pág. 118).

Sabe-se que sempre foi aspiração da população a compra da casa própria, e na angústia de obter um financiamento, como única forma de realizar o sonho, submete-se o mutuário às cláusulas que são lançadas no contrato já impresso. Nada é discutido. As fórmulas já vêm prontas.

No caso em comento, esclareça-se, o contrato foi firmado em 30 de outubro de 1986, tendo como cláusula preponderante a do reajustamento das prestações pela regência do “PCM”, Plano de Correção Monetária.



Contudo, anteriormente a esta data, pelo Decreto-Lei n. 2.164, de 19 de setembro de 1984, foi instituído o Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP), com o respectivo art. 9º estabelecendo que o reajuste das prestações corresponderia ao mesmo percentual e periodicidade do aumento de salário da categoria profissional do mutuário.

Transcreve-se:

“Art. 9º. Os contratos para a aquisição de moradia própria, através do SFH, estabelecerão que, a partir do ano de 1985, o reajuste das prestações neles previsto corresponderá ao mesmo percentual e periodicidade do aumento de salário da categoria profissional a que pertencer o adquirente”.

Diante de tal norma, haveria a possibilidade, então, de os contratos de financiamento da casa própria serem atualizados conforme o PES — Plano de Equivalência Salarial, que na ocasião atenderia a finalidade da justiça social, tornando mais baixas as prestações do financiamento.

Ao tratar do assunto, o renomado André Luiz Mendonça da Silva observa:

“Assim, em todos os contratos firmados com o PES/CP, desde 1º/1/85 até 14/3/90, consta ou pelo menos deveria constar a cláusula com o vetor limitativo determinado pelo § 1º do art. 9º já mencionado. Todavia os agentes financeiros e o sistema, dando-se conta de que se aplicado tal vetor as prestações teriam seu valor altamente reduzido, tratam de dar pouca divulgação àquela determinação legal e em alguns contratos em que tal cláusula vem expressa sua redação ora se dá na forma da UPC +

7% ou na forma da variação do IPC (INPC) + 0,5%, ou, ainda, na forma da UPC + 0,5%” (Questões do Sistema Financeiro da Habitação, Curitiba: Juruá, 2000, pág. 42).

Tem-se, ainda, que o Decreto-Lei n. 2.284 de 19 de março de 1986, editado meses antes da contratação aqui em foco, rezava no § 1º do art. 10 que:

“Em nenhuma hipótese a prestação do Sistema Financeiro da Habitação será superior à equivalência salarial da categoria profissional do mutuário”.

Destarte, não existe fundamento para a argumentação exposta nos presentes embargos de infringência, uma vez constatar-se de uma simples leitura conjunta dos dois preceitos antes transcritos que irregular foi a pactuação no referente à forma de atualização das prestações do contrato em exame, porquanto deveria ter sido adotado, no contrato, o critério da equivalência salarial e não o da correção monetária!

Mesmo diante dos princípios que até então norteavam os contratos — o do *pacta sunt servanda* e o da *autonomia da vontade* —, pelos quais deve prevalecer a força obrigatória dos contratos, cabia ao Judiciário, diante de ilegalidade ou nulidade existentes, rever as cláusulas pactuadas, afastando os defeitos, cassando sua vigência, cedendo à necessidade de estabelecer o equilíbrio da relação contratual.

E não se perca de vista que o próprio acórdão embargado assim colocou a questão:

“Ora, não se trata aqui de opção da possibilidade do exercício de opção de um plano para outro. Tendo sido o

contrato firmado em data posterior à vigência do mencionado Decreto-Lei não poderia deixar de consagrar o novo critério de reajustamento, diante da imperatividade *preceptum juris* referido no parágrafo anterior” (pág. 110).

Professa sobre o tema Waterloo Marchesini Júnior:

“(…) compete ao Poder Judiciário intervir nos contratos imobiliários vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação, de modo a afastar as ambigüidades e distorções, arbitrárias e abusivamente impostas aos aderentes. As cláusulas potestativas, que tornaram ineficaz a avença, por conseguinte, devem ser interpretadas e fulminadas, sempre que ocorrer a lide, mantendo-se o princípio da igualdade, que pode e, excepcionalmente, deve se sobrepor ao princípio da forma obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda*)” (A Propriedade, o Mútuo e a Hipoteca no Sistema Financeiro de Habitação. Ed. Juruá, Curitiba, 1992, págs. 40/41).

Evidenciado, em sendo assim, que o contrato em questão, tipicamente de adesão, inseriu indevidamente cláusula de reajuste das prestações do financiamento, tornando mais onerosas as prestações do financiamento, desvirtuando o objetivo desse tipo de operação, que não é, senão, a viabilização do direito à habitação.

Manifestando-se sobre o tema, disse o Superior Tribunal de Justiça:

“Direito civil. Contratos do Sistema Financeiro da Habitação. Plano de Equivalência Salarial *versus* cláusulas de reajuste pelos índices aplicados à poupança livre.

“1 — Nos contratos regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação há

de se reconhecer a sua vinculação, de modo especial, além dos gerais, aos seguintes princípios específicos:

“a) o da transparência, segundo o qual a informação clara e correta e a lealdade sobre as cláusulas contratuais ajustadas deve imperar na formação do negócio jurídico;

“b) o de que as regras impostas pelo SFH para a formação dos contratos, além de serem obrigatórias, devem ser interpretadas com o objetivo expresso de atendimento às necessidades do mutuário, garantindo-lhe o seu direito de habitação, sem afetar a sua segurança jurídica, saúde e dignidade;

“c) o de que há de ser considerada a vulnerabilidade do mutuário não só decorrente da sua fragilidade financeira, mas, também, pela ânsia e necessidade de adquirir a casa própria e se submeter ao império da parte financiadora, econômica e financeiramente muitas vezes mais forte;

“d) o de que os princípios da boa-fé e da equidade devem prevalecer na formação do contrato.

“2 — Há de ser considerada sem eficácia e efetividade cláusula contratual que implica em reajustar o saldo devedor e as prestações mensais assumidas pelo mutuário, pelos índices aplicados às cadernetas de poupança, adotando-se, conseqüentemente, a imperatividade e obrigatoriedade do Plano de Equivalência Salarial.

“3 — Recurso provido” (REsp n. 85521-PR, rel. Min. José Delgado, DJU de 3/6/1996).

E do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, colhe-se o seguinte precedente:

“Embargos infringentes — Critério para atualização das prestações da casa própria pelo Sistema Financeiro da Habitação (SFH).

“Divergência sobre o reajuste das prestações — Plano de Equivalência Salarial (PES) e Plano de Correção Monetária (PCM).

“Embargos rejeitados.

“O princípio norteador dos contratos de que devem ser cumpridos, porque são lei entre as partes, sofre restrições, de acordo com o artigo 82 do Código Civil, cessando a liberdade das partes estipular as condições que quiserem quando a lei vedar expressamente.

“O Decreto-Lei n. 2.164/84 dispõe que os contratos para a aquisição de moradia própria, através do SFH, devem estabelecer, a partir de 1985, cláusula de reajuste das prestações correspondentes ao mesmo percentual de salário da categoria profissional a que pertencer o adquirente, o chamado Plano de Equivalência Salarial (PES).

“Pelos normas legais estabelecidas, todos os contratos firmados de janeiro de 1985 a 14 de março de

1990, no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), eram obrigatoriamente vinculados ao Plano de Equivalência Salarial (PES)” (Embargos Infringentes n. 188, da Capital, rel. Des. José Bonifácio Silva).

Pelos motivos expostos, apoiados na inexistência de qualquer possibilidade de serem os argumentos deduzidos pela embargante considerados a ponto de reverter a decisão majoritária, é de ser negado provimento ao recurso.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, desprovê-se o recurso de embargos infringentes.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cercato Padilha, Cláudio Barreto Dutra, Sérgio Paladino e Silveira Lenzi.

Florianópolis, 14 de novembro de 2001.

*Pedro Manoel Abreu,*  
*Presidente, com voto;*  
*Trindade dos Santos,*  
*Relator.*

# **JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL**



## HABEAS CORPUS

### HABEAS CORPUS N. 01.016093-5, DE CAMPOS NOVOS

Relator: Des. Alberto Costa

Habeas corpus — *Homicídio duplamente qualificado — Prisão preventiva — Alegação de constrangimento ilegal, por apresentar-se desfundamentado o edito preventivo, e não se fazerem presentes os motivos ensejadores da segregação cautelar e tratar-se o paciente de réu primário, portador de bons antecedentes, com residência fixa, emprego definido e família constituída — Alegações improcedentes — Despacho suficientemente fundamentado, fulcrado na garantia da ordem pública, na conveniência da instrução criminal e da aplicação da lei penal, obedecendo os ditames dos artigos 312 e 315 do Código de Processo Penal — Ausência de constrangimento ilegal — Ordem denegada.*

— *O despacho que decreta a prisão preventiva do paciente, para garantia da ordem pública em face da gravidade do crime e da periculosidade do agente; por conveniência da instrução criminal, a fim de evitar que o agente, pessoa influente no meio social do local onde o crime foi praticado, possa exercer influência na prova a ser coletada; e para o asseguramento da aplicação da lei penal, visando a impedir que o paciente, foragido do distrito da culpa desde o cometimento do delito, possa, se colocado em liberdade e diante de qualquer outra contrariedade, evadir-se novamente tomando rumo ignorado, não pode ser acoimado de desfundamentado, justamente porque justificadas e assentadas todas as suas premissas no disposto nos artigos 312 e 315 do Código de Processo Penal, não podendo, por isso, ser revogado, vigindo, ademais, na espécie dos presentes autos, o princípio da confiança no juiz do processo.*

— *Os bons predicados que o paciente possa ter, em tese, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa, emprego definido e família constituída, não constituem empeco à decretação*



*de sua prisão preventiva, quando em jogo estão os superiores interesses da justiça, dentre os quais ressai o de acautelar o meio social contra a criminalidade violenta.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 01.016093-5, da comarca de Campos Novos (2ª Vara), em que são impetrantes os Drs. André Mello Filho, Ricardo Fagundes e Marcelo Luciano Vieira de Mello e paciente Almir Fernando Lopes:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por maioria de votos, denegar a ordem, vencido o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi.

Trata-se de ordem de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrada em favor de Almir Fernando Lopes, recolhido ao presídio regional de Joaçaba, em decorrência de prisão preventiva decretada pelo Juízo da 2ª Vara da comarca de Campos Novos, após aditamento à denúncia, dando-o como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, incisos I e IV, c/c o artigo 29, ambos do Código Penal.

Os impetrantes objetivam a devolução do *status libertatis* do paciente, ao argumento de estar ele sofrendo constrangimento ilegal, em virtude de não se fazerem presentes os motivos ensejadores da segregação cautelar previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, e tratar-se de primário, de bons antecedentes, com residência fixa, emprego definido e família constituída.

Afirmam, também, que o despacho preventivo carece de fundamentação, consoante determinado pelo artigo 315 do Estatuto Processual

Penal, estando calcado, apenas, em conjecturas e na gravidade do delito.

A liminar foi denegada à fl. 326.

Solicitadas as informações, a autoridade judiciária apontada como coatora esclarece que, após ser oferecido aditamento à denúncia, imputando ao paciente a prática do delito de homicídio duplamente qualificado, foi-lhe decretada a prisão preventiva, sob os seguintes fundamentos: a forma como o crime foi cometido, demonstrando a periculosidade dos réus; o fato de encontrar-se foragido do distrito da culpa; e, porque, a autoridade policial tinha dificuldades nas investigações, evidenciada pela possibilidade efetiva dos pacientes influírem na colheita da prova, em face do delito ter sido mediante paga ou promessa de recompensa.

Acrescenta, também, que o paciente, após determinado tempo foragido, apresentou-se em Juízo, sendo interrogado, admitindo, no entanto, ter ciência de haver contra si ordem de prisão, e, como justificativa, afirmou não ter-se apresentado desde logo porque precisava trabalhar.

Por derradeiro, aduz que a instrução criminal está em ritmo intenso, estando designada uma audiência para o dia 14/9/2001, a fim de inquirir duas testemunhas referidas, a pedido da defesa, e exibição de fita de vídeo (degravação), encontrando-se, também, os autos no aguardo da conclusão de perícia grafotécnica do co-réu Fernando Sebastião Lopes.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

A ordem é de ser denegada.

Conforme se infere das informações prestadas pelo Togado e dos termos do despacho preventivo, cuja cópia está entranhada na impetração, a restrição da liberdade corporal do paciente foi decretada sobre tríplice fundamento, vale dizer, como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, à vista de haver, segundo preceitua o artigo 312 do Código de Processo Penal, prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Como primeiro fundamento da prisão cautelar, o doutor Juiz de Direito *a quo* deduziu a argumentação de estar demonstrada a necessidade da segregação do paciente e seus asseclas, para evitar lesão à ordem pública, visando a acautelar, destarte, o meio social e a própria credibilidade da justiça, em face da gravidade do crime praticado, de sua repercussão na pacata cidade de Campos Novos, além da periculosidade dos réus, no cometimento do crime, dentre eles o acusado, que possui grau de parentesco com elevada autoridade municipal daquela Comarca, circunstância como aludiu o ilustre Procurador de Justiça, doutor Moacyr de Moraes Lima Filho, em seu parecer de fls. 338/342, “que faz com que a sociedade requeira de forma mais veemente a tomada de providências que visem a

coibir violência como a que foi praticada no caso em comento”.

Já decidiui o colendo Superior Tribunal de Justiça que, “A grande comoção que o crime, com as suas graves e altamente reprováveis circunstâncias, causa na comunidade enseja a segregação cautelar para garantia da ordem pública, ainda que o réu seja primário e de bons antecedentes” (RSTJ 104/429).

“Não se vislumbra ilegalidade na decisão que decretou a custódia cautelar do paciente, se demonstrada a necessidade da prisão, atendendo-se aos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante, sendo que a gravidade do delito e a periculosidade do agente podem ser suficientes para motivar a segregação provisória como garantia da ordem pública. Precedentes” (HC n. 12964/RJ – Rel. Min. Gilson Dipp — DJU 17/9/01 — pág. 175).

O segundo fundamento sobre o qual se assenta o decreto preventivo expedido contra o ora paciente é o da conveniência da instrução criminal, justo para impedir que o paciente, cidadão com destaque no meio social de Campos Novos, pelo motivo antes referido, possa tentar influir, como diz S. Exa., o digno Magistrado, “nos futuros depoimentos a serem tomados em Juízo das testemunhas arroladas pelo Ministério Público”.

Quanto a esse aspecto, valioso o ensinamento de Julio Fabbrini Mirabete, citado pelo nobre Magistrado, *in verbis*:

“Também pode ser decretada a prisão preventiva por conveniência da instrução criminal, ou seja, para assegurar a prova processual contra a

ação do criminoso, que pode fazer desaparecer provas do crime, apagando vestígios, subornando, aliciando ou ameaçando testemunhas etc.” (Código de Processo Penal Interpretado, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 1997, pág. 414).

A garantia da aplicação da lei penal constitui o derradeiro fundamento do Togado posto no decreto preventivo, visando, como afirma S. Exa., firme na lição de Mirabete, “impedir o desaparecimento do autor da infração que pretenda se subtrair aos efeitos da eventual condenação” (*op. cit.*, pág. 416), mesmo porque, aduz, desde que tomou conhecimento da decretação da sua prisão temporária, o paciente evadiu-se do distrito da culpa, circunstância que, por si só, já é suficiente para a decretação de sua segregação provisória.

Nesse ponto, conforme já decidiu o Excelso Pretório:

“A simples fuga do acusado do distrito da culpa, tão logo descoberto o crime praticado, já justifica o decreto de prisão preventiva” (STF, RT 497/403).

É bem de ver, repita-se, que na hipótese vertente, a prisão preventiva decretada contra o ora paciente visando à segurança da aplicação da lei penal impunha-se como medida de justiça, em face da sua fuga para local ignorado, apresentando-se em Juízo 45 (quarenta e cinco) dias depois, nada indicando, por isso, que em liberdade, “diante de qualquer outra contrariedade venha a novamente se evadir do distrito da culpa” (parecer ministerial cit., fl. 341).

O decreto de prisão preventiva contra o qual os ilustres impetrantes se insurgem, e bem ao contrário do que argumentam, apresenta-se suficientemente fundamentado, cumprindo as exigências dos artigos 312 e 315 do Código de Processo Penal, impendendo acrescentar que o fato de que o paciente possa ter os predicados da primariedade, dos bons antecedentes, da residência fixa, de possuir emprego definido e família constituída, não constitui empecilho à decretação de sua prisão preventiva, quando em jogo os superiores interesses da justiça, dentre os quais ressalta o de acautelar o meio social contra a criminalidade violenta, vigindo, ademais, no caso sob exame, o princípio da confiança no juiz do processo, o qual, por conhecedor do meio ambiente e por encontrar-se mais próximo dos fatos e das pessoas neles envolvidas, é quem dispõe de elementos mais firmes para aquilatar a necessidade da prisão, no resguardo, sempre, da credibilidade da justiça.

Por esses motivos, a Câmara, por maioria de votos, denega a ordem. Vencido o eminente Des. Jorge Mussi que a concede.

Participaram do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 18 de setembro de 2001.

*Alberto Costa,*  
*Presidente e Relator.*

**HABEAS CORPUS N. 01.023853-5, DE BLUMENAU****Relator: Des. Maurílio Moreira Leite**

Habeas corpus. *Prisão em flagrante pela prática de furto qualificado. Concessão de liberdade provisória mediante o pagamento de fiança. Benefício não usufruído em face da falta de condições financeiras do paciente, que permaneceu preso, indevidamente, pois não cumprido o disposto no artigo 350 do Código de Processo Penal. Sentença condenatória. Negativa do direito de apelar em liberdade, em virtude da prisão durante a instrução. Constrangimento que se mostra evidente. Ordem concedida.*

*Nos termos do artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, redação que lhe deu a Lei n. 6.416/77, na hipótese de prisão em flagrante, não sendo pertinente a custódia cautelar, a liberdade provisória deve ser concedida, independentemente de prestação de fiança, sob a condição, tão-somente, de “comparecimento a todos os atos do processo”.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 01.023853-5, da comarca de Blumenau, em que é impetrante a Justiça, por seu Promotor, e paciente Rafael dos Santos:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem para que o paciente aguarde o julgamento do recurso interposto em liberdade, se por outro motivo não estiver preso.

Em Blumenau, Rafael dos Santos e Márcio Alberto Quadros foram presos em flagrante no dia 1º de julho de 2001, pela prática do delito tipificado no artigo 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal, resultando denunciados pelo fato perante o juízo da 1ª Vara Criminal daquela comarca. Antes da realização do interrogatório, foi concedida liberdade provisória a Rafael, mediante o pagamento de fiança, quantificada em dois salários míni-

mos, “porquanto não incide em nenhuma das vedações dos artigos 323 e 324 do CPP” (fl. 38). À fl. 40, Rafael apresentou declaração no sentido de que não possuía condições financeiras de arcar com o pagamento do valor estipulado a título de fiança, tendo permanecido preso durante todo o processamento do feito.

Finda a instrução, ambos os réus resultaram condenados pelo fato articulado na denúncia, ficando Rafael apenado com dois anos de reclusão, e Márcio com dois anos e três meses, mais o pagamento de vinte e cinco dias-multa, à razão diária de um trigésimo do salário mínimo, para cada um. Para o cumprimento das penas privativas de liberdade, foi fixado regime inicial fechado, tendo em conta a análise da personalidade dos acusados, “indicando que os mesmos não dispõem, ainda, de autodisciplina e senso de responsabilidade para o cumprimento da sanção em regime

menos rigoroso”. Pela mesma razão, não foram agraciados com qualquer tipo de substituição, nem mesmo *sur-sis*. E, “por encontrarem-se os acusados recolhidos provisoriamente”, foi-lhes negado o direito de recorrer em liberdade.

Da sentença, recorreu o representante do Ministério Público, visando à redução da pena imposta a Márcio, “e conceder a ambos os acusados a substituição da pena corporal irrogada por duas medidas restritivas de direito, senão fixando-lhes o regime aberto de cumprimento da pena privativa de liberdade, obedecendo-se, em qualquer caso, a detração respectiva, como resposta justa, legal e suficiente ao ato cometido”.

Por meio de *habeas corpus*, impetrado pelo Promotor de Justiça da 1ª Vara Criminal da comarca de Blumenau, é pretendido que solto o réu Rafael dos Santos aguarde o julgamento do recurso que interpôs, ao argumento de que, “não obstante as colocações feitas na decisão em objeto, a manutenção da segregação cautelar do paciente, *data venia*, não se justifica, já que não evidenciada sua periculosidade, inexistindo probabilidade de dano à ordem pública, circunstância a impor a devida correção do *decisum*”.

Instadas, foram prestadas as informações pertinentes, asseverando a autoridade judicial que o recurso interposto pelo representante do Ministério Público encontra-se no aguardo da apresentação das contra-razões pela defesa dos réus e, “tendo em vista o disposto no art. 364 e seguintes do Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça, determi-

nou-se a instauração do PEC provisório e remessa do mesmo ao Ministério Público” (fls. 129/130).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Luiz Fernando Sirydakís, manifestou-se pela denegação da ordem, considerando o fato de o paciente ter respondido preso ao processo.

É o relatório.

Com razão o impetrante.

Não se desconhece o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que, se preso esteve o réu durante a instrução, assim deverá permanecer após prolatada a sentença condenatória.

No entanto, no presente caso, muito embora o paciente tenha sido preso em flagrante, e respondido ao processo nessa condição, existe uma peculiaridade, em que consistiu o constrangimento ilegal ensejador da presente ordem.

À fl. 38, no dia 18 de julho de 2001, a autoridade judicial concedeu-lhe liberdade provisória, mediante o pagamento de fiança, no valor de dois salários mínimos, “porquanto não incide em nenhuma das vedações dos artigos 323 e 324 do CPP”. No dia seguinte, o paciente juntou declaração de pobreza, afirmando não possuir condições financeiras de arcar com o valor fixado a título de fiança. Portanto, aplicável seria o disposto no artigo 350 do Código de Processo Penal, do seguinte teor: “Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando ser impossível ao réu prestá-la, por motivo de pobreza, poderá conceder-lhe a liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328. Se o réu infringir, sem motivo jus-

to, qualquer dessas obrigações, ou praticar outra infração penal, será revogado o benefício”.

Entretanto, após a juntada desse documento aos autos, nenhuma das partes, nem mesmo a autoridade judicial, manifestou-se a respeito, prosseguindo o feito em todos os seus trâmites, até a prolação da sentença condenatória. Ao conceder liberdade provisória, mediante o pagamento de fiança, ao paciente, a autoridade judicial, implicitamente, reconheceu a inexistência dos motivos determinantes da prisão preventiva (artigo 324, inciso IV, do Código de Processo Penal). Assim, o único motivo determinante de sua manutenção na prisão foi o não pagamento da fiança. E, sobre a questão, já se decidiu que “A fixação de fiança em valor impossível de ser atendido pelo acusado, dada a sua condição econômico-financeira, equivale praticamente à denegação do benefício legal” (TacrimsP, RT 512/384).

Mas não é só. Com o advento da Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977, que acrescentou parágrafo único ao artigo 310 do Código de Processo Penal, nos casos de flagrante, a liberdade provisória deverá ser concedida, salvo nos casos previstos na Lei n. 8.072/90, se à hipótese não

for pertinente a decretação da prisão preventiva, sob a condição, tão-somente, de “comparecimento a todos os atos do processo”. Assim, na espécie, reconhecida a desnecessidade de custódia cautelar, a liberdade provisória deveria ter sido deferida, independentemente do pagamento de fiança, que deixou de existir na hipótese tratada. Ora, não tendo sido concedido o benefício de aguardar solto a solução do recurso interposto, em seu favor, sob o argumento de que respondeu preso todo o desenrolar da instrução, quando, por direito deveria tê-lo feito solto, evidente o constrangimento ilegal.

Em face do exposto, a ordem é concedida para que o paciente aguarde em liberdade a solução do apelo interposto, se por outro motivo não estiver preso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva, e lavrou o parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakís.

Florianópolis, 11 de dezembro de 2001.

*Jorge Mussi,*  
*Presidente, com voto;*  
*Maurílio Moreira Leite,*  
*Relator.*

## **HABEAS CORPUS N. 01.023021-6, DE BLUMENAU**

**Relator: Des. Irineu João da Silva**

*Excesso de prazo na formação da culpa — Tráfico ilícito de entorpecentes — Exame de dependência toxicológica — Prazo que se conta em dobro — Constrangimento ilegal incorrente — Ordem denegada — Recomendação para que se retome a instrução, porque as regras da suspensão do CPP não se aplicam à Lei n. 6.368/76 e o*



*laudo poderá ser juntado até a audiência de instrução e julgamento (art. 25).*

Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Habeas Corpus n. 01.023021-6, da comarca de Blumenau (2ª Vara), em que são impetrantes as advogadas Rozéli Neckel Moretto e Luciane de Souza Silochi, sendo paciente Jair de Souza:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, denegar a ordem.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, interposto pelas advogadas Rozéli Neckel Moretto e Luciane de Souza Silochi, em favor de Jair de Souza, preso em flagrante e denunciado, na comarca de Blumenau, por infração ao art. 12 da Lei n. 6.368/76.

Sustentam as impetrantes que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, porque há excesso de prazo na formação da culpa, eis que está preso desde 11/8/2001 e até agora a instrução não se encerrou.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 13/14), e, solicitadas informações, esclareceu a autoridade judiciária apontada como coatora que o paciente foi interrogado e declarou ser viciado, motivando a realização de exame de dependência toxicológica, sendo suspenso o processo (fls. 20/21).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Hipólito Luiz Piazza, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

1. O paciente foi denunciado pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, equiparado a hediondo e insuscetível de liberdade provisória.

Nenhum constrangimento se oferece, de pronto, capaz de ensejar a sua soltura, haja vista a ausência de demora na instrução criminal. Assim porque, o próprio paciente, ao se declarar viciado, obrigou, conseqüentemente, 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. Referido exame, como é sabido, demanda sempre algum tempo (às vezes até maior do 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.

Por outro lado, o prazo para o término da instrução dos processos de rito especial inserido 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 a 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.

Além disso, quando há exame de dependência toxicológica, àqueles 76 dias devem ser somados os dias deferidos na lei para sua realização

(30 dias, ao dobro); Damásio de Jesus aponta três posições: 1ª) o prazo máximo de prisão é de *cento e noventa e dois dias* (TJSP, HC n. 112.832; TJSP, HC n. 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) (Lei Antitóxicos Anotada, 4ª ed., SP: Saraiva, 1999, pág. 167).

Este egrégio Tribunal de Justiça tem adotado a segunda posição.

No caso, se o paciente foi preso em 11/8/2001, sendo-lhe deferida a realização de exame de dependência toxicológica, até a data da impetração (20/11/2001) transcorreram 99 (noventa e nove) dias e 118 (cento e dezoito) dias até a data de hoje. Portanto, não há constrangimento a ser reparado.

2. Registra-se, por fim, a título de recomendação e não ultrapassado o prazo para o término da instrução,

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, pois a Lei n. 6.368/76 preceitua que ele poderá ser juntado “até a audiência de instrução e julgamento” (art. 25). Assim, a prova pode ser produzida e depois pode aguardar-se a realização e juntada do laudo.

3. Diante do exposto, denege-se a ordem.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino, e lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 18 de dezembro de 2001.

*Jorge Mussi,*  
*Presidente com voto;*  
*Irineu João da Silva,*  
*Relator.*

## APELAÇÕES CRIMINAIS

### APELAÇÃO CRIMINAL N. 01.013655-4, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Amaral e Silva

*Processual e penal — Tráfico — Apreensão de 50.750 gramas de maconha — Depoimentos de policiais — Validade — Prova farta — Concurso de agentes — Incidência da causa de aumento prevista no art. 18, III, da Lei n. 6.368/76 — Dosimetria — Pena-base exacerbada — Redução — Confisco de veículo — Falta de prova de que estivesse previamente preparado para o transporte da droga — Exclusão de efeito genérico da sentença — Condenação mantida.*

*Comete o crime de tráfico ilícito de entorpecentes quem transporta mais de 50kg de maconha.*

*Pequenos desencontros de informações entre depoimentos de policiais não basta a invalidá-los, principalmente quando referentes a acontecimentos periféricos.*

*A associação, descrita no inciso III do art. 18 da Lei de Tóxicos, corresponde ao concurso de pessoas previsto na Lei Penal Básica.*

*“A pena de confisco prevista no art. 34 da Lei n. 6.368/76 deve ser reservada àquelas hipóteses em que os veículos utilizados no transporte de entorpecentes sejam adremente preparados para tal finalidade, ou, quando não, que se demonstre seguramente que sua utilização não foi ocasional e episódica. Ausentes uma e outra situação, a revogação da medida adotada em primeiro grau se impõe, pois o instituto reclama exegese restritiva” (Ap. Crim. n. 99.003188-8, de Fraiburgo, rel. Des. Paulo Gallotti).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 01.013655-4, da comarca de Balneário Camboriú, em que são apelantes Nédio*

*Ricardo Rogoski e Adonias da Silva, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial aos recursos para reduzir as penas e excluir o confisco do veículo apreendido. Vencido o Exmo. Sr. Des. Genésio Nollí quanto à dosimetria da pena-base e ao confisco.

Custas na forma da lei.

### I — Relatório

Nélio Ricardo Rogoski e Adonias da Silva restaram condenados à pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 186 (cento e oitenta e seis) dias-multa, no valor individual de R\$ 0,61 (sessenta e um centavos) por infração ao art. 12, *caput*, c/c o art. 18, III, ambos da Lei n. 6.368/76.

Inconformados, apelam.

Nélio Ricardo alega, em síntese, preliminarmente, que houve cerceamento de defesa, pois não foi intimado da expedição de carta precatória. No mérito, pleiteia a absolvição sustentando inexistir nos autos prova suficiente para o decreto condenatório; alternativamente, requer a redução da pena, afastando-se o aumento do inciso III do art. 18 da Lei n. 6.368/76, e a devolução do automóvel apreendido. Diz que não há fundamentação legal para o confisco.

Adonias, também em resumo, sustenta, preliminarmente, que houve nulidade da sentença, pois a circunstância de aumento de pena do art. 18, III, da Lei n. 6.368/76 não foi descrita na denúncia, não podendo ser aplicada. No mérito, pugna pela absolvição por falta de prova, alegando serem contraditórios os depoimentos dos policiais.

Também em síntese, diz o Dr. Promotor que a sentença deve ser reformada somente no que tange à dosimetria da pena, reduzindo-se a pena-base aplicada.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e provimento parcial dos recursos para reduzir a pena.

Os apelos seguiram os trâmites legais.

### II — Voto

1 — Não há nulidade que macule o processo.

Alega Nélio Ricardo Rogoski que houve cerceamento de defesa, pois não foi intimado da expedição da segunda carta precatória para a ouvida da testemunha Cecílio Antônio Peruchim.

Consta dos autos que a defesa de Nélio foi regularmente intimada da remessa da precatória para a comarca de Chapecó (fl. 100), que foi remetida à comarca de Videira após informações de que a testemunha lá se encontrava.

A falta de intimação da remessa de carta precatória para Videira constitui nulidade relativa (Súmula 155 do STF), que tinha de ser alegada na primeira oportunidade.

É sabido que se tratando de irregularidade ocorrida durante a instrução criminal, o momento oportuno para arguir a nulidade é o das alegações finais. Não o fazendo, a matéria tornou-se preclusa.

Ensina E. Magalhães Noronha:

“Não obstante, o Código tratou de fixar o momento oportuno em que

devem ser invocadas as nulidades, entendendo, para algumas, que serão tidas como sanadas, se não forem opostas em momento tempestivo.

“(…)

“As da instrução, no processo da competência do juiz singular e dos processos especiais, excetuados o *sumário* e o de *aplicação de medida de segurança* no quase-delito, devem ser levantadas quando as partes apresentarem suas obrigações finais (art. 500)” (Curso de Direito Processual Penal, 26ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998, págs. 447/448).

Alberto Silva Franco e outros anotaram:

“Defesa — Cerceamento — Inquirição da vítima — Intimação de expedição de carta precatória (omissão) — Nulidade relativa. ‘É relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunha (Súmula 155). Recurso de *habeas corpus* não provido’ (STF, RHC n. 57.562-5, rel. Rafael Mayer, DJU 7/3/80, pág. 1.174)” (Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial, vol. 2, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pág. 2.716).

‘É relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação do ato de se expedir precatória para se inquirir testemunha’ (STF, RHC, rel. Antonio Neder, RTJ 69/706)” (*op. cit.*).

‘Se em momento algum — defesa prévia, instrução e alegações finais — argüiu a defesa falhas no processamento do feito, quedam-se elas sanadas, não merecendo acolhida em fase de apelação’ (TACrimSP, AP, rel. Lauro Alves, JUTACrimSP 56/392)” (*op. cit.*, pág. 2.715).

Também não merece prosperar a alegação de Adonias da Silva quanto à nulidade da sentença por haver sido reconhecida circunstância de aumento de pena não descrita na denúncia, ocorrendo *mutatio libelli*.

Ora, como reconheceu a defesa, consta da denúncia (fls. 2/3) que o delito foi cometido em concurso de agentes.

É cediço que a causa de especial aumento de pena descrita no inciso III do art. 18 da Lei de Tóxicos equivale ao concurso de agentes do Código Penal (art. 29).

Assim, não há falar na *mutatio libelli* do art. 384 do CPP e sim na *emendatio libelli* do art. 383 do mesmo diploma legal.

A conduta veio expressamente descrita na denúncia, deixando claro que ambos os apelantes transportavam a droga no veículo de Nédio. A Magistrada *a quo*, na sentença, apenas corrigiu a tipificação dada pelo Promotor, adequando-a à legislação específica.

Julio Fabbrini Mirabete explica:

“O Código não adotou de modo absoluto o princípio da *mutatio libelli*, permitindo que a sentença possa considerar na capitulação do delito dispositivos penais diversos dos propostos especificamente pela denúncia. Dispõe o art. 383: ‘O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave’. Na verdade não há na hipótese verdadeira alteração do libelo (*mutatio libelli*), mas, simplesmente, uma corrigenda da peça acusatória (*emendatio libelli*).

“(…)

“Estando descritos os fatos e circunstâncias, podem ser reconhecidas, embora não articuladas na denúncia ou queixa, qualificadoras e causas de aumento de pena, evidentemente com aplicação de pena mais grave. Mais do que isso, pode o juiz na sentença condenar por outro crime descrito, sem que tenha sido capitulado na inicial, ou seja, sem que houvesse específica imputação” (Processo Penal, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 1996, págs. 443/444).

É entendimento nesta Corte:

“Nulidade da sentença — Classificação jurídica diversa da constante na exordial acusatória — Alegada vulneração ao princípio da correlação no tocante à incidência da majorante descrita no art. 18, III, da Lei n. 6.368/76 — Co-autoria devidamente descrita na denúncia — Inocorrência de julgamento *extra petita* — Hipótese de *emendatio libelli* — Dispensabilidade de abertura de prazo para a manifestação da defesa — Eiva inconsistente” (Ap. Crim. n. 00.022743-9, de Fraiburgo, rel. Des. Jorge Mussi).

“Se a denúncia preenche todos os requisitos do art. 41 do CPP, identificando as partes, narrando o fato de modo a situá-lo, no tempo e no espaço, descrevendo, ademais, mesmo que de forma sucinta, a conduta do réu, assim como a causa especial de aumento de pena descrita no artigo 18, III, da Lei de incidência, proporcionando a ampla defesa do réu, não há falar em nulidade por inépcia da denúncia e/ou não observância do art. 384, do CPP” (Ap. Crim. n. 99.009968-7, de Criciúma, rel. Des. Maurílio Moreira Leite).

2 — O tráfico restou comprovado.

A materialidade ficou demonstrada pelo auto de apresentação e apreensão (fls. 10/11), auto de exame de constatação (fl. 15) e laudo pericial (fls. 69/71).

Quanto à autoria, apesar da veemente negativa dos apelantes, também restou comprovada.

Policiais militares montaram uma barreira fixa, parando os automóveis que por ali transitavam, até que abordaram o veículo Ford Pampa conduzido por Nédio e tendo como passageiro Adonias.

Realizada revista, foram encontradas duas sacolas contendo, ao todo, 40 (quarenta) pacotes de maconha, pesando um total de 50.750g (cinquenta mil, setecentos e cinquenta gramas).

A operação foi narrada em detalhes pelos policiais.

Ceciliano Antônio Peruchin, condutor do flagrante, disse “que no dia 7/3/00, por volta das 23h45min, em barreira fixa montada na Av. Marginal Leste, na altura do número 3.100, na cidade de Balneário Camboriú/SC, em companhia do soldado Cilézio, abordaram um veículo Ford Pampa, cor cinza, placa oriunda do Rio Grande do Sul, com dois ocupantes, um indivíduo branco e um negro, a fim de realizar busca de praxe em seu interior; que foi solicitado ao motorista e ao caroneiro que descessem do veículo, bem como, documentação respectiva, o que foi prontamente atendido pelo condutor do mesmo; que contudo ao descer do automóvel, o caroneiro de súbito evadiu-se do local em sentido a Av. Brasil, sendo detido posteriormen-



te pelos soldados Garbarido e Valdir, em um terreno baldio na Rua 3.140, encontrando-se sem camisa, a fim de despistar os policiais; que foi encontrado no interior do veículo, especificamente atrás do banco do motorista, e em bolsas de *nylon*, de cores verde e preta, que se encontravam na caçamba do automóvel, num total de 40 (quarenta) pacotes envoltos em papel celofane e fita adesiva, contendo erva de cor marrom esverdeada, presumidamente maconha” (fl. 7).

Em Juízo (fl. 140), confirmou, em parte, as declarações. Houve contradição no tocante ao lugar em que a droga estava escondida, afirmando que os pacotes estavam dentro de uma mochila que Adonias jogou para trás da caminhonete, fugindo em seguida, e espalhados em várias partes do veículo, escondidos atrás dos bancos, embaixo dos bancos e “no interior das laterais das portas, que foram desmontadas pelos policiais”. Afirmou, ainda, que tem certeza de que o indivíduo que fugiu do local da abordagem é o réu Adonias, preso nas proximidades por outra guarnição policial.

Maichel Garbarido, policial que prendeu Adonias, em Juízo, corroborando as declarações prestadas no auto de prisão em flagrante (fl. 8), disse que estava de serviço no dia dos fatos “quando a barreira montada pela PM na Rua 3.100, próximo da Marginal, informou que havia detido um veículo Pampa com dois elementos, com certa quantidade de droga; que da barreira também foi informado que um dos masculinos havia se evadido e um estava detido; que o depoente foi chamado para dar apoio a captura daquele que se evadira do local como sendo Adonias da Silva; que a polícia

fez várias rondas quando populares informaram que nas imediações havia terrenos baldios; que o acusado Adonias foi encontrado em um destes terrenos baldios, umas duas ou três ruas depois da barreira, no meio da vegetação; que depois que o depoente deteve o acusado Adonias foi ao local onde viu que a droga era em mais quantidade; que os acusados no momento não falaram de quem era a droga; que pelo que sabe, a polícia encontrou certa quantidade da droga em uma mochila e a outra na caçamba do veículo” (fl. 98).

As pequenas divergências entre os depoimentos do policial Cecílio Antônio Peruchin não bastam para invalidá-lo, principalmente porque existem outros elementos de prova, dentre eles as declarações de Cilézio Olavo Ramos (fls. 7/8), policial militar que participou da *blitz*.

Certo é que há unanimidade quanto à abordagem e apreensão de grande quantidade de maconha transportada no veículo de Nédio. Também Adonias era a pessoa que estava de carona e fugiu quando os policiais determinaram que ambos saíssem do automóvel.

“Pequenos desencontros nos depoimentos de policiais não retiram a validade da prova, quando se referem a acontecimentos periféricos, não essenciais à caracterização do crime” (Ap. Crim. n. 00.002582-8, de Ituporanga, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

“Pequenas divergências nos depoimentos dos policiais são perfeitamente compreensíveis e, desde que não afetem a essência do que contém, não elidem a robusta prova con-

denatória” (Ap. Crim. n. 00.002128-8, da Capital, rel. Des. Genésio Nollí).

Sobre a validade do testemunho policial, é de jurisprudência consolidada:

“O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais especialmente quando prestado em Juízo, sob a garantia do contraditório, reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal” (STF, HC n 73.518, rel. Min. Celso de Mello, j. 26/3/96, DJU 18/10/96).

“Os depoimentos de policiais civis que, devidamente compromissados e não contraditados, narraram em Juízo as circunstâncias do flagrante com detalhes e coerência, dando ênfase ao fato de ter sido o agente flagrado na posse o estupefaciente e a negativa de usuário, têm valor probatório suficiente para a condenação.

“O testemunho de policial não pode ser rejeitado só pela sua condição funcional; suas declarações devem ser consideradas como as de qualquer testemunha, especialmente se não contraditadas, e não invocada suspeição posterior, sem apresentação de motivos suficientes” (Ap. Crim. n. 99.010904-6, de Balneário Camboriú, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

“É assente na doutrina e jurisprudência que os depoimentos dos policiais, quanto aos atos de diligências, prisões e apreensões, devem merecer credibilidade como qualquer outro. O simples fato de serem servidores públicos não invalida, por si só, as suas declarações, não se podendo presumir que os informes prestados

em testemunhos ou em documentos oficiais têm por vil escopo inculpar inocentes” (Ap. Crim. n. 99.003612-0, de Laguna, rel. Des. José Roberge).

Nédio Ricardo Rogoski negou a propriedade da droga, alegando que a pessoa que o acompanhava não era o co-réu Adonias, mas um homem conhecido apenas como “nego Rasquim” que o contratou para trazer roupas de Chapecó para Itajaí, pois trabalha com frete. Afirmou que no momento da abordagem o “nego Rasquim” fugiu e a polícia saiu em sua perseguição, retornando cinco minutos depois sem ter conseguido prendê-lo, sendo que “a partir daí a polícia passou a revistar as mochilas e bolsas que estavam no carro; que o interrogando estranhou quando a polícia revistando o seu veículo encontrou duas mochilas, com maconha”. Disse, ainda, que o “nego Rasquim” é parecido com Adonias, reafirmando que era aquele quem estava em seu carro (fls. 75/76).

Tanto no flagrante (fl. 9), quanto em Juízo (fl. 73), Adonias da Silva negou que estivesse no carro de Nédio, dizendo que sequer o conhece, alegando que “veio de Florianópolis para Balneário Camboriú de ônibus; que veio passar o carnaval em Balneário Camboriú e depois retornaria para Minas; que estava na casa de sua namorada em Florianópolis” (fl. 73). Disse, ainda, que estava andando pela cidade de Balneário Camboriú quando a polícia o prendeu, só sabendo que era em razão da apreensão de maconha quando na delegacia.

Patrícia Munis Barreto, na época dos fatos namorada de Adonias, apenas confirmou que este passou al-

guns dias em sua casa em Florianópolis, viajando no quarto dia para Balneário Camboriú, quando soube, pela televisão, que foi preso por tráfico de drogas. Acrescentou que conviveu com Adonias durante 30 (trinta) dias em Minas Gerais e alguns dias em Florianópolis, nunca tendo visto o réu portando drogas (fl. 132).

As testemunhas trazidas pela defesa nada sabiam sobre os fatos, não trazendo qualquer elemento que pudesse corroborar as versões apresentadas pelos apelantes.

Como se vê, a negativa de autoria encontra-se isolada e dissociada da prova dos autos, não merecendo credibilidade.

Ademais, os apelantes não apontam justificativa a macular de má-fé os depoimentos dos policiais, que merecem crédito, com o de qualquer outra testemunha.

Dada a peculiaridade da prisão, a negativa da autoria, deveria ser demonstrada sem qualquer dúvida. Incide o art. 156 do CPP.

“Negativa de autoria e materialidade — Alegações desprovidas — Confissão extrajudicial de um dos co-réus, em consonância com os depoimentos seguros e precisos dos policiais que efetuaram a apreensão de grande quantidade de cocaína — Álibi não comprovado — Prova concludente — Condenação mantida.

“O depoimento dos policiais que efetuaram o flagrante, aliado à grande quantidade de cocaína (19.930g — dezenove mil, novecentas e trinta gramas), escondida dentro de um veículo, os antecedentes do réu, somando-se ainda a estas circunstâncias o álibi inverossímil apre-

sentado, levam à justeza do decreto condenatório nas sanções do art. 12 da Lei n. 6.368/76. Ademais, ‘a prova, no tráfico de entorpecentes praticado com características de maior gravidade, deve ser apreciada em seu conjunto, não podendo ser desprezados os depoimentos de policiais e nem indícios e presunções que levam à conclusão da responsabilidade penal dos acusados’ (TRF, 4ª Reg., AC n. 92.04.08590-8, rel. Ari Pargendler, JSTJ e TRF, Lex 47/525)” (Ap. Crim. n. 98.006418-0, de Itajaí, rel. Des. Álvaro Wandelli).

Vale ressaltar que Nédio fez referência ao tal “nego Rasquim”, de quem não sabe o endereço, nem sobrenome, mas que seria o dono da droga.

Não pediu, em momento algum, a oitiva desta pessoa, nem forneceu elementos para localizá-la.

Portanto, não há prova sequer de que o “nego Rasquim” exista.

É cediço: aquele que argúi fato impeditivo ou justificativo para isentar-se da culpa tem o ônus de comprová-lo, satisfatoriamente, na forma do art. 156 do CPP.

Fernando da Costa Tourinho Filho ensina:

“A regra concernente ao *onus probandi*, ao encargo de provar, é regida pelo princípio *actori incumbit probatio*, vale dizer, deve incumbir-se da prova o autor da tese levantada. Se o Acusador afirma que Mévio furtou, o ônus da prova lhe cabe, mesmo porque, enquanto não definitivamente condenado, o réu é presumidamente inocente. Se este alega que a pretensa *res furtiva* era sua, compete-lhe a prova.

“(…) Não estão as partes obrigadas a provar o que alegam, mas submetidas ao ônus de demonstrar o que afirmam. Se não procuram provar a alegação feita, correm o risco de sofrer um prejuízo, em virtude de o Juiz não levar em conta o alegado e não provado” (Código de Processo Penal Comentado, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, pág. 356).

Incontestes que os apelantes transportavam grande quantidade de maconha e, como sabido, o tráfico ilícito de entorpecentes configura-se pela prática de qualquer das condutas descritas no art. 12 da Lei n. 6.368/76, dentre elas a de “transportar” substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Vicente Greco Filho define a conduta como o ato de “conduzir de um local para outro, em nome pessoal ou de terceiro” (Tóxicos: Prevenção — Repressão, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996, pág. 85).

É entendimento:

“O simples fato de transportar alguém, ilegalmente, substância proibida basta ao reconhecimento do comércio clandestino de entorpecentes. Para tal não importa ser o agente traficante ou não; viciado ou não” (JUTACrim 29/199).

“A alegação de desconhecimento do transporte da droga há de estar devidamente comprovada nos autos, notadamente quando o quadro fático pressupõe o conhecimento do conteúdo do veículo utilizado para o transporte’ (TRF, 2ª Reg., AC n. 472, rela. Maria Teresa de A. R. C. Lobo — *JSTJ* e *TRF* 63.462)” (FRANCO, Alber-

to Silva e outros. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, vol. 2, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pág. 988).

3 — A causa de aumento de pena do art. 18, III, da Lei n. 6.368/76 tem que ser mantida.

Com efeito, a associação eventual para a narcotraficância assemelha-se ao concurso de agentes do Código Penal e prescinde de ajuste prévio.

“A associação eventual para a prática do crime de tráfico de entorpecentes equivale ao concurso de agentes do Código Penal; havendo prova suficiente da colaboração de mais de uma pessoa no cometimento do delito, impõe-se o reconhecimento da causa especial de aumento prevista no art. 18, III, da Lei de Tóxicos” (Ap. Crim. n. 97.010777-3, de Itajaí, rel. Des. Paulo Gallotti).

Não seria necessário que os agentes se conhecessem, bastando a presença de liame subjetivo entre eles.

Julio Fabbrini Mirabete ensina:

“Há que se exigir, também, um liame psicológico entre os vários autores, ou seja, a consciência de que cooperam numa ação comum. Não basta atuar o agente com dolo (ou culpa), sendo necessária uma relação subjetiva entre os concorrentes. Somente a adesão voluntária, objetiva (nexo causal) e subjetiva (nexo psicológico), à atividade criminosa de outrem, visando à realização do fim comum, cria o vínculo do concurso de pessoas e sujeita os agentes à responsabilidade pelas conseqüências da ação” (Manual de Direito Penal, vol. 1, 17ª ed., São Paulo, Atlas, 2001, pág. 229).

No caso, o vínculo psicológico que os unia é evidente, sendo difícil acreditar que não houvesse um prévio ajuste entre eles.

Por tais fundamentos, mante-nho a majorante.

4 — A dosimetria merece re-paros.

A Magistrada foi excessiva-mente rigorosa na aplicação da pena, tanto para Nédio Ricardo Rogoski, quanto para Adonias da Silva.

Justificou o aumento efetuado na fase do art. 59 do Código Penal da seguinte maneira:

“Atendendo aos elevados graus de culpabilidade, aos bons anteceden-tes dos agentes, e suas personali-dades deformadas e censuráveis con-dutas sociais, aos motivos de lucro fácil e extenso, às circunstâncias gra-ves do crime, e às conseqüências com dolo intenso, pois tinham conhe-cimento do mal que causariam à saú-de pública”.

Acontece que analisando as circunstâncias judiciais de ambos os apelantes, verifico que a culpabilida-de é normal à espécie; os acusados não registram antecedentes; em re-lação à conduta social e à personali-dade, inexistem elementos probató-rios para uma segura análise; o motivo, também é normal à espécie; as circunstâncias foram graves em razão da elevada quantidade de ma-conha apreendida (50.750g); as con-seqüências do crime foram próprias do tipo.

É sabido que a elevada quanti-dade da droga autoriza o aumento da pena-base, pois não é justo igualar o traficante surpreendido com pequena

quantidade de entorpecente àquele com quem é apreendida grande por-ção da substância ilícita.

No caso, a quantidade de ma-conha apreendida não justifica o au-mento da pena-base em 6 (seis) anos.

Assim, reduzo-a para 4 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 60 (sessenta) dias-multa.

Na segunda fase não existem agravantes ou atenuantes.

Inexistindo causas gerais e es-peciais de diminuição de pena, e em atendimento à causa de aumento do art. 18, III, da Lei n. 6.368/76, elevo a reprimenda em 1/3 (um terço), totalizando 5 (cinco) anos e 4 (quatro) me-ses de reclusão e 80 (oitenta) dias-mul-ta, no valor mínimo legal.

A pena privativa de liberdade deverá ser cumprida em regime inte-gralmente fechado (art. 2º da Lei n. 8.072/90).

5 — Com razão o apelante Né-dio no tocante ao confisco do veículo Ford Pampa.

O confisco do automóvel não pode ser mantido, porquanto a apre-ensão de maconha em seu interior, em local adredemente preparado, não restou provada.

Apesar de o Delegado da Polí-cia Federal ter requisitado a perícia no veículo (fl. 36), esta não se realizou, não ficando demonstrado que a droga estava escondida no interior das por-tas em local preparado para tanto.

Vicente Greco Filho ensina:

“Nos termos da lei basta, para a perda, que os veículos e demais ins-trumentos enumerados tenham sido utilizados para a prática dos crimes definidos na lei. Deverá, porém, o juiz,

para não chegar a um resultado abusivo, determinar a perda apenas dos instrumentos direta e intencionalmente colocados como instrumentos do crime e não os que ocasionalmente estejam ligados à conduta incriminada. A excessiva amplitude do texto legal exige uma interpretação restritiva, sob pena de chegarmos ao absurdo de, p. ex., vermos a perda de um automóvel só porque nele foram encontrados ‘pacaus’ de maconha. Para a perda, repetimos, há necessidade de umnexo etiológico entre o delito e o objeto utilizado para a sua prática. Haveria a perda, p. ex., de um caminhão especialmente utilizado para o transporte de maconha” (Tóxicos: Prevenção — Repressão, 10ª ed., São Paulo, Sarai-va, 1995, pág. 172).

Nada obstante a considerável quantidade de maconha apreendida, não consta dos autos qualquer elemento de prova, segundo o qual o automóvel estivesse previamente preparado para o transporte da droga, ou mesmo de sua regular utilização no nefasto comércio.

Deste Tribunal:

“A pena de confisco prevista no art. 34 da Lei n. 6.368/76 deve ser reservada àquelas hipóteses em que os veículos utilizados no transporte de entorpecentes sejam adredemente preparados para tal finalidade, ou, quando não, que se demonstre seguramente que sua utilização não foi ocasional e episódica. Ausentes uma e outra situação, a revogação da medida adotada em primeiro grau se impõe, pois o instituto reclama exegese restritiva” (Ap. Crim. n. 99.003188-8, de Fraiburgo, rel. Des. Paulo Gallotti).

“O confisco deve recair tão-somente sobre os objetos direta e intencionalmente usados como instrumentos do crime e não sobre os que ocasionalmente estejam ligados à conduta incriminada” (Ap. Crim. n. 29.759, de Biguaçu, rel. Des. José Roberge).

Além disso, não constou da denúncia que o veículo estava preparado para o transporte de substância entorpecente, mas sim que esta foi encontrada na caçamba do Ford Pampa, dentro de duas bolsas.

Vige entre nós o princípio da correlação, segundo o qual a condenação não deve ir além da imputação, vedado o julgamento *extra petita*.

É a lição de Julio Fabbrini Mirabete:

“A sentença deve guardar com a denúncia ou a queixa uma relação, já que nesta se expõe ao Estado-Juiz a pretensão punitiva, com a descrição do fato criminoso e de todas as suas circunstâncias, e naquela deve se decidir sobre essa imputação. Deve haver uma correlação entre o fato descrito e o fato pelo qual o réu é condenado” (Processo Penal, 10ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, pág. 452).

Assim, excludo da condenação a imposição da medida.

6 — Pelo exposto, dou provimento parcial aos recursos, para reduzir as penas e excluir da condenação o confisco.

### III — Decisão

Acompanharam o voto do Relator. Deram provimento parcial aos recursos, para reduzir as penas e excluir da condenação o confisco.



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. Demétrio Constantino Serrattine.

Florianópolis, 18 de setembro de 2001.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 01.008569-0, DE IMBITUBA**

**Relator: Des. Alberto Costa**

*Crime contra a saúde pública — Narcotraficância — Maconha e haxixe — Condenação — Recurso defensivo — Pretendida desclassificação para uso próprio — Pleitos alternativos de aplicação da Lei n. 9.714/98 e de redução da pena-base, por desfundamentada e exacerbada — Delito do artigo 12 da Lei de Tóxicos devidamente configurado nos autos — Réu viciado no uso de maconha — Condição não incompatível com a de traficante — Confissão extrajudicial retratada em juízo, mas amparada pelo conjunto probatório — Valor como supedâneo da condenação — Valor probatório dos depoimentos de policiais — Réu que mantinha maconha e haxixe guardados em depósito em sua propriedade para a mercancia — Desclassificação para o crime previsto no artigo 16 da Lei Antitóxicos inadmissível — Pena-base fixada acima do mínimo legal à vista de o conjunto dos elementos do artigo 59 do Código Penal ser desfavorável ao apelante — Inviabilidade de aplicação da Lei n. 9.714/98 ao crime de tráfico de entorpecentes e drogas afins — Laudo de exame de dependência toxicológica juntado aos autos após sua conclusão e remessa, e não apensamento — Exegese do artigo 25 da Lei n. 6.368/76 — Confissão extrajudicial usada como um dos fundamentos da condenação — Reconhecimento da presença da atenuante da confissão espontânea na segunda fase da dosimetria da pena — Recurso parcialmente provido apenas para reduzir a reprimenda reclusiva, mantida a pena de multa.*

*— Para a caracterização do delito previsto no artigo 12 da Lei n. 6.368/76 não se faz necessária a prisão do agente no ato de mercancia, pois o crime se consuma com o simples depósito e a guarda do material entorpecente para fins de comércio.*

— *O fato de ser o agente viciado no uso de droga (maconha) não elide a sua condição de traficante.*

— *A confissão policial retratada em juízo, desde que amparada por outros meios de convicção existentes nos autos, tem valor probatório para sustentar uma condenação.*

— *É pacífico o entendimento pretoriano no sentido de que o depoimento prestado por policial é tão valioso quanto o de qualquer outra testemunha, não podendo ser desmerecido, salvo se prestado de má-fé.*

— *Se o conjunto dos elementos do artigo 59 do Código Penal é desfavorável ao agente, não pode ser acoimada de desfundamentada e exacerbada a fixação da pena-base acima do mínimo legal previsto para o crime.*

— *O elevado grau de danosidade do crime de tráfico de entorpecentes e drogas afins é incompatível com a política criminal descarcerizadora adotada pela Lei n. 9.714/98 (vide Apelação Criminal n. 99.014047-4, de Santo Amaro da Imperatriz) — Se a confissão espontânea colhida na fase policial serviu como um dos fundamentos à condenação, e não foi atendida na dosimetria da pena para reduzir a reprimenda privativa de liberdade aplicada, nada mais justo que reconhecer-lhe em sede recursal, para que incida na segunda fase de fixação da pena corporal para minorá-la.*

— *O laudo de exame de dependência toxicológica, após sua conclusão e remessa a juízo, deve ser juntado aos autos principais, e não simplesmente apensado (Lei n. 6.368/76, artigo 25).*

*Crime de porte ilegal de arma (Lei n. 9.437/97) — Tipificação ínsita na denúncia — Ausência de exame na sentença condenatória — Concessão de habeas corpus de ofício para excluir da denúncia o delito previsto no artigo 10 da Lei n. 9.437/97, o qual sequer foi examinado na sentença recorrida.*

— *Se a denúncia, sem descrever circunstanciadamente o delito do artigo 10 da Lei n. 9.437/97, singelamente o tipifica, inarredável o afastamento do referido crime da exordial acusatória, por meio da concessão de habeas corpus de ofício.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 01.008569-0, da comarca de Imbituba, em que é apelante Domingos Martins e apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar provimento parcial apenas para, reconhecendo a presença na segunda fase da dosimetria da pena da atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, *d*), reduzir a reprimenda reclusiva para 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão, mantida a pena de multa estabelecida no patamar imposto na decisão recorrida, ressalvado o entendimento do Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi, que entende ser possível a aplicação da Lei n. 9.714/98 aos crimes erigidos à categoria de hediondos, desde que preenchidos os requisitos legais, e conceder *habeas corpus* de ofício para excluir da denúncia o delito previsto no artigo 10 da Lei n. 9.437/97, o qual sequer foi examinado na sentença recorrida.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Imbituba o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Domingos Martins, dando-o como incurso nas sanções do artigo 12, *caput*, da Lei n. 6.368/76, e artigo 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97, porque segundo narra a exordial acusatória: “Em data de 10 de junho de 2000, em sua residência, Domingos Martins foi preso em flagrante em virtude de mandado judicial, por *ter em depósito* nos fundos de sua casa, a quantidade de 39.2 gramas de substância entorpecente denominada vulgarmente por maconha, bem como no interior de um recipiente de vidro,

231 (duzentos e trinta e uma) bolas da droga conhecida por haxixe, tendo confirmado a propriedade de tais” (fls. 2/3).

Concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz sentenciou, condenando Domingos Martins às penas de 3 (três) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, e 80 (oitenta) dias-multa, por infringir o disposto no artigo 12 da Lei n. 6.368/76.

Irresignado com a prestação jurisdicional desfavorável, o acusado apelou, requerendo o prazo previsto no § 4º do artigo 600 do Código de Processo Penal para apresentar as razões de seu inconformismo.

Os autos ascenderam a esta Superior Instância e, por intermédio do Edital n. 73/01 (fl. 144), foi aberto prazo à defesa apresentar as razões de apelação.

Em suas razões, o acusado objetiva a desclassificação do delito para o previsto no artigo 16 da Lei de Tóxicos, alegando não restar comprovada a prática da narcotraficância, estando a condenação calcada nos depoimentos contraditórios prestados pelos policiais participantes da diligência que culminou com a sua prisão e apreensão do material tóxico, e no da testemunha João Carlos Teixeira, obtido por intermédio de coação pela autoridade policial, aliado, ainda, ao fato de que o local onde o material tóxico foi apreendido é aberto e acessível a qualquer pessoa.

Alternativamente, requer a redução da pena-base aplicada, por exacerbada, e a substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos, consoante dispõe a Lei n. 9.714/98.

Oferecidas as contra-razões, os autos vieram a este grau de jurisdição, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Valdir Vieira, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Preliminarmente, impõe destacar que, consoante deflui da leitura da exordial acusatória, o apelante foi denunciado, também, como incurso nas sanções do artigo 10 da Lei n. 9.437/97 (porte de arma).

No entanto, desde logo chama atenção o fato de a denúncia não ter descrito o referido delito em todas as suas circunstâncias, conforme determina o artigo 41 do Código de Processo Penal.

Ao depois, constata-se que, por ter sido apreendido qualquer tipo de arma com o apelante, as nuances do delito prescrito no artigo 10 da Lei n. 9.437/97, pura e simplesmente, foram omitidas nos autos desde a peça fragrantial até as alegações finais.

Verdade que a sentença condenatória, prolatada em longas 16 (dezesesseis) laudas, a ele se reporta. Mas, apenas uma vez, justo e quando, no relatório, o respectivo prolator transcreveu a denúncia.

E nada mais!

Quer dizer que o apelante não foi condenado nem absolvido pela suposta prática do delito de porte ilegal de arma.

Sobreveio o recurso, e nenhuma menção da defesa e do Ministério Público (este em ambos os graus de jurisdição) sobre o supramencionado crime aportado aos autos.

Mas, a denúncia está lá, às fls. 2/3, extremamente concisa, lacônica... e incompleta, imputando ao apelante a prática do delito de porte ilegal de arma.

Ante esse contexto, como resolver a questão, máxime em se considerando a desobediência da denúncia a um dos requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, e a circunstância de a instrução, a sentença condenatória, sem apelo da acusação, e o recurso da defesa, atado às contra-razões e aos pareceres Ministeriais, terem ficado silentes sobre o fato?

Inicialmente, parece-nos ter o ilustre Dr. Promotor de Justiça denunciante laborado em equívoco, com toda a certeza de digitação ou de datilografia, ao imputar ao ora apelante, em brevíssima passagem da peça acusatória, o típico penal, antijurídico e punível inscrito no artigo 10 da Lei n. 9.437/97, e isso porque, como já referido, elemento algum, de conteúdo material e intelectual, existe nos autos na diretiva a demonstrar que em poder do apelante tivesse sido apreendida alguma arma de uso proibido.

Ora, como é sabido e ressabido o réu se defende do fato narrado na denúncia, com todas as suas circunstâncias, e não da mera tipificação que a ele se dá, como ocorrente *in specie*, e ante a falta de condenação ou de absolvição quanto ao aludido fato, visando, ademais, a evitar-se o risco da supressão de instância, a solução que se apresenta mais adequada ao caso *sub judice* é a concessão de *habeas corpus*, de ofício, para excluir da denúncia a imputação do delito previsto no artigo 10 da Lei n. 9.437/97, o qual

sequer foi examinado na sentença recorrida.

De outro viso, verifica-se que o processo crime não seguiu o rito sumariíssimo previsto nos artigos 22 e 23 da Lei de Tóxicos, Lei Especial, tomando o rito comum previsto no Código de Processo Penal.

Certo que a aludida circunstância não induz nulidade ao processo e tampouco foi agitada pela acusação ou pela defesa, por presuntivamente ajustar-se aos interesses das partes.

Todavia, é bem de ver que no caso vertente, em havendo o Togado optado pelo rito comum do Código de Processo Penal, deveria ter oportunizado expressamente às partes, e não o fez, a realização das diligências previstas no artigo 499 do Código de Processo Penal.

Essa omissão, no entanto, à vista do tácito consenso da acusação e da defesa, longe está de erigir-se em nulidade, ressumbrando a mera irregularidade, entendendo-se, à guisa de instrução ao Dr. Juiz Direito a quo, deva doravante ser evitada.

Finalmente, ainda como instrução, esclarece-se ao jovem e estudivo Magistrado, nos termos da jurisprudência desta Corte de Justiça (*vide* Apelação Criminal n. 00.023068-5, e outras), que o exame de dependência toxicológica, uma vez ultimado e remetido a Juízo, a teor do disposto no artigo 25 da Lei de Tóxicos deve ser juntado e não simplesmente anexado aos autos do processo crime originais.

Quanto ao mérito, o recurso im procede.

Com efeito, no auto de prisão em flagrante (fls. 4/7), em que lhe fo-

ram asseguradas todas as garantias constitucionais, e deve tê-las dispensado, porque perante o Delegado de Polícia, sem a presença de advogado, o ora apelante declarou:

“(...) alega que hoje por volta das 17h30min, estava em sua casa, no Morro do Maquiné, próximo a Casan, nesta Cidade, quando chegaram diversos policiais, onde lhe apresentaram um Mandado de Busca e Apreensão expedido pelo Juiz de Direito desta Comarca, para ser cumprido na sua casa casa (*sic*); Que, o conduzido estava na cocheira dando capim para seus animais e a Polícia foi efetuar a Busca; Que, em seguida os policiais foram até a cocheira onde permanecia o conduzido quando os policiais encontraram uma porção de Maconha e um vidro com um grande número de Haxixe; Que, o conduzido confessou que a droga encontrada era de sua propriedade, sendo que é viciado no uso de Maconha, e a maconha encontrada era para seu próprio consumo; Que, com referência ao haxixe o conduzido reconhece o nome (*sic*), sabendo apenas que o mesmo reside na cidade de Tubarão, que é um elemento Gordo, cabelos pretos, com estatura média, com aproximadamente 50 anos e andava num veículo Monza de cor branca com placas de Tubarão (*sic*); Que, o referido sujeito deixou a referida drogas (*sic*), o Haxixe, para o conduzido vendê-la; Que, o conduzido não chegou a vender nenhuma das bolinhas de haxixe; Que, o referido sujeito sugeriu ao conduzido que vendesse a 5,00 reais cada bolinha de haxixe, que venderia bastante; Que o conduzido recebeu voz de prisão e conduzido até esta Delegacia e apresentado a Autoridade Policial (*sic*)”.

Em Juízo (fl. 32) o apelante mudou o tom da inculpação acusatória, justificando que a maconha encontrada no rancho de sua propriedade era sua, para uso próprio, eis que viciado desde os 14 (catorze) anos de idade.

Quanto à droga que se encontrava no vidro esta não era sua, não sabe quem era o proprietário, e viu onde se encontrava o vidro.

E mais, disse expressamente: “Que o que foi dito na delegacia, quanto a vender a substância entorpecente não era verdade; Que afirmou tal fato a mando dos policiais, porque havia recém saído do hospital; Que irá ser operado no dia 26 do corrente, do coração; Que não conhece João Carlos Teixeira; Que jamais vendeu substância entorpecente; Que seu meio de ganhar a vida é com cavalos de corrida; Que já foi preso e processado; Que é viciado”.

Ora, o apelante Domingos Martins, apelidado “Rei do Gado”, não é um néscio, um ignorante, de tal modo que fosse confessar a prática de tão grave delito ao Delegado de polícia, simplesmente a mando deste, sem qualquer outro motivo mais forte.

Identificando-se ora como trabalhador braçal (e o termo é amplo) (fl. 32), ora como agricultor (fl. 33), ora como comerciante (fl. 48), aduzindo que sua principal atividade é a de ganhar a vida com cavalos de corrida (fl. 32), verifica-se que o apelante é homem de múltiplos afazeres, e, dentre esses, o de dedicar-se ao nefasto comércio de tóxicos.

Portanto, não convence a retração da confissão extrajudicial do apelante no que tange à negativa de manter em depósito, para venda, as

231 (duzentas e trinta e uma) bolinhas de haxixe encontradas em sua propriedade, e isso porque corroborada aquela confissão, tomada com as cautelas legais, pelo conjunto probatório carreado para os autos, dentre os quais sobressaem, além da prova material coletada (termo de apreensão, auto de constatação e laudo de exame toxicológico), igualmente a prova testemunhal coligida, emanada dos depoimentos dos policiais civis que realizaram a busca e apreensão do material tóxico encontrado na propriedade do apelante, e a detenção dele (Alexsandro da Silva, Benjamin Martins Gonçalves, Valdeci da Rosa — fls. 5/6 e 64/65; 6 e 66/67; 6 e 68/69, respectivamente), além do depoimento de João Carlos Teixeira (fls. 16/17 e 78/79).

O policial civil Alexsandro, a exemplo do modo com depôs no flagrante, confirmou ter ouvido a confissão do apelante, e que já conhecia a sua residência, por força de investigação, haja vista ser um ponto de drogas.

De sua parte, o policial civil Benjamin, ao depois de confirmar sua participação na diligência relatada no auto flagrancial, afirmou não se recordar de ter dito ao delegado que o apelante confessara ser de sua propriedade a droga encontrada na cocheira.

Essa parte da fala de Benjamin é rebatida pelo seu colega Valdeci que, ao depois de confirmar sua participação na diligência na propriedade do apelante, declarou que dele não ouvira a afirmação de que a maconha não lhe pertencia, mas que o haxixe sim, e, mais, que Benjamin ouvira, sim, a confissão do apelante.



Além do mais, registre-se que Benjamim presenciou a lavratura do auto de prisão em flagrante, subscreveu-o e com toda a certeza deve tê-lo lido.

Aliás, imperioso ressaltar terem os depoimentos de policiais relevante valor probatório quanto a fatos de cujo conhecimento tomaram em diligências de que foram partícipes, não lhes desmerecendo a força probante, de que se revestem, as pequenas divergências porventura havidas em suas declarações, sem nenhum reflexo no conteúdo geral da prova, como ocorrente na hipótese vertente.

De outro lado, e quanto ao fato de a testemunha da acusação João Carlos Teixeira ter declarado na polícia e em Juízo que há pouco tempo, antes da ocorrência dos fatos descritos na denúncia, furtara boa quantidade de maconha do galpão da residência do réu, ante um descuido da respectiva esposa, por ser ali um ponto de venda de tóxicos, e que no final de seu depoimento prestado no sumário declarou que apanhara muito da polícia quando fora preso para contar tudo o que sabia, não retira esse último fato o valor probatório do seu depoimento, pela simples razão de apresentar-se isolada e descomprovada a aventada violência policial.

A prova autuada nos autos pela acusação conspira contra o apelante, e a prova testemunhal por ele apresentada, de conteúdo exclusivamente abonatório, não elide os rigores da imputação contra ele intentada.

Por sem dúvida que o material tóxico apreendido na propriedade do apelante a ele pertencia e destinava-se, segundo suas próprias pala-

vas, à mercancia. Por isso, transgrediu os elementos que configuram o delito previsto no artigo 12 da Lei de Tóxicos.

Verdade que ele não foi surpreendido em ato de mercancia.

Entretanto, referida circunstância não desnatura a configuração do delito do artigo 12 da Lei Antitóxicos, pois basta a guarda e o depósito do material tóxico, com a finalidade de comercializá-la, para que o delito esteja configurado, ainda mais quando, como no caso dos autos, foram encontradas estocadas e apreendidas 231 (duzentas e trinta e uma) bolinhas de haxixe em um vidro e uma outra porção de maconha, pequena, é certo, escondida no interior da cocheira, evidenciando, destarte, a finalidade do comércio.

Nessa conformidade não há como dar-se guarida à pretensão desclassificatória para o delito previsto no artigo 16 da Lei de Tóxicos, eis que, como é deedição conhecimento, a condição de usuário do apelante não lhe retira a de traficante, tanto mais quando os expertos subscritores do laudo de exame de dependência toxicológica (impropriamente apensado aos autos, como já referido), afirmaram que o apelante, em relação ao artigo 12 da Lei n. 6.368/76, deve ser considerado plenamente responsável.

Por outro vértice, no que tange ao pleito alternativo, qual o de aplicar-se, *in casu*, a Lei n. 9.714/98, já afastado pelo Togado, na sentença condenatória, por não possuir o apelante os requisitos subjetivos indispensáveis à concessão do benefício, o entendimento majoritário da Câmara, ao qual este Relator se filia, é o da

não aplicabilidade da referida lei, em face, dentre outras considerações, do elevado grau de danosidade do crime de tráfico de entorpecentes e drogas afins, de *per se* incompatível com a política criminal descarcerizadora adotada pela Lei n. 9.714/98.

Nesse sentido, a Apelação Criminal n. 99.014047-4, de Santo Amaro da Imperatriz, deste Relator.

De outra parte, o recurso defensivo não merece ser provido quando postula a redução da pena-base, por desfundamentada e exacerbada.

Na realidade o Dr. Juiz de Direito fixou a pena-base um pouco acima do mínimo legal, 3 (três) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 80 (oitenta) dias-multa, haja vista ser desfavorável ao apelante o conjunto dos elementos do artigo 59 do Código Penal, com destaque para a acentuada culpabilidade com a qual se houve o apelante, sua personalidade, que se apresenta distorcida, quer dizer, voltada para a criminalidade, e as conseqüências do delito.

Dessa forma, não há como acoimar a fixação da pena-base de apresentar-se desfundamentada e exacerbada.

Sem embargo disso, e ante a amplitude que os tribunais emprestam ao recurso defensivo, inegável reconhecer-se que o Doutor Juiz de Direito sentenciante não se houve com o costumeiro acerto na segunda fase da dosimetria da pena ao desacolher a presença da atenuante da confissão espontânea, sob o argumento de ter havido retratação em juízo sobre ponto importante para a caracterização do crime.

Ora, sem nenhuma razão o enfoque do Togado, pois, na sentença recorrida, em mais de uma oportunidade, às fls. 117, 118 e 119, S. Exa. reconheceu que o apelante confessou a prática do delito e usou a confissão, ligada a outros elementos de prova, para condená-lo.

De outra sorte, o Magistrado não deixou claro no *decisum* guerreado em que consistiu sua assertiva no ponto de ter havido de parte do apelante “retratação em juízo sobre ponto importante para a caracterização do crime” (fl.127).

O certo é que, conforme já reiteradamente decidiram as egrégias Câmaras Criminais Isoladas e Câmaras Criminais Reunidas deste Tribunal, se o magistrado usou a confissão colhida na fase inquisitorial, não obstante retratada na judicial, mas amparada em outros elementos de prova, para condenar o réu, deve reconhecê-la como comparecente nos autos, na segunda fase da dosimetria para reduzir a reprimenda (Apelação Criminal n. 99.012760-5, de Itajaí, e Revisão Criminal n. 00.023989-5, de Biquaçu).

E, do colendo Superior Tribunal de Justiça, colhe-se o seguinte ensinamento:

“Ementa: Penal. Confissão espontânea na fase inquisitorial. Retratção em juízo. Aplicabilidade da atenuante de que trata o CP, art. 65, III, *d*. Recurso especial.

“1. Ainda que retratada a confissão em juízo, há que se aplicar o benefício da atenuante de que trata o CP, art. 65, III, *d*, à hipótese em que esta tenha servido como base para o

deslinde da questão, amparando o decreto condenatório.

“2. Dissídio jurisprudencial não configurado, posto que o acórdão paradigma é dissonante daquele atacado.

“3. Recurso especial não provido” (STJ, 5ª T., REsp n. 217827/DF, rel. Min. Edson Vidigal, j. 20/3/2001, v. u., DJU 7/5/2001, Seção I, pág. 158, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, Editora Revista dos Tribunais, n. 35, pág. 317).

Bem por isso, reconhecendo-se a presença da atenuante da confissão espontânea na segunda fase da dosimetria da pena, reduz-se a pena-base fixada em 3 (três) anos e 10 (dez) meses de reclusão de 7 (sete) meses, quantificando a reprimenda restritiva de liberdade definitivamente em 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão, mantida a pena pecuniária estabelecida na decisão hostilizada.

Por todo o exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento parcial apenas para, reconhecendo a presença na segunda fase da dosime-

tria da pena da atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, d), reduzir a reprimenda reclusiva para 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão, mantida a pena de multa estabelecida no patamar imposto na decisão recorrida, ressalvado o entendimento do Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi, que entende ser possível a aplicação da Lei n. 9.714/98 aos crimes erigidos à categoria de hediondos, desde que preenchidos os requisitos legais, e, à unanimidade, concede-se *habeas corpus* de ofício para excluir da denúncia o delito previsto no artigo 10 da Lei n. 9.437/97, o qual sequer foi examinado na sentença recorrida.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Mussi e Maurílio Moreira Leite, e lavrou parecer, pela dou-ta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 6 de novembro de 2001.

*Alberto Costa,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 01.012953-1, DE POMERODE**

**Relator: Des. Alberto Costa**

*Apelação criminal – Crime de sonegação fiscal – Resumo visando à absolvição – alegação de falta de tipicidade do delito, por tratar-se de consumidor final, não sendo responsável pelo recolhimento do tributo e haver cumprido acordo nos termos do artigo 89 da lei n. 9.099/95, com o recolhimento integral do tributo – pedido alternativo de extinção da punibilidade, pela prescrição retroativa – Alegações improcedentes – Acusado que deixa de recolher tributo (ICMS), no prazo legal, na qualidade de sujeito passivo da obriga-*

*ção – Parcelamento de débito requerido e deferido, com pagamento, apenas, da primeira parcela – Prescrição da proteção punitiva inócurre entre os marcos interruptivos preconizados no Código Penal, e porque o benefício do artigo 89 da Lei n. 9.099/95 também suspende o prazo prescricional – recurso desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 01.012953-1, da comarca de Pomerode, em que é apelante Rudi Bahr, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, afastar a preliminar e, no mérito, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

### I — Relatório

Na comarca de Pomerode, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Rudi Bahr, dando-o como incurso nas sanções do artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, porque, segundo narra a exordial acusatória: “O denunciado é o representante legal da empresa Transportes Bahr Ltda., estabelecida nesta Cidade, a qual, em 16/11/95, restou notificada pela Secretaria da Fazenda Estadual, devido a irregularidades no que diz respeito ao recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, conforme documentos anexos (notificação fiscal n. 500.163-28).

“A irregularidade apontada pelo fiscal tributário, responsável pela notificação à empresa em que o denunciado é o proprietário/administrador, consiste na ausência da efetuação,

total ou parcial, do recolhimento do ICMS correspondente ao valor apurado e declarado em guia, pelo próprio contribuinte, devidamente atualizado.

“Ressalta-se que a conduta omissiva foi praticada tão-somente pelo denunciado, posto que o contrato social em anexo estabelece como sendo o denunciado aquele que tem poderes de decisão, única e exclusivamente, nas atividades da empresa, razão pela qual conclui-se que a decisão de não recolher o ICMS deve ser atribuída somente ao mesmo.

“Assim agindo, isto é, deixando de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos, infringiu o denunciado o disposto no artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, o que caracteriza crime contra a ordem tributária” (fls. 2/3).

Marcada audiência de que trata o artigo 72 da Lei n. 9.099/95, e após recebida a denúncia, o órgão ministerial propôs a suspensão condicional do processo, preconizada no artigo 89 da Lei n. 9.099/95, pelo prazo de 2 (dois) anos, com a condição de comprovar, mensalmente, o pagamento das parcelas do débito fiscal, sendo referida proposta aceita pelo réu e seu defensor (termo de audiência de fl. 16).

No entanto, por não ter o réu cumprido a condição imposta, a Dra.

Juíza, por despacho de fl. 26, revogou o benefício da suspensão condicional do processo, e determinou o prosseguimento do feito.

Devidamente intimado, o acusado não compareceu para o interrogatório, sendo decretada a revelia (despacho de fl. 32).

Concluída a instrução criminal, a Dra. Juíza sentenciou, condenando Rudi Bahr às penas de 6 (seis) meses de detenção e 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à data do fato, por infringir o disposto no artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade, e multa, no valor de 5 (cinco) salários mínimos.

Inconformado, o acusado apelou objetivando a absolvição, alegando não ter praticado o delito imputado, ante a falta de tipicidade, pois, consoante se depreende da notificação fiscal acostada aos autos, trata-se de consumidor final e não intermediário, não podendo, portanto, ser responsabilizado pelo recolhimento do tributo.

Assevera, também, ter recolhido, integralmente, o valor do tributo devido, fato este comprovado pela testemunha de acusação e fiscal da Fazenda Pública — Sr. Nilo Bogo (fl. 44) —, restando, assim, cumprida a condição imposta pelo Ministério Público quando da proposta de suspensão condicional do processo, devendo, *in casu*, ser declarada extinta a punibilidade.

Por derradeiro, afirma ter ocorrido a extinção da punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva do

Estado, em face da suspensão do processo não interromper mas apenas suspender o prazo prescricional.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Luiz Fernando Sirydakís, pelo desprovimento do recurso.

## II — Voto

Inocorreu a aventada extinção da punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma retroativa.

O delito imputado ao réu tem como pena mínima prevista a de 6 (seis) meses, cujo prazo prescricional ocorre em 2 (dois) anos, de acordo com o artigo 109, inciso VI, do Código Penal.

O fato delitivo ocorreu em 16/11/95, a denúncia foi recebida em 8/7/97 (fls. 16) e, nessa mesma data, o réu foi beneficiado com a suspensão condicional do processo preconizada no artigo 89 da Lei n. 9.099/95, sendo suspenso, também, o prazo prescricional, consoante dispõe o § 6º do artigo e lei citados, *in verbis*: “Não correrá a prescrição durante o prazo da suspensão do processo”.

Revogado o benefício concedido em 23/4/99 (fl. 24), o prazo prescricional começou a correr, e, após a tramitação normal do feito, foi publicada a sentença condenatória em 24/4/2001 (fl. 106v.).

Ora, *in casu*, entre os marcos interruptivos da prescrição — data do fato (16/11/95) e a do recebimento da denúncia (8/7/97), e entre a data da revogação do benefício da suspensão

do processo (23/4/99) e a da publicação da sentença condenatória (24/4/2001) — não transcorreu o lapso temporal de 2 (dois) anos, necessário à caracterização da extinção da punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma reativa.

Quanto ao mérito, não há como prover o recurso.

De fato, como anotou com muita propriedade o ilustre Dr. Procurador de Justiça, reportando-se à argumentação ínsita na douta decisão guerreada, *in verbis*:

“No que diz respeito o mérito do inconformismo da mesma forma não há como acatar-se a pretensão absolutória, devendo ser afastada, de imediato, a alegativa da não responsabilidade pelo recolhimento do tributo por ser mero consumidor, simplesmente porque o fato de ter requerido e obtido o parcelamento do débito, de forma indiscutível o reconheceu e admitiu. Via de conseqüência, incontestável sua responsabilidade pelo recolhimento do tributo devido, inadmissível a pretensão recursal de ver reconhecido não ser o autor do delito pelo qual restou condenado. Feito o registro, e por ter com muita propriedade analisado a questão enfocada nos autos, merece ser transcrita a decisão atacada, da lavra da magistrada Marisa Cardoso de Medeiros. Nela constou em sua fundamentação:

‘A conduta delitativa atribuída ao réu é aquela prevista no art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.137/90, ou seja, ‘deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujei-

to passivo de obrigação, e que deveria recolher aos cofres públicos’.

‘Segundo Pedro Roberto Decomain, não há que se questionar a constitucionalidade de tal dispositivo, em face da proibição da prisão civil por dívidas inserida no art. 5º, LXVII, da Constituição da República, porque aqui ‘não se trata de prisão civil por dívida mas sim da criminalização do não pagamento de uma’.

‘Discorrendo sobre o delito em comento, prossegue o autor:

‘O núcleo do tipo penal, como já se disse, reside na omissão do recolhimento, no prazo previsto pela legislação específica, do tributo cobrado ou descontado de terceiro pelo sujeito passivo da obrigação ou pelo responsável pelo seu pagamento ao erário. Momento consumativo do crime será, portanto, o instante em que encerrado o prazo para pagamento do tributo sem que este aconteça (...) No Brasil, portanto, tão logo vencido o prazo para pagamento do tributo, o crime estará consumado, se tal pagamento foi omitido pelo devedor, podendo, de resto, ser também desde logo iniciado o procedimento criminal contra ele, independentemente do decurso de qualquer novo prazo’.

‘E arremata: ‘Ou o tributo é pago no vencimento e inexistente crime, ou o pagamento não acontece e o ilícito estará consumado. Não existe meio termo. O recolhimento apenas parcial do tributo também já configura o crime em questão’ (*in* Crimes contra a ordem tributária — Florianópolis, Ed. Obra Jurídica, 1994, págs. 106/107).

‘Da notificação fiscal que instruiu a denúncia à fl. 4, verifica-se que a atuação se deu porque o acusado dei-



xou de pagar, no prazo regulamentar, o ICMS devido pela entrada de óleo para uso e consumo próprio, oriundo de fora do Estado sem o destaque do recolhimento do imposto, conforme notas fiscais relacionadas no Anexo J e constante do PVF (Processo de Verificação Fiscal) 382/95.

‘A única testemunha ouvida pela acusação à fl. 44 confirmou a falta de pagamento do imposto em referência.

‘Já a prova testemunhal produzida pela defesa nada acrescentou em prol do acusado capaz de isentá-lo da responsabilidade penal pela infração cometida, cujo momento consumativo, segundo o ensinamento doutrinário colacionado, se dá com a falta de recolhimento do imposto no prazo regulamentar.

‘Dos documentos encartados nos autos verifica-se que houve um pedido de parcelamento do débito que não foi honrado pelo acusado, havendo comprovação de pagamento de apenas uma das dez parcelas a que se comprometera, segundo se infere às fls. 17/18.

‘Por outro lado, as inúmeras dificuldades financeiras relatadas ao final, pela defesa, não restaram, em nenhum momento, comprovadas.

‘Merece registro o fato de que o acusado, revel, sequer teve a preocupação de vir a Juízo para defender-se pessoalmente da acusação, expondo, se fosse o caso, a insuficiência econômica que alega, e suas causas.

‘A condenação, por todas essas razões, parece-me inarredável’ (fls. 103/105)” (fls. 129/131).

Pelo exposto, afasta-se a prefacial suscitada e, no mérito, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Mussi e Maurílio Moreira Leite, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakis.

Florianópolis, 25 de setembro de 2001.

*Alberto Costa,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 01.018182-7, DE FRAIBURGO**

**Relator: Des. Genésio Nollí**

*Apelação criminal. Delito de trânsito. Homicídio culposo.*

*Alegada culpa exclusiva da vítima. Hipótese inócua, admitindo-se, quando muito, a culpa concorrente, que, no entanto, não afasta a responsabilidade do agente.*

*Acusado que, trafegando em velocidade excessiva, após vislumbrar crianças no acostamento da rodovia, mantém a velocidade empregada, não desviando o suficiente para evitar o atropelamento. Imprudência caracterizada.*

*Irresignação defensiva contra a aplicação da pena de suspensão da habilitação para dirigir veículo. Inacolhimento. Pena cumulativamente aplicável.*

*Aplicação da Lei n. 9.099/95. Impossibilidade. Delito cuja pena máxima aplicável é superior a 1 (um) ano.*

*Recurso improvido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 01.018182-7, da comarca de Fraiburgo, em que é apelante Vilso Padilha, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

No Juízo de Direito da comarca de Fraiburgo, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Vilso Padilha, dando-o como incurso nas sanções do art. 302, *caput*, da Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro).

Segundo narra a exordial acusatória, “no dia 5 de setembro do ano de 1998, por volta das 18h30min, Vilso Padilha vinha conduzindo o veículo GM/Kadet Ipanema, placa MAD9807, pela rodovia SC 456, que liga os municípios de Fraiburgo—Monte Carlo, quando, nas proximidades do Km 23, sentido de Fraiburgo para Monte Carlo, o denunciado, empregando velocidade acima do normal, de forma imprudente, atropelou Douglas Scuzziatto, que encontrava-se no acostamento de sua mão de direção, aguardando para cruzar a pista, causando-lhe as lesões descritas no auto

de exame cadavérico (fl. 3), que foram a causa da morte do menor”.

Regularmente instruído o feito, sobreveio sentença que condenou o acusado ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos de detenção, em regime aberto, e suspensão da permissão para dirigir veículo por 6 (seis) meses, por infração ao disposto no art. 302 da Lei n. 9.503/97. A pena corporal foi substituída por uma pena restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade pelo período de 2 (dois) anos.

Inconformado, a tempo e modo o réu apelou, objetivando a reforma da decisão *a quo* para que seja absolvido do delito que lhe fora imputado, ou, alternativamente, que lhe seja dada oportunidade à transação penal, na forma da Lei n. 9.099/95.

Contra-arrazoado o apelo, ascenderam os autos a esta Superior Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e improvemento do recurso interposto.

É o necessário relatório.

Não assiste razão ao apelante.

A materialidade está comprovada, consubstanciada no auto de exame cadavérico (fl. 6), certidão de óbito (fl. 7), boletim de acidente de trânsito com vítima (fls. 9/10) e relatório de

acidente de trânsito e documentos que o acompanham (fls. 11/16).

Quanto à autoria, é incontestado. Em ambas as oportunidades em que prestou declarações, o réu não negou o atropelamento que foi causa eficiente da morte da vítima, não obstante busque eximir-se da responsabilidade pelo trágico evento, aduzindo culpa exclusiva daquela, o que, todavia, não é o que se depreende da prova dos autos.

Com efeito, ao ser interrogado em Juízo, o acusado relatou o seguinte:

“...que o depoente fez uma curva e avistou uma camionete estacionada na contramão, fora da pista, a aproximadamente uns trinta metros (...) que o depoente avistou uma criança à direita; que a criança estava parada fora da pista, na mão de direção do depoente; que o depoente buzinou para alertar a criança, eis que vinha um caminhão em sentido contrário; que surgiu uma segunda criança que saiu de um portão e foi em direção à camionete que estava parada na contramão; que a criança estava com um ‘freio’ de cavalo enrolado no ombro; que acredita que este arreiou atrapalhou a visão da criança; que a criança ia em direção à camionete que ficava na mão oposta do depoente; que a segunda criança passou pela primeira que estava parada e adentrou na pista; que viu a criança entrar na pista aproximadamente três metros; que tentou desviar o veículo, para a contramão; que o depoente não estava em alta velocidade e se estivesse poderia ter capotado o veículo; que atropelou o menino no meio da pista, na sua mão de direção; que a colisão se deu na altura do espelho direito, apro-

ximadamente na porta; que a pancada arremessou a criança uns cinco ou seis metros do lado da pista normal; que quando o depoente desviou o veículo não freou, em decorrência do paciente que estava na ambulância (...)” (fls. 44 e 44v.).

A versão trazida pelo acusado, no entanto, não se coaduna com o restante da prova coletada nos autos.

Quanto à afirmativa de que a vítima foi atingida no meio da pista e que em sentido contrário trafegava um caminhão, é infirmada pela testemunha Rodrigo Cabral, que estava ao lado daquela por ocasião do acidente.

Ao depor em Juízo, reafirmando o que já havia relatado perante a autoridade policial, Rodrigo declarou:

“...que iniciaram a travessia da pista porque não tinham visto nenhum carro e depois quando viram pararam e voltaram para o acostamento; que Douglas também voltou para o acostamento; *que a ambulância pegou o Douglas no acostamento*; que o declarante não foi atropelado porque se jogou para trás (...) *que não vinha nenhum carro em sentido contrário*; que o veículo acabou parando cem metros à frente do local do atropelamento (...) que não vinha carro nenhum na pista contrária e a ambulância não desviou de nenhum outro carro (...) *que Douglas estava do lado do declarante e não atrás (...)*” (fls. 69 e 69v.) (grifos nossos).

Também a testemunha Darci Teodoro Cabral, que estava do outro lado da pista quando o acidente ocorreu, confirmou que os dois menores estavam no acostamento quando a vítima foi atropelada pelo veículo conduzido pelo réu, e, ainda, que na oca-

sião do acidente não trafegavam outros veículos pelo local. É o que se extrai de suas declarações em Juízo:

“...que seu filho e a vítima estavam no outro lado da rodovia, aguardando que os mesmos viessem até a camionete; que ainda gritou para eles ‘cuidado com o carro’; *que ambos estavam parados no acostamento, quando veio o Fiat e atropelou a vítima (...)* naquele momento não passavam outros carros (...)” (fl. 73) (grifo nosso).

Quanto ao local em que a vítima foi colhida pelo veículo, além da palavra das testemunhas oculares, que atestam que aquela estava no acostamento, há o fato de que o menino foi atingido pelo retrovisor direito do veículo, como confirmou o próprio réu. Ou seja, não poderia estar à frente do carro como o acusado busca fazer crer, mas sim ao lado, pois, se assim não fosse, a pancada teria sido contra o capô do carro e não contra o retrovisor direito, como foi.

Outra evidência de que a criança estava mesmo no acostamento quando do atropelamento está nas fotos às fls. 14 e 16 (lado esquerdo da página), onde consta uma marca branca no asfalto (atrás da linha branca que divide a pista do acostamento). Tal marca, segundo informou a testemunha Darci Teodoro Cabral (fl. 73), foi produzida pelos arreios que a vítima carregava, que lixaram no solo quando do impacto com o carro conduzido pelo réu: “...que as marcas sobre a faixa da rodovia constantes das fotos de fls. 14/16, é do freio do cavalo que estava no ombro da vítima e lixou o asfalto (...)”. Destaque-se que próximo a essa marca há vários pingos de

sangue, tudo levando a indicar que a criança estava no acostamento, atrás da linha branca, quando foi atingida pelo acusado.

De ver-se, ainda, que o réu vislumbrou as crianças a uma distância de aproximadamente trinta metros (conforme declarou em seu interrogatório, fl. 44) no acostamento, ou seja, não foi pego de inopino nem de surpresa, e só pelo fato de tratar-se de crianças, o bom senso exigível do homem médio determinava um cuidado redobrado por parte do motorista.

Também por essa circunstância — de ter avistado as crianças com certa antecedência ao evento — com um mínimo de diligência poderia ter desviado o veículo para a sua esquerda, evitando assim a colisão, pois, conforme se demonstrou pela prova testemunhal colhida, não havia veículos trafegando em sua contramão de direção.

No que toca à velocidade imprimeida pelo réu, embora este sustente que trafegava em baixa velocidade, as testemunhas oculares são uníssonas em afirmar que o veículo vinha em velocidade excessiva, conforme declararam perante a autoridade judicial:

“...que a ambulância vinha em alta velocidade; que o espelho da ambulância pegou na cabeça do Douglas (...)” (Rodrigo Cabral, fl. 69v.).

“...que o Fia [sic] estava muito corrido e só parou uns 90 ou 100 metros depois (...)” (Darci Teodoro Cabral, fl. 73).

Destaque, outrossim, para a prova pericial elaborada no local do acidente, onde, pelo croqui, é possível constatar-se que o réu efetivamente trafegava em velocidade excessiva;

conforme se vê à fl. 13v., com o impacto, o corpo da vítima foi jogado a uma distância de 5,70m (cinco metros e setenta centímetros) a partir do acostamento.

Ora, trafegando em baixa velocidade, ao atingir a vítima, jamais o impacto seria tão forte, e, quando muito, a teria derrubado ao chão.

Por todos esses fatos, está evidente a culpa do acusado no trágico evento, não sendo difícil vislumbrar a imprudência com que obrou: avistou as crianças no acostamento a uma distância razoável, e só por esse fato deveria ter redobrado o seu cuidado, afastando-se mais à esquerda, bem como, e principalmente, diminuindo a velocidade, que, por certo, era excessiva.

A respeito dessa modalidade culposa, ensina Magalhães Noronha:

“Já a imprudência tem forma ativa. *Trata-se de um agir sem a cautela necessária.* É forma militante e positiva da culpa, consistente no atuar do agente com precipitação, insensatez ou inconsideração, já por não atentar para a lição dos fatos ordinários, já por não atender às circunstâncias especiais do caso, já por não perseverar no que a razão indica etc.” (*in* Do Crime Culposo, 3ª ed., São Paulo, Sarai-va, 1974, pág. 94) (grifo nosso).

Assim sendo, ainda que a vítima também tenha agido com culpa, não se pode afirmar que foi exclusiva, como pretende fazer crer o acusado, mas, quando muito, houve culpa concorrente, e, como é sabido, “em se tratando de acidente de trânsito, o fato de a vítima ter concorrido para a ocorrência do evento não exclui a responsabilidade do agente, pois no Direito

Penal não há compensação de culpas” (RJDTACrim 21/109).

A propósito, ensina Damásio de Jesus:

“Compensação de culpas: É incabível em matéria penal. Suponha-se um crime automobilístico em que, a par da culposa conduta do agente, concorra a culpa da vítima. A culpa do ofendido não exclui a culpa do agente: não se compensam. Só não responde o sujeito pelo resultado se a culpa é exclusiva da vítima” (Código Penal Anotado, 4ª ed., SP, Sarai-va, 1994, pág. 57).

Este Tribunal também adota esse entendimento:

“Alegação de culpa exclusiva da vítima — Ausência de comprovação — Inexistência de compensação de culpas em sede penal — Imprudência do réu configurada — Autoria e materialidade caracterizadas.

“Tendo-se em conta o pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial de que não há compensação de culpas em matéria penal, irrelevante invocar a de outrem para ilidir a própria’ (TACrimSP — AC — rel. Ercílio Sampaio — JUTACrim 73/269)” (Ap. Crim. n. 98.004751-0, de Caçador, rel. Des. Álvaro Wandelli).

E, ainda:

“Não há, em direito penal, compensação de culpas; logo, o agente responde pelo resultado decorrente de sua conduta imprudente, ainda que a vítima, por negligência, tenha concorrido para o evento danoso” (Ap. Crim. n. 01.003142-1, de Tangará, rel. Des. Irineu João da Silva).

Assim sendo, estando evidenciada a conduta imprudente do apelante

no trágico evento que ceifou a vida da vítima, ainda que se admitisse a culpa concorrente desta, impossível acolher-se o pedido absolutório formulado.

No que concerne à irresignação defensiva contra a aplicação da pena de suspensão da habilitação para dirigir veículo, não lhe assiste razão.

O art. 302 do CTB, no qual incidiu o acusado, prevê as sanções *cumulativas* de pena privativa de liberdade (detentiva) e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, ou seja, não se trata de pena alternativa, como aduz o douto defensor, e, assim, não há como ser afastada da condenação.

Nesse sentido, a jurisprudência é unânime:

“Homicídio culposo — Acidente de trânsito (...).

“Pena — Fixação concomitante de suspensão ou proibição de obter permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor — Sanção autônoma e principal do tipo infringido — Aplicação na forma cumulativa correta — Caráter alternativo ou substitutivo improcedente — Exclusão impossível.

“Recurso defensivo improvido” (Ap. Crim. n. 99.013778-3, de Brusque, rel. Des. Jorge Mussi, j. 16/11/99).

E, ainda:

“(...) Pedido de afastamento da penalidade de suspensão do direito de dirigir veículo automotor — Impossibilidade — Pena cumulativa (...)”

(Ap. Crim. n. 00.000415-4, de Descanso, rel. Juiz Torres Marques).

Finalmente, quanto ao pleito referente à aplicação da Lei n. 9.099/95, para que seja formulado ao apelante proposta de transação penal, impossível o acolhimento.

Isso porque o delito que lhe foi imputado (CTB, art. 302) não se insere dentre aqueles considerados de menor potencial ofensivo, a teor do que disciplina o art. 61 da Lei n. 9.099/95, segundo o qual “Consideram-se de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial” (grifo nosso).

A fim de afastar a incidência dessa lei, basta verificar que o delito atribuído ao acusado prevê pena que varia de 2 (*dois*) a 4 (*quatro*) anos.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d’Eça Neves. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 16 de outubro de 2001.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente, com voto;*  
*Genésio Noll,*  
*Relator.*



**APELAÇÃO CRIMINAL N. 01.018586-5, DE XANXERÊ****Relator: Des. Genésio Nolli**

*Apelação criminal.*

*Apelante denunciado por infração ao disposto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Delito não configurado.*

*Prova insuficiente a demonstrar o estado de embriaguez do apelante. Ausência de identificação do equipamento (bafômetro) que comprove a infração, na forma do preceituado no art. 280, V, da Lei n. 9.503/97 e Resolução n. 81/98 do Contran.*

*Outrossim, inócua qualquer situação de dano à integridade física de outrem, pressuposto indispensável à configuração do delito.*

*“O tipo penal previsto no art. 306 da Lei n. 9.503/97 exige, para sua caracterização, uma situação de perigo concreto, não bastando a mera probabilidade de gerar perigo de dano, quando então será atípica a conduta” (Ap. Crim. n. 00.011653-0, de Otacílio Costa, rel. Juiz Nilton Macedo Machado).*

*Recurso provido. Absolvição decretada.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 01.018586-5, da comarca de Xanxerê, em que é apelante Vivaldino Alves, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso para absolver o apelante, com base no art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

Custas de lei.

No Juízo de Direito da comarca de Xanxerê, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Vivaldino Alves, dando-o como incurso nas sanções do art. 306 da Lei n. 9.503/97.

Segundo narra a exordial acusatória, “em data de 27 de julho de 1999, por volta das 15h30min, após ingerir bebida alcoólica, o denunciado acionou o veículo VW/Gol, cor vermelha, placa LYV 0156, na Avenida Brasil, nesta cidade, em frente da Ferragem Cometa, sendo que ao conduzir o veículo em marcha a ré veio a colidir com uma motocicleta que se encontrava estacionada no local.

“A maneira como o denunciado conduzia o automóvel naquela via pública foi descuidada em razão do seu estado etílico sendo que submetido a exame de teor alcoólico restou comprovada tal situação (fl. 6).

“A conduta anormal do denunciado em razão da ingestão de bebida alcoólica veio a causar potencialidade

de dano a incolumidade de transeuntes e demais condutores do local tanto que colidiu com uma motocicleta que estava estacionada”.

Regularmente instruído o feito, sobreveio sentença que condenou o acusado ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 8 (oito) meses de detenção, em regime aberto, pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal, além da suspensão da habilitação para dirigir veículos pelo prazo de 6 (seis) meses, por infringir ao disposto no art. 306 da Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro).

Inconformado, a tempo e modo o réu apelou, objetivando a reforma da decisão *a quo* para que seja absolvido do delito que lhe fora imputado; alternativamente, que seja declarada a nulidade do processo, a partir da denúncia, dada a irregularidade do aparelho de bafômetro que amparou a peça acusatória.

Contra-arrazoado o apelo, ascenderam os autos a esta Superior Instância onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e desprovemento do recurso.

É o necessário relatório.

Razão assiste ao apelante, merecendo reforma a decisão monocrática.

Ao acusado foi atribuída a prática do delito capitulado no art. 306 da Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), *in verbis*:

“Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”.

Consoante se traduz do dispositivo legal em comento, trata-se de norma penal em branco, porquanto pressupõe, para sua aplicabilidade, a edição de outra norma regulamentadora, *in casu*, que discipline os limites toleráveis de álcool ou substâncias de efeitos análogos no organismo do condutor, bem como os meios e equipamentos a ser utilizados para esse fim.

Por força do disposto no art. 12, I, da Lei n. 9.503/97 — que conferiu ao Contran competência para estabelecer as normas regulamentares referidas nesta lei — tal órgão de trânsito expediu a Resolução n. 81/98, que deu disciplina ao uso de medidores de alcoolemia e estabeleceu os limites admissíveis de álcool no organismo, dispondo em seu art. 1º:

“Art. 1º. A comprovação de que o condutor se acha impedido de dirigir veículo automotor, sob suspeita de haver excedido os *limites de seis decigramas de álcool por litro de sangue*, ou de haver usado substância entorpecente, será confirmado com os seguintes procedimentos:

“I — teste em aparelho de ar alveolar (*bafômetro*) com a concentração igual ou superior a 0,3mg por litro de ar expelido dos pulmões;

“II — exame clínico *com laudo conclusivo e firmado pelo médico examinador da Polícia Judiciária*” (grifos nossos).

Compulsando-se os autos, verifica-se que o apelante foi submetido a dois exames distintos: o teste em bafômetro (fl. 10) e o exame de sangue (fl. 15), os quais, todavia, apresentaram-se maculados de inúmeras irregularidades, que levam à incerteza do

estado etílico do acusado naquela ocasião.

O resultado do exame de sangue realizado pelo apelante, constante à fl. 15 dos autos, constitui simples xerox de fax encaminhado pelo laboratório, sem qualquer assinatura nem autenticação, o que o torna absolutamente imprestável para o fim a que se destinava.

De mais a mais, nos termos do disciplinado pela Resolução Contran n. 81/98 (art. 1º, II), a comprovação do excesso de álcool no sangue somente poderia dar-se mediante “laudo conclusivo e firmado pelo médico examinador da Polícia Judiciária”, e nunca por simples exame laboratorial, no qual nem sequer consta a assinatura do bioquímico responsável por sua realização.

E, ainda, por ser fato curioso, vale destacar os dados constantes do exame, que o tornam ainda menos confiável. Conforme se vê no canto direito central do papel, consta: *data de entrada: 5/8/99*, quando o fato que deu ensejo à presente ação ocorreu em *27/7/99* — de acordo com o que descreve a denúncia — o que leva à conclusão de que o exame somente foi realizado dias após; e, mais ainda, na parte superior do papel, verifica-se que o fax foi transmitido, segundo registrado, em *13/6/99*, ou seja, mais de um mês *antes da ocorrência*, o que, no mínimo, enseja desconfiança da veracidade do seu conteúdo.

Quanto ao teste de bafômetro, cujo resultado consta a fl. 10 dos autos (auto de exame de teor alcoólico), a irregularidade está na absoluta ausência de identificação do equipamento, conforme preconiza o art. 280

do Código de Trânsito Brasileiro, *in verbis*:

“Art. 280 — Ocorrendo infração prevista na legislação de trânsito, lavrar-se-á auto de infração, do qual constará:

“(…)”

“V — *identificação* do órgão ou entidade e da autoridade ou agente atuador ou *equipamento que comprovar a infração*” (grifo nosso).

Verificando-se o auto, constata-se que nenhuma informação há a respeito do equipamento utilizado para o teste; não há número, modelo, marca, nem registro, o que inviabiliza de todo a certificação de estar cumprido ou não o disposto no art. 5º, também da Resolução n. 81/98 do Contran:

“Art. 5º. Os aparelhos sensores de ar alveolar serão aferidos por entidades indicadas pelo órgão máximo executivo de trânsito da União, que efetuará o seu registro, submetendo posteriormente à homologação do Contran”.

Note-se, ainda, que, comparando os resultados de ambos os exames — de bafômetro e de sangue —, são completamente discrepantes um do outro. O teste de bafômetro (fl. 10) apontou 0,9 miligramas de álcool por litro de ar expelido pelos pulmões. Já o exame de sangue atestou 2,4 mg/dl, ressaltando, no entanto, como “valores de referência: — intoxicação moderada: 50 a 100 mg/dl; — intoxicação acentuada: 101 a 400 mg/dl; — intoxicação grave: maior que 400 mg/dl”.

Destarte, não há como atribuir credibilidade aos testes a que foi submetido o apelante, dadas as irregulari-

dades evidentes que os cercam, e, assim, é temerária a manutenção do decreto condenatório, sopesando-se, ainda, que a prova testemunhal produzida não foi concludente.

Com efeito, os policiais que efetuaram a diligência, quando inquiridos em Juízo, deixaram assente que, embora o acusado exalasse cheiro de álcool, suas atitudes não demonstravam estar embriagado.

É o que se extrai de seus depoimentos:

“...que o acusado não dava demonstração de embriaguez (...)” (Clair Bazzi, fl. 50).

“...que o acusado não aparentava embriaguez (...)” (Sérgio de Souza Nunes, fl. 51).

Ademais, da análise do descrito no tipo penal em comento (art. 306), já transcrito, vislumbra-se indispensável à configuração do delito que, ao dirigir embriagado, o sujeito concretamente exponha a dano a integridade física de alguém, e, como é sabido, a lei não comporta palavras inúteis.

Ou seja, o fato de dirigir embriagado por si só não constitui crime, porquanto não havendo condução anormal, infringindo as regras de circulação viária, inexistirá o delito tipificado no art. 306 da Lei n. 9.503/97, ocorrendo, apenas, a infração descrita no art. 165 daquele diploma legal, desde que, neste caso, a substância alcoólica esteja em nível superior ao tolerado.

É o entendimento esposado por Ariosvaldo de Campos Pires:

“Note-se que, se o agente dirigir sob influência do álcool ou subs-

tância que determine dependência física ou psíquica, *da qual não resulte perigo concreto*, configurar-se-á infração administrativa (gravíssima), prevista no art. 165 do Código de Trânsito. É necessário, portanto, que o álcool ou a substância de efeito análogo proporcione atuação perigosa, como transitar em ziguezague, avançar sinal luminoso, imprimir velocidade excessiva ao veículo etc.” (Crimes de Trânsito na Lei n. 9.503/97, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1998, pág. 215) (grifo nosso).

Na hipótese que versa, não se vislumbra que em decorrência de eventual estado de embriaguez — que, repita-se, não restou demonstrado — tenha o agente colocado em perigo a incolumidade de outrem. Ao que se depreende dos autos, o acusado estava com seu veículo estacionado e, quando saía, ao engrenar a marcha a ré, veio a atingir uma moto que estava estacionada em sua retaguarda, causando, tão-somente, danos de ordem material que prontamente buscou ressarcir.

Destarte, nada indica nos autos que a ação do apelante tenha gerado algum risco a outrem, mormente em função de suposto estado de embriaguez que nem sequer ficou demonstrado, e, sendo assim, não restou suficientemente caracterizado o delito tipificado no art. 306 do Código de Trânsito, razão pela qual a absolvição é medida que se impõe.

Em situações análogas já se decidiu:

“Apelação criminal. Artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Agente que dirige veículo automotor sob influência de substância alcoólica

ou de efeito análogo. Ausência de dano potencial à incolumidade de outrem. Não caracterização do delito. Absolvição decretada.

“Para que se configure o delito previsto no artigo 306 da Lei n. 9.503/97, é necessário que o modo como o motorista, alcoolizado ou que esteja sob influência de substância de efeitos análogos, conduza seu veículo pela via pública, colocando em risco a integridade física de outrem” (Ap. Crim. n. 00.001189-4, de Chapecó, rel. Des. Maurílio Moreira Leite).

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para absolver o

apelante, com fulcro no art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 20 de novembro de 2001.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente, com voto;*  
*Genésio Nolli,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 01.019107-5, DE BLUMENAU**

**Relator: Des. Genésio Nolli**

*Apelação criminal. Roubo impróprio qualificado pelo concurso de agentes e emprego de arma.*

*Recurso defensivo visando à absolvição por insuficiência de provas, bem como a desclassificação para os delitos de lesão corporal e exercício arbitrário das próprias razões. Impossibilidade.*

*Materialidade e autoria comprovadas e confirmadas pela prova testemunhal e demais evidências constantes dos autos.*

*A violência foi o meio empregado para vencer a resistência da vítima e para o sucesso da subtração de seu dinheiro. A lesão corporal, nessa forma, constitui característica própria do roubo.*

*Inaplicabilidade do delito de exercício arbitrário das próprias razões, eis que a carteira subtraída não pertencia ao réu.*

*Recurso desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 01.019107-5, da comarca de Blumenau (2ª Vara), em que são apelantes Ander-*

*son Contador, Vânio Guidoni e Cláudio Roberto da Silva, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

Perante o Juízo de Direito da comarca de Blumenau (2ª Vara), Anderson Contador, Vânio Guidoni e Cláudio Roberto da Silva foram denunciados como incurso nas sanções do artigo 157, §§ 1º e 2º, incisos I e II, do Código Penal.

Narra a denúncia:

“No dia 19 de abril do corrente ano, por volta das 00:50 horas, Cristiano Eleutério conduzia o caminhão Mercedes-Benz, modelo 809, placa MBX 2470, pela rodovia SC 413, sentido Massaranduba—Blumenau, dirigindo-se à BR 470. Ao passar pela Rua Udo Deeke, bairro Salto do Norte, nesta cidade, obrigou-se a parar o veículo às margens da via pública, oportunidade em que foi surpreendido com ação rápida de Vânio Guidoni que, saindo de um matagal existente no local, vestido de mulher, ingressou no interior do caminhão e subtraiu a carteira que encontrava-se sobre o painel.

“Surpreendido com a ação do meliante, Cristiano Eleutério partiu em sua perseguição, oportunidade em que foi surpreendido com a ação de outros elementos, entre os quais Anderson Contador e Cláudio Roberto da Silva. Entrando em luta corporal, os meliantes, mediante ameaças feitas com facas que portavam, acabaram por dominar a vítima, logrando sucesso na subtração da carteira que continha, além de documentos pessoais, a importância de R\$ 136,00 (cento e trinta e seis reais) em espécie, dois cheques já preenchidos no

valor de R\$ 91,00 e um talão de cheques do Banco do Estado de Santa Catarina, personalizado em nome de Alexandra Scheurer” (fls. 2/3).

Ultimada a fase instrutória, sobreveio a sentença que julgou procedente a denúncia e condenou: Anderson Contador à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 20 (vinte) dias-multa; Vânio Guidoni à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 20 (vinte) dias-multa; e Cláudio Roberto da Silva à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime semi-aberto, e pagamento de 13 (treze) dias-multa.

Inconformados, recorreram:

Anderson Contador, requerendo a desclassificação para o delito previsto no art. 129, *caput*, do Código Penal.

Vânio Guidoni, por seu turno, pugna também pela desclassificação, porém para o tipo penal previsto no art. 345 do diploma legal supracitado.

Por fim, Cláudio Roberto da Silva pleiteia a absolvição argumentando que as provas são insuficientes para a condenação.

Os apelos foram contra-arrazoados.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, com vista dos autos, opinou no sentido de ser negado provimento ao recurso.

É o relatório.

Não merece provimento o recurso.

A materialidade delitiva está suficientemente demonstrada no boletim de ocorrência (fls. 15/16), termo de



apreensão (fl. 22), exame de corpo de delito (fl. 28) e laudo pericial realizado nas armas apreendidas (fls. 47/50).

Quanto à autoria, embora negada pelos apelantes, é confirmada pela prova testemunhal e demais evidências constantes dos autos.

Em Juízo (fls. 51/56), nenhum dos recorrentes admitiu o roubo descrito na exordial acusatória, apesar de terem admitido que estavam no local onde os fatos ocorreram.

Depreende-se dos interrogatórios (fls. 51/56) a intenção dos réus em deturpar os fatos narrados na denúncia, tornando-se clara a intenção de isentar de qualquer culpa o acusado Cláudio.

Diante do que declararam em Juízo, causa surpresa o fato de os apelantes terem-se calado perante a autoridade policial (fl. 8). Aliada a isso, a versão por eles contada não é em nenhum momento provada nos autos.

Merece registro também a reincidência específica dos acusados Anderson e Vânio, verificando-se a contumácia destes no delito em tela, minando assim a credibilidade da versão por eles apresentada.

Vê-se que não merece acolhida o alegado pelos apelantes, não só pelo que já foi dito, mas pelo fato de a versão acusatória ter total respaldo nas declarações prestadas pela vítima na fase policial (fls. 6/8), declarações estas ratificadas na fase judicial (fls. 86/87). Senão vejamos:

“Que o declarante é caminhoneiro na cidade de Jaraguá do Sul; que, por volta da zero hora desta data saiu de Jaraguá do Sul, com destino a

Blumenau, onde pernoitaria e nesta manhã efetuaria entregas com o caminhão Mercedes-Benz modelo 709, placas MBX 2470, da empresa ‘Agricopel Comércio e Derivados de Petróleo’ com sede na Rua Pomerode, s/n, Vila Nova, Jaraguá do Sul; que o declarante fez o trajeto até esta cidade pela SC 413 Massaranduba/Blumenau; que então o declarante tomou rumo da BR 470, onde pernoitaria no posto Verde Vale; que, após o Ceasa, na Rua Engenheiro Udo Deeke, onde existe um pequeno morro, por volta das 00:50h, foi obrigado a reduzir a velocidade de seu caminhão, pois foi ‘fechado’ por um veículo Fusca de cor vermelha, cujas placas não anotou, mas deseja deixar consignado que a placa era de cor amarela; que, devido a citada manobra feita pelo Fusca e a redução de velocidade, propiciou que uma pessoa saísse de um matagal e entrasse no caminhão pela porta do lado direito que encontrava-se aberta; que ato contínuo uma pessoa em trajes femininos, ou seja, um travesti, após ser empurrada para fora do veículo subtraiu a carteira do declarante que encontrava-se sobre o painel do caminhão; que o declarante parou o veículo no acostamento e partiu em perseguição a pessoa, que nesta Delegacia de Polícia tomou ciência tratar-se de Vânio Guidoni; que ao sair em perseguição a Vânio foi surpreendido por outras pessoas que encontravam-se escondidas no matagal; que o declarante foi ameaçado por Vânio Guidoni com uma faca de cabo branco; que as outras pessoas que saíram do matagal e nesta unidade policial foram identificadas como Anderson Contador e Cláudio Roberto da Silva, o primeiro também em trajes femini-

nos, estavam munidos de uma faca e uma chave de fenda de cabo na cor vermelha; que o declarante sofreu um pequeno corte no rosto do lado esquerdo, desferido por um dos integrantes do grupo que não sabe identificar; que houve luta corporal entre o declarante e as três pessoas, somente cessando a luta quando das ameaças com os objetos; que teve subtraída uma carteira de couro de cor preta contendo aproximadamente R\$ 136,00 (cento e trinta e seis reais) em espécie e ainda dois cheques de R\$ 91,00 da empresa em que labora; que afirma que também foi subtraído um talonário de cheque de sua companhia com apenas uma folha em branco; que o declarante afirma que após ser roubado o grupo evadiu-se retornando para o citado matagal; que o declarante dirigiu-se até o posto Verde Vale e acionou policiais militares; que o declarante juntamente com os policiais militares retornou até o local do roubo; que, no trajeto do posto até o local do crime, o declarante reconheceu uma das pessoas que participou do roubo, ou seja, Anderson Contador; que os policiais militares detiveram Anderson Contador; que Anderson Contador informou aos policiais o local onde encontravam-se os demais participantes do roubo; que juntamente com os policiais militares e Anderson Contador já detido dirigiram-se até uma lanchonete que localiza-se na frente do Ceasa, onde os policiais militares detiveram Vânio Guidoni e Cláudio Roberto da Silva; que o declarante deseja esclarecer que após o roubo o grupo lhe devolveu a carteira, após retirar o talonário de cheque com uma folha, os dois cheques no valor de R\$ 91,00 da em-

presa em que trabalha e os R\$ 136,00 em espécie; que também faziam parte do grupo outras três pessoas, perfazendo um total de seis, que não foram localizados nem identificados pelos policiais militares; que em seguida todos foram encaminhados até esta unidade policial”.

Ao contrário dos apelantes, a vítima não se eximiu de prestar depoimento em nenhuma oportunidade. Nas duas vezes em que relatou os fatos, fê-lo com segurança, coerência e convicção.

Ademais, oportuno esclarecer que, se o depoimento da vítima não valesse de nada para manter um edito repressivo, estaríamos sempre diante de injustiças, porquanto esses delitos são praticados geralmente na calada da noite, às escondidas, sem testemunhas oculares ou, quando se tem, estas ficam apavoradas, com medo dos criminosos, não afirmando o verdadeiro culpado, prejudicando o trabalho policial, por isso se torna tão importante o reconhecimento da vítima.

Eis o entendimento jurisprudencial:

“Em delitos de furto e roubo é manifesta a relevância probatória da palavra da vítima, especialmente quando descreve, com firmeza, a cena criminosa e reconhece, com igual firmeza, o meliante” (JUTACrim, 86/226).

Já se decidiu nesta Corte de Justiça:

“Em tema de crime de roubo, a palavra da vítima também tem validade probatória e autoriza a condenação, desde que não infirmada por outras provas e especialmente quando, como no caso, corroborada por teste-

munhas e perícia” (Ap. Crim. n. 33.171, de São Bento do Sul — rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Ainda:

“Penal e processual — Roubo — Prova — Ação única — Atos diversos — Concurso formal — Dosimetria da pena — Precedentes jurisprudenciais — Recurso parcialmente provido.

“Nos crimes de roubo, via de regra cometidos sem testemunhas, a palavra da vítima é de fundamental importância, principalmente quando reconhece o autor do delito, porquanto sem motivo não acusaria outra pessoa” (Apelação Criminal n. 98.006916-5, de Porto União, rel. Des. Amaral e Silva).

As declarações dos policiais que socorreram a vítima corroboram o que por ela foi dito:

“Que o depoente estava junto de seu colega Airton dos Santos quando foram se encontrar com a vítima no posto Verde Vale, na BR 470, nesta cidade, vez que a vítima havia sofrido um assalto. Lá chegando a vítima lhe contou que vários elementos, alguns vestidos de mulher, outros não, lhe assaltaram, sendo que um deles entrou no caminhão da vítima e lhe roubou uma carteira, não se lembrando bem de que forma lhe contou a vítima como acabou sendo agredida por alguns dos meliantes, com uma chave de fenda e uma faca, reconhecendo a chave de fenda que faz parte do documento de fl. 48, a faca (fl. 49) não a reconhece, na época que a viu estava escuro. Que feitas algumas buscas, em dado momento a vítima reconheceu o acusado Anderson e o apontou ao depoente, este que vinha logo atrás do caminhão da vítima,

com sua viatura. Anderson foi detido e confessou o delito, inclusive apontou os co-denunciados Vânio e Cláudio como co-autores do crime, e Anderson indicou um bar onde Vânio e Cláudio estariam. Lá chegando encontraram Vânio e Cláudio sentados numa mesa ao lado de uma janela e no lado de fora desta janela encontraram uma faca e uma chave de fenda. Num primeiro momento Vânio tentou inocentar Cláudio, mas depois todos acabaram admitindo o assalto descrito na denúncia. Que o único que não estava vestido de mulher era o co-denunciado Cláudio. Que não lembra com quem foi encontrada a res. Também não se lembrando se a vítima recuperou ou não sua carteira” (Sandro Roberto Bonin — fls. 67/68).

O depoimento do policial Airton é no mesmo sentido (fls. 69/70).

Sendo assim, a autoria se apresenta como certa e incontestável diante da prova coligida, não podendo ser acolhida a tese do apelante Cláudio, relacionada com a insuficiência de provas para a condenação, ainda mais considerando-se que o apelante foi efetivamente reconhecido pela vítima e foi encontrado pelos policiais com um dos co-réus num bar próximo, onde também foram apreendidas as armas usadas no crime.

O concurso de agentes e o uso de armas decorrem também do relato do pela prova pessoal produzida sob o crivo do contraditório, não tendo a defesa nada demonstrado que pudesse desconstituir a veracidade dos depoimentos.

Quanto ao argumento de que o delito deveria ser desclassificado para lesão corporal, no que se refere ao

apelante Anderson, entendemos que sorte alguma o assiste.

A violência foi o meio empregado para vencer a resistência da vítima e para o sucesso da subtração de seu dinheiro. O roubo constitui delito complexo, pois é composto de vários tipos penais, tais como: furto, ameaça, lesão corporal e constrangimento ilegal, que, com a fusão de várias figuras típicas, forma uma unidade jurídica.

Muito embora tenha o acusado Anderson, apesar de reconhecido pela vítima, negado a perpetração do roubo, dizendo que apenas segurou a vítima pelo pescoço, pois pensava tratar-se de uma briga, isso não o isenta do crime. No presente caso, a violência constituiu o meio e não a causa da subtração, caracterizando-se o roubo.

A jurisprudência:

“No crime de roubo, a violência praticada contra a vítima é constitutiva do fato delituoso elementar, e, assim, não sendo pessoal, quando praticado por apenas um dos agentes, comunica-se a outros” (RT 526/445).

No que toca à alegada configuração do delito de “exercício arbitrário das próprias razões” e não roubo, porque o apelante Vânio, ao dirigir-se à vítima, acusou-a de ter um débito para com ele, pois tinha prestado um suposto serviço (programa sexual), não tem qualquer procedência.

Para que se configure o delito de “exercício arbitrário das próprias razões” é pressuposto indispensável do fato a existência de uma pretensão, ainda que ilegítima. O sujeito precisa, ao menos, acreditar que sua pretensão corresponda a um direito.

Na hipótese dos autos, em nenhum momento a vítima se refere a programa sexual. Consta de seu depoimento que o réu Vânio invadiu a cabine de seu caminhão, pegou sua carteira, que estava no painel do veículo, e fugiu do local. Destarte, não se pode dizer configurado o delito capitulado no art. 345 do Código Penal.

É o entendimento jurisprudencial:

“Insubsistente a desclassificação do roubo qualificado para o exercício arbitrário das próprias razões, quando, da dinâmica dos fatos, extrai-se que o objetivo do agente não era somente a retenção da coisa, para forçar o devedor a pagar-lhe a dívida, mas sim a sua subtração, mediante a intenção de apossar-se definitivamente do objeto furtado, como forma de recebimento da dívida. Ademais, a violência na subtração foi efetivada por terceiros, que, inclusive, receberam recompensa pelo roubo” (RT 701/350).

Ante todo o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d’Eça Neves. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 23 de outubro de 2001.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente, com voto;*  
*Genésio Nolli,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CRIMINAL N. 01.015709-8, DE LEBON RÉGIS****Relator: Des. Jorge Mussi**

*Ação penal — Estupro — Violência presumida — Necessidade, para a deflagração da persecução criminal, de representação da ofendida ou de seus pais — Exegese do disposto no art. 225, §§ 1º e 2º, do CP — Ausência de manifestação inequívoca da vítima ou de seus representantes legais — Ilegitimidade ativa do Ministério Público patenteada — Nulidade absoluta declarada de ofício — Inteligência do art. 564, II, do CPP — Lapsos decadenciais transcorridos — Extinção da punibilidade do acusado declarada também de ofício — Recurso defensivo julgado prejudicado.*

*Evidente, nos precisos termos do art. 225, § 1º, I, e § 2º, do Código Penal, a falta de legitimidade do órgão acusador para deflagrar a persecução criminal pelo crime de estupro, cometido sem violência real, no caso de miserabilidade da família da vítima, pois, nessa hipótese, a ação penal depende de manifestação inequívoca da ofendida ou de seus representantes legais, no sentido de que sejam tomadas providências em relação ao fato e à responsabilização do autor, o que nem de longe se vislumbra tenha ocorrido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 01.015709-8, da comarca de Lebon Régis, em que é apelante Amilton de Jesus Garipuna, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, declarar nula a ação penal, desde o seu início, e, também de ofício, extinguir a punibilidade do apelante, em razão da decadência, prejudicado o exame do apelo defensivo.

Custas legais.

1 — Na comarca de Lebon Régis (Vara Única), Amilton de Jesus Garipuna foi denunciado por infração ao disposto no art. 213, *caput*, c/c art. 224, a, por quatro vezes, c/c art. 71, todos do Código Penal, porque, con-

soante se infere da exordial acusatória de fls. 2/3:

“No mês de janeiro do ano 2000, por volta das 22 horas, o denunciado Amilton de Jesus Garipuna dirigiu-se à residência da vítima K. G. dos S., adolescente com apenas 13 anos de idade, localizada na Rua José Barpp, n. 277, neste Município, ao que, pulando a janela, ganhou o interior do quarto da vítima e, ao deparar-se com esta, mantendo-a sob a mira de revólver, tapou-lhe a boca, agrediu-lhe com um tapa, constringendo-a a manter consigo conjunção carnal, encontrando-se a adolescente, hoje, grávida de sete (7) meses.

“Consta que aproximadamente um mês após a primeira relação sexual, o denunciado Amilton de Jesus Garipuna tornou a procurar a vítima e,

sob ameaça de que iria matá-la, constrangeu-a em momentos distintos e se utilizando do mesmo expediente intimidativo, a manter consigo conjunção carnal por mais três vezes”.

Concluída a instrução criminal, a denúncia foi julgada procedente para condenar o acusado Amilton de Jesus Garipuna à pena de 7 (sete) anos de reclusão, em regime fechado (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90), por violação ao disposto no art. 213, c/c art. 224, a, por duas vezes, c/c art. 71, todos do Estatuto Repressivo, sendo-lhe concedido o direito de recorrer em liberdade.

Não se conformando com o decreto condenatório, Amilton de Jesus Garipuna interpôs recurso de apelação, de próprio punho e por sua defensora, com fulcro no art. 593, I, do Código de Processo Penal, pugnando por sua absolvição, alegando que não cometeu o crime, haja vista a vítima ser sua namorada e a gravidez ter ocorrido por inexperiência de ambos. Aduziu, ademais, que tentou manter um vínculo afetivo e emocional com a ofendida, inclusive tendo morado juntos, o que não deu certo, por motivos de ordem familiar.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça pela nulidade do feito, haja vista a ilegitimidade do Ministério Público para a deflagração da ação penal em tela, declarando-se, via de consequência, a extinção da punibilidade do apelante, pela decadência do direito de oferecimento de queixa acerca dos fatos.

É o relatório.

2 — Com razão o Procurador de Justiça oficiante, Dr. Hipólito Luiz Piazza, quando aponta a ilegitimidade ativa do Ministério Público para a deflagração da ação penal em tela, eivando de nulidade absoluta o processo posto em exame.

Como apropriadamente registrou o parecerista, “observa-se que o inquérito policial que deu ensejo à presente ação penal foi instaurado por força de expediente do Juiz de Direito da Infância e da Juventude daquela comarca, calcado em ‘Estudo Social’ levado a efeito pelo Serviço Social do mesmo que em autos de Verificação de Situação de Criança, concluiu que a ofendida ‘não ter mais intenções de manter um relacionamento mais sério com o companheiro (réu), em que pese a concordância dos pais em deixar a infante conviver com aquele, já que, diante da gravidez da filha, não sabem como irão reverter a situação ou que atitude tomar”.

Percebe-se, ainda, “acostado aos autos, Boletim de Ocorrência Policial, no qual o pai da menor comparecia àquele órgão policial para dar queixa contra o réu por ‘ameaças’ feitas contra a menor”, assim como a toda sua família (fls. 12 e 13).

“Disso, colhidos os depoimentos, dentre eles o da vítima, oportunidade em que narrou os assédios sexuais de que foi alvo (ela) por parte do réu, eclodiu a ação penal por estupro, de iniciativa do Ministério Público.

“Ora, inegável que, nos crimes definidos nos capítulos que tratam da liberdade sexual, para legitimar a ação penal pública é indispensável a representação da vítima ou de seu re-



presentante legal condicionada à prova do estado de pobreza.

“No caso, entretanto, não nos é dado observar a presença da representação dos pais da ofendida, não se assimilando sequer o desejo deles em processar o ‘estuprador’ de sua filha por tal fato, tudo, ao que transparece, cingido às ameaças ou desavenças surgidas em razão do não entendimento da convivência comum entre vítima e ofensor.

“Inegável ser corriqueiro que o ato de representação não depende de rigorismos formalísticos, consoante já, inclusive, assentado por nossa Superior Corte de Justiça”.

Nesse diapasão, tem-se a lição de Julio Fabbrini Mirabete, a respeito dos requisitos formais da representação:

“De há muito, porém, a jurisprudência se firmou no sentido de que a representação não exige forma especial, bastando que o ofendido, seu representante legal ou o procurador com poderes especiais, manifeste o desejo de instaurar contra o autor do delito o competente procedimento criminal, podendo servir para isso até o boletim de ocorrência, declarações da vítima ou de seu representante etc. Deve-se entender que, se a representação é instituída em benefício da vítima e independe de formalidades, vale ela contra todos os autores do ilícito, ainda que não constem seus nomes da peça, salvo se houver restrição expressa do ofendido (...)” (Código de Processo Penal Interpretado, 5ª ed., Atlas, São Paulo, 1997, pág. 89).

Da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em igual vértice:

“Para a representação, não se exige formalismo, sendo suficiente (...) a manifestação inequívoca de que se inicie o processo contra o acusado (RHC 54.018; RTJ 78/109; RHC 58.490, RTJ 98/680)” (RTJ 126/143).

Contudo, e como bem disse o Procurador de Justiça, “a falta de vontade dos representantes legais da ofendida em processar o varão pelo congresso carnal mantido com sua filha é tão evidente que o exame de conjunção carnal somente foi efetivado já ao findar da instrução criminal — quase um ano após os fatos — e em razão de determinação judicial. Se o comparecimento do pai da ofendida, junto ao órgão policial, por ocasião da comunicação que se vê a fl. 12, fosse em razão do alegado ‘estupro’, evidente que dentre as providências policiais de imediato para o esclarecimento dos fatos seria a determinação” da feitura “do laudo pericial. Não foi levado a efeito, por óbvio, já que a ‘queixa’ do representante legal da menor prendia-se às ameaças referidas”, e não no sentido de que fossem tomadas providências em relação ao estupro e à responsabilização do seu agente.

Com efeito, vê-se que o representante legal da adolescente noticiou a autoridade policial e pediu providências quanto às ameaças de que estavam sendo vítimas sua família e ele próprio, partidas do réu, em decorrência da separação do casal, ocorrida três meses após a vida em comum, como claramente se percebe dos Boletins de Ocorrência de fls. 12 e 13.

Evidente, portanto, nos precisos termos do art. 225, § 1º, I, e § 2º, do Código Penal, a falta de legitimidade do órgão acusador para deflagrar a

persecução criminal pelo crime de estupro, cometido sem violência real, no caso de miserabilidade da família da vítima, pois, nessa hipótese, a ação penal depende de manifestação inequívoca da ofendida ou de seus representantes legais, no sentido de que sejam tomadas providências em relação ao fato e à responsabilização do seu autor, o que nem de longe se vislumbra tenha ocorrido.

Traz-se à colação o ensinamento de Fernando Capez, sobre a ação penal pública condicionada à apresentação:

*“O Ministério Público, titular dessa ação, só pode a ela dar início se a vítima ou seu representante legal o autorizarem, por meio de uma manifestação de vontade. Nesse caso, o crime afeta tão profundamente a esfera íntima do indivíduo, que a lei, a despeito de sua gravidade, respeita a vontade daquele, evitando, assim, que o strepitus iudicii (escândalo do processo) se torne um mal maior para o ofendido do que a impunidade dos responsáveis. Mais ainda: sem a permissão da vítima, nem sequer poderá ser instaurado inquérito policial (CPP, art. 5º, § 4º) (...)”* (Curso de Processo Penal, 3ª ed., Saraiva, SP, 1999, pág. 102 — grifamos)

Já decidiu o Supremo Tribunal Federal, tratando de crime contra os costumes — corrupção de menores — que:

*“O exercício da ação penal pública, decorrente da prossecução do crime tipificado no art. 218 do Código Penal, tem como pressuposto a representação da ofendida ou de seus pais,*

*e esta está condicionada à prova da miserabilidade dos mesmos, a ser feita até a sentença final. Não demonstrando nos autos de maneira inequívoca, manifestação da ofendida, ou de seus pais, carece o Ministério Público de legitimidade para intentar a ação”* (RHC n. 57.195, rel. Min. Rafael Mayer, RTJ 92/123).

Assim, e consoante o disposto no art. 564, II, do Código de Processo Repressivo, absolutamente nulo apresenta-se o processo, *ab initio*, ante a ilegitimidade do órgão ministerial para a proposição de ação penal para a apuração do delito previsto no art. 213 do Código Penal, na hipótese dos autos, e, haja vista o decurso do prazo decadencial disposto no art. 38 do CPP, extinta encontra-se a punibilidade do apelante pelos fatos denunciados.

3 — Por todo o exposto, a Câmara, de ofício, declara nula a ação penal, desde o seu início, e, também de ofício, extingue a punibilidade do apelante, em razão da decadência, prejudicado o exame do apelo defensivo.

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. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 16 de outubro de 2001.

*Alberto Costa,*  
*Presidente;*  
*Jorge Mussi,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CRIMINAL N. 01.022343-0, DE CAÇADOR****Relator: Des. Maurílio Moreira Leite**

*Crime contra a vida. Homicídio qualificado pelo motivo torpe. Decisão do Conselho de Sentença amparada na prova amealhada. Qualificadora acolhida com lastro no contexto dos autos. Condenação mantida. Recurso defensivo improvido.*

*Encontrando a decisão do Conselho de Sentença, inclusive o acolhimento da qualificadora, respaldo nos elementos contidos no processo, não há falar em nulidade do julgamento por contrariedade à prova dos autos.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 01.022343-0, da comarca de Caçador, em que é apelante Adilson Pereira de Barros, e apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas legais.

Na comarca de Caçador (2ª Vara Criminal), Adilson Pereira de Barros, Carlos Almir Pereira de Barros e José Ivan Pereira de Barros foram denunciados com enquadramento nos artigos 121, § 2º, incisos I e III, 211 (duas vezes), e 121, § 2º, inciso V, cumulado com o artigo 14, inciso II, todos do Código Penal, em concurso material, o primeiro; artigos 121, § 2º, incisos I e III, e 211 (duas vezes), do mesmo diploma, o segundo; e artigo 211 do Código Penal, o último.

Narra a exordial que “o denunciado José Ivan Pereira de Barros morava em conjunto com a vítima Ademir Tadeu Zipperer, também conhecido como ‘Ademir Cristiano Tadeu’, num ‘barraco’ situado próximo à Cidasc, nesta cidade de Caçador, sendo que

em data do mês de dezembro de 2000 ambos acabaram brigando, tendo este agredido fisicamente aquele. Diante disso, e inconformado, o denunciado José Ivan Pereira deliberou não mais residir com a vítima Ademir Tadeu Zipperer, passando a morar com seus filhos Carlos Almir Pereira de Barros e Adilson Pereira de Barros, na residência destes. Estes, então, ao descobrirem que a vítima Ademir Cristiano Zipperer havia agredido fisicamente seu pai José Ivan Pereira, resolveram, de comum acordo, ceifar a vida daquele em execução de plano criminoso previamente mancomunado. Assim, na noite de 22 de dezembro de 2000, por volta das 23h, os denunciados Adilson Pereira de Barros e Carlos Almir Pereira de Barros, unidos por propósito comum, movidos pelo *animus necandi* e pela vontade de vingar as agressões sofridas por seu progenitor, mediante motivo torpe, ignóbil, reprovável e abjeto, se dirigiram até a residência da vítima Ademir Cristiano Zipperer, no endereço já citado, onde, enquanto Carlos Almir Pereira de Barros, este de posse de arma branca (faca de cozinha), investiu contra a vítima, desferindo-lhe vários golpes, causando nesta sofrimento desproporcional e atroz, causando as lesões corporais

que foram causa eficiente da morte do ofendido. Após isso, os denunciados Adilson Pereira de Barros e Carlos Almir Pereira de Barros evadiram-se do local, deixando abandonado o cadáver da vítima.

“Em 1º de janeiro de 2001, os mesmos denunciados Adilson Pereira de Barros e Carlos Almir Pereira de Barros retornaram ao local do crime, onde ambos, imbuídos por vontade única, livre e consciente, com a utilização de gasolina, atearam fogo no cadáver de Ademir Cristiano Zipperer, imbuídos da intenção de destruí-lo totalmente, evadindo-se, posteriormente, da cena criminosa.

“Não satisfeitos, alguns dias após, novamente os denunciados Adilson Pereira de Barros e Carlos Almir Pereira de Barros, desta vez conjugados e acompanhados do co-denunciado José Ivan Pereira de Barros, se dirigiram ao local onde os dois primeiros haviam destruído parcialmente o cadáver de Ademir Cristiano Zipperer, onde observaram que ainda restavam partes do corpo deste, circunstância esta que motivou-os, com propósito comum de ocultar o cadáver, escondendo partes do corpo num mato próximo do local do crime.

“Posteriormente, no dia 5 de janeiro de 2001, o denunciado Adilson Pereira de Barros, disposto livre e conscientemente em eliminar a vítima Terezinha Ribeiro, a qual havia testemunhado a prática do crime contra a vida narrado anteriormente, para assegurar a ocultação e impunidade em relação ao outro delito contra a vida de Ademir Cristiano Zipperer, investiu em sua residência contra esta, munido com arma branca (faca de cozinha

apreendida à fl. 22 do auto de prisão em flagrante), com *animus necandi*, desferindo vários golpes, atingindo-a na região do antebraço esquerdo, causando-lhe as lesões diagnosticadas no auto de exame de corpo de delito de fl. 13, do auto de prisão em flagrante. Contudo, o crime contra a vida de Terezinha Ribeiro não se consumou, por circunstâncias alheias à vontade do agente Adilson Pereira de Barros, eis que impedido por seu irmão Carlos Almir Pereira de Barros” (fls. 2/5).

Após o interrogatório dos réus, foi oferecido aditamento à denúncia, incluindo a pessoa de Terezinha Ribeiro como co-autora dos delitos ali narrados.

No curso da instrução, o processo foi suspenso com relação ao réu José Ivan Pereira, com base no artigo 89 da Lei n. 9.099/95. Também foi suspenso o feito com referência a Carlos Almir Pereira de Barros, para instauração de incidente de insanidade mental (fl. 218).

Posteriormente à juntada das alegações finais pelas partes, a autoridade judicial determinou a separação do processo, dando seguimento ao presente, somente no tocante ao réu Adilson Pereira de Barros (fl. 244), que resultou pronunciado pela prática dos delitos previstos pelos artigos 121, § 2º, inciso I, e 211, ambos do Código Penal, contra a vítima Ademir Tadeu Zipperer, e artigo 121, *caput*, cumulado com o artigo 14, inciso II, do mesmo diploma, contra a vítima Terezinha Ribeiro.

Submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, foi condenado ao cumprimento de doze anos de reclusão, em regime integralmente fecha-

do, pelo homicídio qualificado, e três meses de detenção, em regime inicial aberto, pelo crime praticado contra Terezinha Ribeiro, o qual resultou desclassificado para lesões corporais. Negado o direito de apelar em liberdade.

A tempo e modo, a defesa interpôs apelação, visando à anulação do julgamento, por ser a decisão manifestamente contrária à prova dos autos, tendo em vista que, quanto à vítima Ademir, o auto de exame cadavérico não constatou a existência de lesões decorrentes de golpes de faca. E, como os jurados reconheceram que o réu não ateou fogo na vítima, não poderia ter sido responsabilizado por sua morte. Alternativamente, é pretendida a desclassificação deste crime para homicídio simples, por não restar comprovado o motivo torpe. Além disso, aduz que, consoante o entendimento jurisprudencial, vingança não caracteriza a qualificadora mencionada.

Em contra-razões, requereu a representante do Ministério Público a manutenção do que foi decidido.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Paulo Antônio Günther, manifestou-se pelo conhecimento e improvemento do recurso.

É o relatório.

Sem razão o recorrente.

Consoante o conjunto probatório, os réus Adilson, Carlos e Terezinha, previamente ajustados, dirigiram-se ao barraco da vítima com o fim de ceifar-lhe a vida, em ato de vingança pelo fato de ter esta lesionado o pai dos dois primeiros. Lá chegando, passaram a desferir-lhe golpes de faca,

os quais culminaram com sua morte. Cerca de dez dias após, lá retornaram Terezinha, Adilson e Carlos, com o fim de destruir o cadáver. Assim, providenciaram gasolina e fósforos, tendo ateado fogo no corpo da vítima. Não satisfeitos, dias após, dirigiram-se novamente ao local, juntamente com José Ivan, tendo retirado o corpo da vítima do barraco, ocultando-o. O estado em que se encontrava o corpo no momento da realização do exame pericial pode ser constatado pelas fotografias de fls. 70 e 91/93. Do cadáver, restaram apenas algumas partes esqueletizadas, em avançado estado de putrefação, não sendo possível, portanto, atestar a *causa mortis*. E, na inviabilidade da realização de exame pericial, a prova da materialidade poderá ser suprida por outros elementos trazidos aos autos, como ocorreu no presente caso, em que o próprio apelante confessa a forma brutal com que a vítima foi morta. Leia-se: “no dia dos fatos, eu e o meu irmão Carlos Almir fomos até a casa de Ademir, juntamente com Terezinha Ribeiro, pois ela era a única que sabia do paradeiro da vítima; que, ao chegar no local, eu pedi para o meu irmão ficar cuidando para ver se não vinha ninguém, e eu entrei no barraco juntamente com Terezinha; que somente Terezinha Ribeiro entrou no barraco da vítima, portando uma faca, e após ela desferir alguns golpes de faca, a vítima Ademir saiu correndo em fuga, e como eu estava na porta, quando ele passou por mim, eu dei mais duas facadas na vítima Ademir, não sabendo informar se estas pegaram na vítima, bem como quantas a Terezinha desferiu na vítima, pois estava escuro e eu não cheguei a entrar no barraco; que depois de desferir es-

ses golpes, a vítima saiu correndo para o mato e eu e Terezinha fomos embora; que fui no barraco da vítima Ademir ‘para fazer o serviço mesmo’” (fls. 152/153).

A confirmar sua confissão, estão as palavras de Carlos Almir Pereira de Barros: “no dia 22/12/00, Adilson chegou em casa e convidou o indiciado para acompanhar Adilson e sua esposa Terezinha até o barraco onde estaria seu pai; que Adilson disse para o indiciado que iria brigar com Tadeu, porém não falou que iria lá para matá-lo; que não viu arma alguma em poder de Adilson e Terezinha quando saíram de casa; que, no local do crime, permaneceu a uns 30 metros de distância, enquanto Adilson e Terezinha adentravam no barraco onde a vítima se encontrava; que, de onde estava, não viu o que ocorreu; que Adilson e Terezinha, após uns 10 minutos, subiram dizendo que ‘já se acertamo’; que saíram do local naquela noite, tendo voltado o indiciado e Adilson, em data que não recorda, ao local onde o cheiro estava muito forte, então, decidiram atear fogo no cadáver que estava irreconhecível; que o indiciado, recebendo R\$ 5,00 de Adilson, foi até o Posto Cury e comprou gasolina, retornou ao local e, espalhando a gasolina sobre o corpo do cadáver, atearam fogo; que o fósforo era do indiciado e foi o mesmo que riscou o palito para iniciar a queima; que do ato e seus preparativos, participaram também Adilson e seu pai, tudo presenciado por Terezinha (...) que não auxiliou na morte de Tadeu e que no dia da morte apenas Adilson e Terezinha tiveram contato com a vítima; que ficou cuidando na noite do crime sem saber que Adilson iria fazer o que

fez; que a vítima não gritou, pois foi tudo muito rápido, e logo Adilson e Terezinha chegaram de volta; que, no mesmo dia que a vítima foi atacada, Terezinha e Adilson nada comentaram, tendo apenas no outro dia ambos referirem a terem dado umas facadas e matado Tadeu e que a faca haviam jogado no mesmo dia do crime no mato” (fls. 79/80). E, com os mesmos detalhes, ratificou seu depoimento em juízo (fls. 150/151).

No mesmo sentido são as palavras de Antoninho Valdomiro dos Santos, pessoa que os conduziu ao local do crime: “no dia 22/12/00, por volta das 22 horas, na Vereda dos Trevos, vindo até a casa de Adilson no Bairro Alto Bonito, onde apanharam Terezinha, mulher de Adilson e mais um irmão deste, conhecido do declarante; que o indivíduo era alto, magro, moreno, cabelos crespos, não sabendo informar o nome; que dali seguiram até próximo ao escritório da Cidasc, no trevinho do Santelmo, local onde o declarante permaneceu dentro da camionete enquanto Adilson, Terezinha e o irmão de Adilson adentraram num terreno baldio dizendo Adilson que iria buscar seu pai, que estaria residindo ali naquele local; que passados de 5 a 10 minutos, os três retornaram e Adilson apresentava-se nervoso e dizia ‘vamos, vamos’” (fl. 78). Em Juízo, repetiu a versão (fl. 219).

Assim, restou cabalmente demonstrada a autoria e materialidade do crime, sendo que a tentativa do apelante de, no julgamento, tentar fazer crer que agiu em legítima defesa restou totalmente dissociada do contexto dos autos, inclusive de seus depoimentos prestados em ambas as fases processuais.



Cabe aqui transcrever a orientação do Superior Tribunal de Justiça: “O corpo de delito, na clássica definição de João Mendes, é o conjunto dos elementos sensíveis do fato criminoso. Diz-se direto quando reúne elementos materiais do fato imputado. Indireto se, por qualquer meio, evidencia a existência de acontecimento delituoso. A Constituição da República resguarda serem admitidas as provas que não forem proibidas por lei. Restou, assim, afetada a cláusula final do art. 158, CPP, ou seja, a confissão não ser idônea para concorrer para o exame de corpo de delito. No processo moderno, não há hierarquia de provas, nem provas específicas para determinado caso. Tudo o que lícito for, idôneo será para projetar a verdade real. No caso concreto, além da confissão, houve depoimento de testemunha” (RT 694/390). E, desta Corte: “Auto de exame cadavérico firmado por um só perito não implica na inexistência da prova material do homicídio quando existem, à saciedade, evidências do fato. Ademais, com a inumação do cadáver, a putrefação ulterior destrói vestígios, prejudicando a renovação do exame de corpo de delito” (AC n. 98.013079-4, de Joinville, rel. Des. Souza Varella, j. 9/3/99).

Ainda: “É impróprio o argumento de inexistência de prova da materialidade, apenas porque o laudo cadavérico não teria sido conclusivo sobre o motivo da morte da vítima, cabendo a ressalva de que a prova técnica não é a única capaz de atestar a materialidade das condutas, sendo que até mesmo a falta do exame de corpo de delito não impede a propositura da ação penal – não só porque o mesmo pode ser produzido na fase instrutória,

mas, também, porque pode ser suprido pelo exame de corpo de delito indireto, na forma do art. 167 do CPP” (STJ, HC n. 12.487/RJ, rel. Min. Gilson Dipp, RT 784/564).

Alternativamente, pretende o apelante a desclassificação do delito para a sua forma simples, aduzindo que não restou caracterizado o motivo torpe. Entretanto, não é esta a verdade que se extrai do processado.

O delito ocorreu pelo sentimento de vingança dos réus, após tomarem conhecimento de que José Ivan Pereira de Barros, pai de Adilson e Carlos, havia sido lesionado pela vítima. Sabe-se que a vingança, por si, não caracteriza motivo torpe, o qual somente tem lugar quando, diante da origem do ato que a motivou, fica demonstrada a total desconsideração do réu para com a vida alheia, o que aconteceu na hipótese. Leia-se: “Torpe, como salientava Hungria, é o motivo abjeto, ignóbil, repugnante, que imprime ao crime um caráter de extrema vileza ou imoralidade. É aquele que, segundo o mesmo insigne e saudoso penalista, ‘mais vivamente ofende a moralidade média ou o sentimento ético-social comum’” (TJSP — Rec. — rel. Silva Leme — RJTJSP 22/449). Ainda: “Vingança, por si só, não induz necessariamente à torpeza. Tal se dá somente quando a desforra, posta em correlação com o ato que a motivou, exprime a ignonímia e a abjeção que a lei penal incrimina como qualificadora do delito” (TJSP — AC — rel. Gentil Leite — RT 606/306).

Além disso, o entendimento predominante dos tribunais aponta para a inviabilidade da exclusão de qualificadoras acolhidas pelo Conse-

lho de Sentença, devendo, na eventualidade de estar contrária à evidência dos autos, ser anulado o julgamento. Assim: “Acolhido o motivo fútil contra a prova dos autos, anula-se o julgamento para que outro seja proferido” (STJ, JSTJ 36/317).

Mas, no caso, o julgamento está amparado pela única versão apresentada no processo, no sentido de que o apelante praticou o crime noticiado na pronúncia impelido por motivo torpe, pelo que a decisão é mantida.

Diante de todo o exposto, o recurso é conhecido e improvido.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 14 de dezembro de 2001.

*Jorge Mussi,*  
*Presidente, com voto;*  
*Maurílio Moreira Leite,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 01.021149-1, DE LAGES**

**Relator: Des. Irineu João da Silva**

*Júri — Decisão manifestamente contrária à prova dos autos — Legítima defesa própria ou de terceiros — Duplicidade de versões — Excludente não configurada — Pretensão ao reconhecimento do homicídio privilegiado — Requisitos que não se fazem presentes (art. 121, § 1º, do CP) — Inocorrência da injusta provocação da vítima — Inadmissibilidade — Veredicto que não contraria a prova encartada no processo — Princípio da soberania do Júri Popular — Recurso não provido.*

*Não pode invocar a legítima defesa aquele que, depois de encerrada a agressão, arma-se e parte para a desforra contra o desafeto. Para caracterizar a excludente, a reação deve ser imediata, sob pena de ser considerada apenas ato de vingança, além de não poder ser excessiva, fruto de agressão sugerida pelo agente, que atua como provocador.*

*“Não se compadece com a legítima defesa, nem com a hipótese de violenta emoção, que autoriza a conclusão do homicídio privilegiado, a conduta de quem vai armar-se para dar continuidade a atrito inicial, pois ambas exigem que a reação seja incontinenti, sine intervallo.*

*“As agressões fíndas ou pretéritas não a podem configurar”  
(RT 585/296).*

*A decisão do júri somente pode ser cassada se for considerada flagrantemente contrária à prova do processo, quando destituída de qualquer elemento de convicção colhido nos autos; assim, não poderá ser anulada se, havendo duas ou mais versões, o veredicto inclina-se por qualquer delas.*

*Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Apelação Criminal n. 01.021149-1, da comarca de Lages (1ª Vara), em que é apelante Andriago Almeida, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Lages (1ª Vara Criminal), o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Andriago Almeida, Elinton de Oliveira e Vítor de Souza Hess, o primeiro como incurso nas sanções do art. 121, *caput*, e art. 137, parágrafo único (resultado morte), c/c os arts. 29 e 69, todos do Código Penal, e os demais nas sanções do art. 137, parágrafo único (resultado morte), c/c o art. 29, ambos do Estatuto Penal Repressivo, porque:

“Narram os autos que, no dia 5 de março de 2000, por volta das 22h30min, os denunciados e outras pessoas até aqui não identificadas envolveram-se em uma contenda generalizada, nas imediações da ‘Danceteria Mix’, bairro Santa Helena, nesta cidade e comarca, sendo que, de início, a ‘turma’ a que pertenciam os de-

nunciados Andriago Almeida e Elinton de Oliveira passaram a jogar pedras na turma a que pertencia o denunciado Vítor de Souza Hess, a vítima Valdecir Alixandre e o adolescente Claudemir Rodrigues.

“Ocorre que, anteriormente a estes fatos, os denunciados Andriago Almeida e Elinton de Oliveira já haviam se dirigido à residência deste último, onde se armaram com instrumentos corto-contundentes — facões —, voltando para o palco dos acontecimentos, quando, então, estando jogando pedras na ‘turma’ a que pertencia a vítima, esta e os demais integrantes se aproximaram, passando a se agredirem mutuamente e de forma generalizada.

“Acontece, contudo, que, por estar na posse de instrumento corto-contundente, com grande capacidade lesiva, o denunciado Andriago Almeida desferiu golpes contra a vítima Valdecir Alixandre, causando neste os ferimentos descritos no auto de exame cadavérico (fl. 12 do IP), lesões que foram a causa eficiente da morte da vítima, por anemia aguda.

“Dessa forma, temos que em um tumulto, onde até o momento foram identificados apenas os denunciados, furtou-se a vida de um jovem, onde temos plenamente identificado

seu agressor como sendo o denunciado Andriago Almeida e os demais rixosos identificados e também desencadeadores do acontecido como sendo Elinton de Oliveira e Vítor de Souza Hess” (fls. 2/5).

Ao acusado Elinton de Oliveira foi proposta a suspensão condicional do processo, sendo aceita por ele e seu defensor (fl. 50).

Concluída a instrução criminal, Vítor de Souza Hess restou impronunciado, enquanto Andriago Almeida foi pronunciado nos termos da denúncia.

Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, foi condenado às penas de cumprimento de 6 (seis) anos de reclusão, e 6 (seis) meses de detenção, em regime semi-aberto, por infração ao art. 121, *caput*, e art. 137, parágrafo único, do Código Penal.

Inconformado, apelou, alegando que a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos, pois esta converge no sentido de que houve legítima defesa própria e de terceiros. Disse, ainda, que as agressões foram iniciadas pela vítima e sua turma, que estavam em superioridade numérica, postulando por um novo julgamento.

Com as contra-razões, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Robison Westphal, manifestou-se pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório.

1. O recurso é conhecido, porque próprio e tempestivo, fundamentado na alínea *d* do inciso III do art. 593 do Código de Processo Penal (decisão manifestamente contrária à prova dos autos).

2. No caso, em que pesem as razões apresentadas pelo apelante, não há dar acolhida ao recurso, porque a decisão do Júri que afastou as teses defensivas (legítima defesa própria e de terceiros, inexigibilidade de conduta diversa, desclassificação para a modalidade culposa e homicídio privilegiado), encontra guarida em uma das versões colhidas nos autos.

No dia 5 de março de 2000, após uma desavença com a vítima, no interior da Danceteria Mix, bairro Santa Helena, na comarca de Lages, o apelante e o co-réu Elinton dirigiram-se até a residência deste, armando-se com facões, e voltaram ao palco dos acontecimentos, quando, então, estando jogando pedras na turma da vítima, agrediram-se mutuamente e o apelante desferiu golpes contra ela, causando-lhe a morte, por anemia aguda.

Para o desenrolar dos acontecimentos, há duas versões:

— Uma, formulada pela defesa, apoiada nos interrogatórios do réu (fls. 11/12 e 55/56) que, nas fases investigatória e judicial, confessou ter desferido um golpe de faca contra a vítima Valdecir Alixandre, mas disse ter agido em legítima defesa própria e de terceiro (Elinton de Oliveira), afirmando que o ofendido iniciou a agressão e que tirou o facão de Elinton, partindo para cima do interrogando, acreditando que aquele havia sido morto por ela.

— Outra, a versão acusatória acolhida pelos jurados, fundada nos depoimentos das testemunhas que presenciaram o crime e nas declarações do co-réu Elinton de Oliveira (fls. 31 e 53) e do próprio apelante, em ple-

nário, dando conta de que, após a contenda inicial dentro da Danceteria Mix, foram até sua casa e armaram-se com facas (fls. 116/117).

Sobre os acontecimentos fáticos, têm-se as esclarecedoras palavras de Claudemir Rodrigues, na fase investigatória:

“(…) por volta das vinte e duas horas, o depoente estava defronte à Danceteria Mix, localizada na Avenida Caldas Júnior, no bairro Santa Helena, nesta cidade, quando alguns de seus amigos disseram o seguinte: ‘um tal de Elinton, da turma do Conte, deu um soco no Vardi, no interior do salão e agora querem pegar o Vardi; o Elinton estava junto com o Andriago’; que, logo em seguida, várias pessoas da turma do Conte saíram do salão; que o Vardi, também, saiu, sendo que o pessoal da ‘galera’ do Conte começou a jogar pedras no Vardi; que o depoente e seus colegas foram ajudar o Vardi e começou uma contenda entre os dois grupos; que a briga foi parar no lado do Mercado Mercadorama; que o depoente viu Andriago dar um golpe nas costas do Vardi e este cair” (fl. 27).

Diante da duplicidade de versões, não há acoirar o veredicto do Conselho de Sentença de flagrantemente contrário ao elenco probatório encartado, ao rejeitar a tese defensiva apresentada em plenário, referente à legítima defesa própria, porque a palavra do réu de que teria agido para se defender, por ter sido atacado injustamente pela vítima e seus acompanhantes, não encontra integral apoio nos demais elementos circunstanciais e de prova. Ao contrário, pela versão acolhida pelos senhores jurados, a vítima já era o alvo visado anteriormente

Nesse contexto, como se sabe, a legítima defesa, para excluir a existência do delito, impõe, para a sua caracterização, alguns requisitos, bem explicitados pelo mestre Damásio E. de Jesus, que, ao citá-los, ensina:

“1º) agressão injusta, atual ou iminente; 2º) direitos do agredido ou de terceiro, atacado ou ameaçado de dano pela agressão; 3º) repulsa com os meios necessários; 4º) uso moderado de tais meios; 5º) conhecimento da agressão e da necessidade da defesa (vontade de defender-se). A ausência de qualquer dos requisitos exclui a legítima defesa” (Código Penal Anotado, 4ª ed., SP, Saraiva, 1994, pág. 87).

No caso, consoante a análise dos depoimentos coligidos nos autos, nota-se claramente que, de forma alguma, o acusado poderia ter agido amparado pela excludente do art. 25 do CP. Isso porque, embora tenha havido discussão anterior, no momento dos fatos, quando as duas turmas se encontraram, aquela não esboçou qualquer gesto agressivo e, muito menos, estava armada, como afirmou o réu. Ao contrário, a ação partiu do próprio recorrente que, aproveitando-se da confusão generalizada, sorrateiramente, armado com uma faca que buscara momentos antes, desferiu um violento golpe contra a vítima, atingindo-a na região interna da escápula direita (escápula = omoplata, sugerindo que a facada foi desferida de baixo para cima, pelas costas, próximo da axila direita), ocasionando-lhe a morte.

Nesse passo, “não pode invocar a legítima defesa aquele que, depois de encerrada a agressão, apanha uma arma e parte para a desforra con-

tra o desafeto, já que, para se configurar a excludente, a reação deve ser imediata, sob pena de ser considerada mero ato de vindita, além de não poder ser excessiva (reação a uma agressão atual ou iminente), como *in casu*, nem fruto de duelo sugerido pelo agente (...)” (Ap. Crim. n. 96.008745-1, de São Francisco do Sul, rel. Des. Álvaro Wandelli, j. em 4/11/1997).

Ademais, frise-se, a legítima defesa necessita da existência de uma agressão atual ou iminente, bem como a utilização dos meios necessários à repulsa, o que não ocorreu, eis que o réu se armou para a briga, ao passo que a vítima encontrava-se totalmente desarmada.

3. Da mesma forma, não procede o argumento de que o acusado agiu sob o domínio de violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima.

Julio Fabbrini Mirabete descreve os requisitos para o reconhecimento do privilégio:

“A última figura de homicídio privilegiado é daquele praticado sob violenta emoção logo em seguida à injusta provocação da vítima. O chamado homicídio emocional tem como requisitos: a) a existência de uma emoção absorvente; b) a provocação injusta por parte da vítima; e c) a reação imediata. (...) Exige-se também que o crime deve ser cometido logo em seguida à provocação, embora não seja possível determinar *a priori* o tempo dessa duração. Não se configura o privilégio quando se verifica um hiato, um *intermezzo* entre a provocação e o crime, que só será privilegiado se ocorrer enquanto durar a exaspe-

ração do agente. Só assim, pode-se dizer que ocorreu logo após a provocação (...)” (Manual de Direito Penal, 8ª ed. rev. amp., SP: Atlas, 1994, vol. 2, pág. 51).

No caso em tela, como se viu, a versão acolhida dá conta de que não existiu qualquer ofensa por parte da vítima, sequer verbal, tampouco agressão física imediata que levasse o apelante ao seu limite emocional a ponto de ceifar a vida de seu desafeto. Além disso, “não há falar em homicídio privilegiado se a reação não se exerceu *in continenti* à ofensa, mas *ex intervallo*. A mora na reação exclui a causa atenuante, pois de outro modo estaria sendo criado um motivo de sistemático favor a criminosos” (RT 390/102).

No mesmo sentido:

“Não se compadece com a legítima defesa, nem com a hipótese de violenta emoção, que autoriza a conclusão do homicídio privilegiado, a conduta de quem vai armar-se para dar continuidade a atrito inicial, pois ambas exigem que a reação seja *in continenti, sine intervallo*.

“As agressões findas ou pretéritas não a podem configurar” (RT 585/296).

Desse modo, os requisitos do homicídio privilegiado previstos no art. 121, § 1º, do Código Penal não se fazem presentes, ou seja, a injusta provocação por parte da vítima, em momento imediato anterior, e o estado de violenta emoção decorrente de tal atitude, o que bem demonstra o acerto do veredicto.

4. Diante do exposto, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento.



Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques, e lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

*Jorge Mussi,*  
*Presidente com voto;*  
*Irineu João da Silva,*  
*Relator.*

Florianópolis, 11 de dezembro de 2001.

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 01.022098-9, DE SÃO DOMINGOS**

**Relator: Des. Irineu João da Silva**

*Processo crime — Nulidade — Inquirição de testemunhas no juízo deprecado sem a presença dos réus — Desnecessidade — Intimação e comparecimento de seu defensor — Prejuízo indemonstrado — Preliminar afastada.*

*“A nulidade referente à ausência do réu preso na audiência de inquirição de testemunhas é relativa. Seu reconhecimento somente é admissível quando verificado efetivo prejuízo. Além disso, tratando-se de inquirição mediante carta precatória, é desnecessária a requisição do réu preso” (RT 621/401).*

*Crime contra o patrimônio — Furto qualificado pelo rompimento de obstáculo à subtração da coisa e concurso de agentes — Réu que agiu diretamente na empreitada criminal — Co-autoria caracterizada — Reconhecimento da participação de menor importância (art. 29, § 1º, do CP) — Impossibilidade.*

*Não há falar em menor participação, se o agente teve envolvimento pleno em todos os atos do crime.*

*Pena-base fixada acima do mínimo legal — Circunstâncias judiciais parcialmente desfavoráveis — Diminuição — Sanção pecuniária estabelecida fora dos parâmetros da pena privativa de liberdade — Adequação.*

*A pena-base não deve ser fixada muito acima do mínimo legal, quando as circunstâncias judiciais não são totalmente desfavoráveis ao réu.*

*Pena criminal — Substituição por restritivas de direitos (Lei n. 9.714/98) — Requisitos subjetivos ausentes — Insuficiência da medida — Impossibilidade.*

*Não tem direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos o agente que, condenado por crime contra o patrimônio, possui culpabilidade elevada, porque a medida, evidentemente, não se mostra suficiente.*

*Regime prisional — Manutenção, não obstante a redução da reprimenda, a patamar que possibilitaria ser menos severo — Recurso provido parcialmente.*

*O Código Penal, como um sistema, não comporta contradições. “Situação grave atrai sanção grave; situação menos grave, sanção menos grave” (STJ). Assim, considerando-se o quantum da pena imposta, bem como a necessidade de se aplicar regime prisional adequado à repressão e prevenção do crime, torna-se inevitável a manutenção do regime semi-aberto para início de cumprimento da pena.*

*Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Apelação Criminal n. 01.022098-9, da comarca de São Domingos, em que são apelantes Gilberto de Souza Marques, Gilmar Marques, Isac Borges de Paula e Vanderlei Bastos, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer dos recursos, afastar a preliminar de nulidade e dar-lhes provimento parcial, tão-só para adequar as reprimendas, mantidas as demais cominações da sentença.

Custas na forma da lei.

Na comarca de São Domingos, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Gilberto de Souza Marques, Gilmar Marques, Isac Borges de Paula e Vanderlei Bastos, dando-os como incurso nas sanções do art. 155, §§ 1º e 4º, incs. I e IV, do Código Penal, porque:

“Consta do incluso caderno indiciário que os acusados Gilberto, Gilmar, Isac e Vanderlei, utilizando-se de dois veículos — um GM/Monza e um VW/Golf — saíram da cidade de Joinville/SC, no dia 7 de abril de 2001, já combinados e preparados para a realização de um furto a banco nesta Cidade e Comarca, trazendo consigo vários petrechos utilizados para arrombamentos a bancos, tais como pés-de-cabra, macaco hidráulico, serra de cortar ferro, ferramentas diversas, aparelhos profissionais de comunicação (HT) e telefones celulares (auto de apreensão de fls. 31/33 — IP).

“Para tanto, hospedaram-se e passaram a noite na cidade de Pato Branco/PR, na residência da Sra. Ivette Zanin, cunhada dos dois primeiros acusados, eis que a distância daquela cidade até São Domingos/SC é relativamente pequena, facilitando, inclusive, eventual fuga e esconderijo.

“Desta forma, no domingo (8 de abril de 2001), durante o dia, os meliantes vieram para esta Cidade a fim

de verificarem o sistema de alarme e ‘estudarem’ o local onde mais tarde, ao escurecer, seria efetuado o furto — a agência do Besc, localizada na Rua Major Azambuja, 74, vizinha ao Fórum de Justiça desta Comarca.

“Já à noite, beirando a madrugada, durante o repouso noturno, aproveitando-se da quietude do local, a fim de que ninguém os visse, os acusados, tripulando o veículo GM/Monza, vermelho, placa LXR 2304, de Joinville/SC, em nítida distribuição de tarefas, utilizando-se do ferramental próprio para o crime, imobilizaram o alarme da agência bancária, arrombaram a porta lateral e violaram o cofre onde estava a quantia de R\$ 17.795,76 (dezesete mil, setecentos e noventa e cinco reais e setenta e seis centavos), em moeda corrente (laudo pericial de fls.).

“Após retirarem todo o numerário que havia na agência, sem que ninguém percebesse o crime, nem pudesse interceptá-los, dirigiram-se à cidade de Pato Branco/PR, onde estavam hospedados.

“Porém, ao trafegarem nas ruas da cidade do Estado vizinho, por volta das 3h40min, foram abordados por policiais militares, os quais desconfiaram da atitude dos quatro elementos, no interior de um veículo com placas de fora, que circulava numa via onde é comum o tráfico de drogas.

“Ao ser feita a abordagem, logrou-se êxito em encontrar e recuperar parte do numerário subtraído do Besc desta Cidade — R\$ 6.137,28 (seis mil, cento e trinta e sete reais e vinte e oito centavos), conforme auto de apreensão de fl. 34, IP —, bem como o ferramental utilizado para arrom-

bamento e rompimento dos obstáculos à subtração do dinheiro — auto de apreensão de fl. 31 — IP. Ressalte-se que, durante a abordagem, o acusado Vanderlei de Bastos empreendeu fuga, mas foi encontrado e reconhecido logo pela manhã, refugiado na residência de Isaías Rafael da Cruz, naquela Cidade.

“Os acusados agiram em concurso, de maneira livre, consciente e premeditada, subtraindo, para si, coisa alheia móvel, durante o período noturno, mediante a destruição e rompimento de obstáculos à subtração da coisa” (fls. 2/6).

Concluída a instrução criminal, os acusados restaram condenados como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, incs. I e IV, do Código Penal, às penas:

— Gilberto de Souza Marques, 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão, em regime semi-aberto, e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, no valor mínimo legal;

— Gilmar Marques, 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão, em regime semi-aberto, e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, no valor mínimo legal;

— Isac Borges de Paula, 4 (quatro) anos e 7 (sete) meses de reclusão, em regime semi-aberto, e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, no valor mínimo legal;

— Vanderlei de Bastos, 4 (quatro) anos e 7 (sete) meses de reclusão, em regime semi-aberto, e pagamento de 60 (sessenta) dias-multa, no valor mínimo legal.

Foram acolhidos embargos declaratórios opostos pelo Ministério Pú-

blico para correção do regime prisional do acusado Isac Borges de Paula, haja vista o reconhecimento da reincidência.

Inconformados, os réus, apelaram:

— Gilberto de Souza Marques e Gilmar Marques pleiteiam a anulação do *decisum*, ao argumento de que a audiência de inquirição de testemunhas foi realizada, não obstante não estarem presentes. No mérito, argumentam que a pena aplicada foi exacerbada, ante a desconsideração da primariedade e dos bons antecedentes, o que possibilitaria a substituição por penas restritivas de direitos.

— Isac Borges de Paula requer o reconhecimento da participação de menor importância, porque apenas acompanhava os co-réus, nada sabendo sobre o assalto;

— Vanderlei de Bastos pugna pela absolvição, ao argumento da insuficiência de provas.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta Instância, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Valdir Vieira, pelo conhecimento e não provimento dos recursos.

É o relatório.

I — Preliminar de nulidade aventada pelos apelantes Gilberto de Souza Marques e Gilmar Marques:

De pronto, deve ser afastada a nulidade argüida por Gilberto e Gilmar. A lei processual não exige a requisição do réu preso para o ato de inquirição de testemunha por carta precatória, haja vista que o art. 360 da Lei Adjetiva trata, apenas, das audiências

realizadas no juízo da causa e a omissão, assim, não constitui nulidade; quando muito, depende de demonstração de prejuízo.

Ora, pelo que se observa dos autos, o Dr. Alexandre de Jesus Ferreira, defensor constituído dos réus, foi intimado da expedição da carta precatória para a inquirição de testemunhas, na comarca de Pato Branco/PR (fl. 216v.), como exige a lei processual (art. 222), lá comparecendo, apenas, para alegar a nulidade pela ausência dos réus (fl. 256).

A presença dos acusados é desnecessária (salvo que se possa discutir possível reconhecimento positivo ou negativo por parte de alguma testemunha, e, por isso, a ausência interessa mais à defesa que à acusação), não havendo, portanto, nenhum vício com o condão de macular o ato.

Quanto a isso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não discrepa:

“A nulidade referente à ausência do réu preso na audiência de inquirição de testemunhas é relativa. Seu reconhecimento somente é admissível quando verificado efetivo prejuízo. Além disso, tratando-se de inquirição mediante carta precatória, é desnecessária a requisição do réu preso” (RT 621/401).

No caso, como os réus confessaram a prática delitiva, tanto na Delegacia de Polícia quanto em Juízo, sendo apontados como autores do crime pelas testemunhas, desde a fase investigatória, não havendo prejuízo para a defesa, afasta-se a preliminar argüida.

II — Absolvição pleitada pelo apelante Vanderlei de Bastos:

Segundo consta dos autos, os acusados, no dia 7 de abril do corrente ano (2001), deixaram a cidade onde moram (Joinville), com o único e exclusivo fim de praticar um furto na agência do Besc da cidade de São Domingos. Para tanto, armaram-se com pés-de-cabra, macaco hidráulico, serra de cortar ferro, ferramentas diversas, aparelhos profissionais de comunicação (HT) e telefones celulares (auto de apreensão de fls. 31/33 — IP), hospedando-se na residência da Sra. Ivete Zanin, na cidade de Pato Branco/PR, localizada à pequena distância de São Domingos.

No dia seguinte, um domingo (8 de abril), durante o dia, inspecionaram o local, e, à noite, beirando a madrugada, tripulando o veículo GM/Monza, vermelho, placa LXR 2304, de Joinville/SC, arrombaram a porta lateral e violaram o cofre da agência, levando a quantia de R\$ 17.795,76 (dezessete mil, setecentos e noventa e cinco reais e setenta e seis centavos), em moeda corrente.

Posteriormente, quando trafegavam nas ruas de Pato Branco/PR, por volta das 3h40min, foram abordados por policiais militares que, desconfiados de suas atitudes, encontraram parte do numerário subtraído — R\$ 6.137,28 (seis mil, cento e trinta e sete reais e vinte e oito centavos), bem como os instrumentos utilizados no crime. Na oportunidade, o acusado Vanderlei de Bastos conseguiu fugir, sendo localizado logo pela manhã na residência de Isaías Rafael da Cruz, naquela Cidade.

A materialidade do delito restou sobejamente comprovada pelo auto de apreensão e exibição de objeto,

assinado por policiais militares do Estado do Paraná, dando conta da apreensão de R\$ 6.137,28 (seis mil, cento e trinta e sete reais e vinte e oito centavos), em notas e moedas de 1, 5, 10 e 50 reais, e 0,1, 0,5, 0,10, 0,25 e 0,50 centavos (fl. 26). Também, pelo auto de apreensão de fls. 37/39, no qual consta a relação dos instrumentos utilizados no arrombamento, bem como pelo laudo pericial de fls. 163/176, inclusive com ilustrações do estrago feito na agência bancária.

Não obstante a negativa do denunciado e a tentativa de isentá-lo proferida pelos co-réus, a autoria também restou comprovada.

Conforme bem aduziu o ilustre Promotor de Justiça, em alegações finais, “os quatro acusados portavam telefones celulares, sendo que Valderlei de Bastos o aparelho com o número (047) 9951-8615, Gilmar Marques o de número (047) 9974-8627 e Gilberto e Isac os de números (047) 9961-3534 e (047) 9108-7640.

“Os documentos de fls. 351/362 deixam claro que o acusado Vanderlei de Bastos, com o telefone (047) 9951-8615 estabeleceu comunicação com os outros três acusados desde meados do mês de março. Vejamos os principais contatos que interessam ao presente processo:

— No dia 6 de abril de 2001, contactou os números 9961-3534 e 9974-8627, sendo este último de propriedade de Gilmar Marques — fl. 361;

— No dia 7 de abril de 2001, na iminência da prática criminosa (20h01min), fez uma ligação ao telefone 9108-7640 que, ou estava com Gilberto, ou com Isac — fl. 362;

— Já no dia 8 de abril de 2001, à meia-noite e trinta e dois, Vanderlei fez contato com Gilmar no telefone 9974-8627.

“Além disso, os documentos encaminhados pela empresa telefônica referentes ao ramal n. 9108-7640 demonstram que inúmeras ligações foram estabelecidas entre o telefone celular utilizado por Vanderlei de Bastos (9951-8615) e os outros celulares apreendidos aos autos — fls. 369/380.

“Desmancha-se, portanto, qualquer alegação de que Vanderlei de Bastos não era o ‘Vande’ ou ‘Evandro’ que acompanhava os outros três confessos ladrões.

“Ora, se não se conheciam, como é que se telefonavam constantemente?

“Como estariam na mesma cidade, no mesmo dia em que ocorreu o crime no Besc de São Domingos?

“Por que mantiveram contato telefônico no dia e hora aproximada dos fatos?

“O que fazia Vanderlei de Bastos no lugar errado e na hora errada? Além disso, se teve até que dormir em uma praça e não tinha sequer roupas para vestir, o que fazia com um telefone celular?

“Como se explica o seu reconhecimento pela Sra. Ivete Zanin Marques?” (fls. 482/483). Não obstante a incerteza desta, na fase instrutória, na presença de Vanderlei, quanto ao reconhecimento operado na Delegacia de Polícia, logo após os fatos.

Em verdade, as respostas se sucedem em tal ordem que se torna impossível duvidar da justeza do de-

creto condenatório. Ademais, nada há nos autos a confirmar que o acusado tenha ido até a cidade de São Domingos procurar emprego em uma academia que nem mesmo sabe o nome e quem indicou.

Pondere-se, ainda, que o apelante responde, na comarca de Joinville, por crimes de furto, inclusive qualificado pelo concurso de agentes (fls. 276 e 281), roubo qualificado pelo concurso de agentes (fl. 281) e estelionato na sua forma fundamental, em crime continuado (fl. 281).

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).

Na espécie, a sucessão dos indícios (reconhecimento efetuado na Delegacia, a ausência de comprovação do álibi apresentado e o vínculo subjetivo demonstrado) levam à convicção da responsabilidade do apelante.

Aliás, esta Corte já afirmou:

“Nosso Código adotou o sistema do livre convencimento, no qual não há tarifação de provas, podendo os indícios ensejar condenação. Para tanto, basta que sejam fortes, coerentes e convincentes” (Ap. Crim. n. 99.011790-1, de Itajaí, rel. Des. Amaral e Silva, j. 24/8/1999).

Por esses motivos, a manutenção da decisão condenatória é a medida que se impõe.



III — Participação de menor importância no tocante ao réu Isac Borges de Paula:

No contexto probatório dos autos, a pretensa participação de menor importância (art. 29, § 1º, do CP) é inviável, porque esta “só tem aplicação quando a conduta do partícipe demonstra leve eficiência” (Damásio E. de Jesus, Código Penal Anotado, 9ª ed., SP, Saraiva, 1999, pág. 129).

Esse não é o caso dos autos, já que o apelante aderiu, conscientemente, à conduta de subtrair coisa alheia, tendo participado de forma relevante, conseguindo o veículo Golf para transportar os demais co-réus e auxiliar na fuga dos agentes do local do crime. Sua conduta foi de igual relevância às dos demais co-autores, sendo impossível reconhecer, portanto, a menor importância de sua participação.

A jurisprudência do nosso Tribunal, nesses casos, tem se posicionado:

“(…) Réu que efetivamente agiu em co-autoria — Impossibilidade do reconhecimento da participação de menor importância — Pena aplicada no mínimo legal — Decreto condenatório pelo cometimento do delito descrito no art. 157, § 2º, II, do CP, corretamente prolatado — Recurso defensivo desprovido” (Apelação Criminal n. 99.003504-2, de Tangará, rel. Des. Jorge Mussi, j. 20/4/1999).

Ademais, a circunstância de que não tinha intenção de praticar o delito (já que foi apenas até a cidade de Pato Branco para visitar uns parentes), porque indemonstrada, não elide a sua responsabilidade como co-autor, tampouco caracteriza menor parti-

cipação, conquanto o fato de estar umbilicalmente envolvido no evento criminoso, junto com os demais, já basta para configurar a co-autoria no crime, afastando a minorante.

IV — Redução da reprimenda pleiteada por Gilmar e Gilberto de Souza Marques:

Nesse tópico, melhor sorte assiste os apelantes, já que, embora podendo fixar a reprimenda em até 8 (oito) anos, o Magistrado de primeira instância excedeu-se em quantificá-la em 4 (quatro) anos e 7 (sete) meses, mais do que o dobro.

Sabe-se que, “embora não seja conferido a nenhum acusado o direito subjetivo à estipulação da pena-base em seu grau mínimo, na dosimetria da sanção o magistrado deve agir com prudência, mantendo certa proporcionalidade na resposta penal, que deve ser adequada à consecução dos próprios fins da reprimenda, quais sejam, a censura do delito e a tutela da sociedade contra a sua reiteração” (Rev. Crim. n. 97.009285-7, de Chapecó, rel. Des. Paulo Gallotti, DJ 26/6/98, pág. 15).

No caso, o Magistrado de primeira instância analisou as diretrizes do art. 59 do CP, consignando que os acusados Gilmar e Gilberto não possuem antecedentes ou condenações com trânsito em julgado. “Os motivos, as circunstâncias e as conseqüências são comuns à espécie. A culpabilidade se apresenta em grau médio, considerando a repercussão social do crime nesta pacata cidade e, também, a demonstração inequívoca do *animus furandi* ao se deslocarem desde Joinville/SC, por mais de 400km, até o local do crime” (fls. 561/562).

Ora, o fato de os agentes terem se deslocado de sua longínqua cidade, com destino à pacata cidade de São Domingos, apenas com o intuito de assaltar a agência do Besc, permite adjetivação negativa quanto à culpabilidade de ambos. Essa circunstância negativa já bastaria, por si só, para ensejar a exasperação da pena-base, além da causa de especial aumento do inc. I do § 4º do art. 155 do CP, utilizada como circunstância judicial, mas não no patamar fixado.

Além disso, a sanção pecuniária, fixada em 50 (cinquenta) dias-multa para os acusados Gilberto, Gilmar e Isac e 60 (sessenta) dias para o acusado Vanderlei, deve ser alterada, porquanto não foram utilizados os mesmos critérios da pena privativa de liberdade.

Assim, passa-se à adequação das reprimendas:

— Gilberto de Souza Marques: diante do exame negativo e ao elástico espaço entre os limites mínimo (2 anos) e máximo (8 anos) cominados ao tipo do art. 155, § 4º, do Código Penal, a pena-base deve ser fixada em 3 (três) anos de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes, mas considerada a atenuante do art. 65, inc. III, *d* (confissão espontânea), quantificada em 6 (seis) meses, reduz-se a reprimenda para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mantendo-se a pena pecuniária, tornada definitiva na ausência de outras modificadoras;

— Gilmar Marques: diante do exame negativo e ao elástico espaço entre os limites mínimo (2 anos) e máximo (8 anos) cominados ao tipo do

art. 155, § 4º, do Código Penal, a pena-base deve ser fixada em 3 (três) anos de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes, mas considerada a atenuante do art. 65, inc. III, *d* (confissão espontânea), quantificada em 6 (seis) meses, reduz-se a reprimenda para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mantendo-se a pena pecuniária, tornada definitiva na ausência de outras modificadoras;

— Isac Borges de Paula: diante do exame negativo e ao elástico espaço entre os limites mínimo (2 anos) e máximo (8 anos) cominados ao tipo do art. 155, § 4º, do Código Penal, a pena-base deve ser fixada em 3 (três) anos de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa.

Na segunda fase, mantida a circunstância agravante do art. 61, inc. I, do CP (reincidência), quantificada em 6 (seis) meses, mas considerada a atenuante do art. 65, inc. III, *d* (confissão espontânea), também de 6 (seis) meses, fixa-se a reprimenda em 3 (três) anos de reclusão, mantendo-se a pena pecuniária, tornada definitiva na ausência de outras modificadoras;

— Vanderlei de Bastos: diante do exame negativo e ao elástico espaço entre os limites mínimo (2 anos) e máximo (8 anos) cominados ao tipo do art. 155, § 4º, do Código Penal, a pena-base deve ser fixada em 3 (três) anos de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, tornada definitiva na ausência de outras modificadoras.

Por outro lado, não se argumenta com a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade

por restritiva de direitos, haja vista a redução das reprimendas.

Dispõe o art. 44 do Código Penal, com a nova redação ditada pela Lei n. 9.714/98:

“As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

“I — aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo”.

Essa nova redação do art. 44, do Código Penal, fixa requisitos objetivos e subjetivos para substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito (“denominadas doutrinariamente de penas alternativas”), estabelecendo-se como condições objetivas, que sempre deverão ser cumpridas: *a) pena inferior ou igual a 4 (quatro) anos, se o crime for doloso; b) crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa; c) réu não reincidente em crime doloso.*

Cumprir assinalar, no tocante à reincidência, que, havendo condenação anterior e não se tratando de réu reincidente específico, ainda assim poderá obter a substituição, desde que presente um elemento subjetivo: *a medida seja socialmente recomendável (§ 3º, art. 44).*

De outro vértice, o requisito subjetivo que sempre deverá ser observado para determinar a substituição é a suficiência desta operação, verificada a partir da análise dos seguintes elementos: *a) culpabilidade, b) antecedentes, c) conduta social e a personalidade do condenado, d) motivos e as circunstâncias do crime.*

Na espécie, os recorrentes preenchem todos os requisitos objetivos, pois condenados a penas inferiores a 4 (quatro) anos, o crime praticado não se utiliza de violência ou grave ameaça e não são reincidentes, à exceção de Isac Borges de Paula, para o qual a substituição já cai por terra.

Todavia, quanto aos demais, os requisitos subjetivos não permitem a substituição pleiteada, porque, embora tecnicamente primários, as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP) não lhe são favoráveis, como se viu. Esse aparato revela que a substituição da pena é insuficiente à prevenção e repressão do delito em tela.

É o entendimento desta Corte de Justiça:

“É necessária a presença dos requisitos objetivos e subjetivos dispostos no art. 44 do Código Penal, recém alterado pela Lei n. 9.714/98, para a substituição da pena corporal pela restritiva de direitos. Sendo desfavoráveis as condições do inciso III do art. 44 do Código Penal, inconcebível é a substituição” (Ap. Crim. n. 00.005066-0, da Capital, rel. Des. Francisco Borges, j. 23/5/2000).

Por fim, verifica-se que a pena aplicada autorizaria, em tese, o resgate inicial no regime aberto, haja vista que os réus Gilmar, Gilberto e Vanderlei não são reincidentes, nem portadores de maus antecedentes.

Com efeito, 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 (arts. 33, § 3º, e 59 do CP).* Tais critérios são conjuntamente analisados e indi-

cadores 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, 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 Código Penal. Aliás, “o Código Penal, como todos os textos dessa natureza, compõe um sistema; portanto, é unidade lógica, não enseja contradição. *Situação grave atraindo sanção grave; situação menos grave, sanção menos grave.* Daí, a grande importância, nem sempre levada em conta, a fundamentação da sentença, particularmente a individualização da pena. Cumpre resguardar as características do binômio — autor do delito e fato do delito. Os regimes de cumprimento de pena estão em harmonia com o contexto da lei penal. E mais. Todo dispositivo tem pressuposto, isto é, antecedente lógico e, por isso, necessário (...) Os requisitos objetivos e subjetivos foram ponderados na individualização da pena” (REsp n. 143.522/RJ, 6ª Turma do STJ, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. em 7/4/98, publ. no DJU n. 87, de 11/5/98, pág.165).

No caso em tela, em raciocínio necessariamente extensivo, a análise

das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal demonstra a possibilidade de fixar regime inicial semi-aberto, em face da culpabilidade dos agentes e das circunstâncias do crime, já mencionadas.

Assim, considerando-se o *quantum* da pena imposta, bem como a necessidade de aplicar-se um regime prisional adequado à repressão e prevenção do crime, torna-se inevitável a manutenção do regime semi-aberto para início de cumprimento das penas. Ressalva-se, como bem acentuado pelo ilustre Magistrado, que a reincidência impõe que o acusado Isac Borges de Paula inicie o resgate da reprimenda em regime fechado (CP, art. 33, § 2º).

#### VI — Decisão

Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer dos recursos, afastar a preliminar de nulidade e dar-lhes provimento parcial, tão-só para adequar as reprimendas, mantidas as demais cominações da sentença.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 18 de dezembro de 2001.

*Sérgio Paladino,*  
*Presidente com voto;*  
*Irineu João da Silva,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.014345-7, DE ITAJAÍ****Relator: Des. Torres Marques**

*Tribunal do júri — Homicídio qualificado mediante paga ou promessa de recompensa — Recurso da defesa — Preliminares — Cerceamento de defesa — Denegação do pedido de adiamento do julgamento — Indeferimento da oitiva em plenário da testemunha arrolada pela defesa nas contra-razões ao libelo-crime acusatório — Inteligência do art. 455 do CPP — Precedente desta Corte — Prefacial afastada — Deficiência na redação do quesito relativo à co-autoria — Alegada nulidade absoluta — Quesito escoreito — Mérito — Decisão que encontra amparo na prova dos autos — Apelo desprovido.*

*Recurso ministerial — Decisão contrária à prova dos autos — Pretendido reconhecimento da qualificadora relativa à paga ou promessa de recompensa ao mandante/réu/apelado — Decisão conflitante com julgamento do co-réu condenado com a incidência da referida qualificadora — Elementos probatórios que a justificam — Modalidade de participação não evidenciada pelo corpo de sentença, demonstrada por contradição no resultado da votação dos quesitos — Recurso provido para anular o julgamento.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.014345-7 da comarca de Itajaí (1ª Vara), em que são apelantes/apelados, Heitor Labes, a Justiça, por seu Promotor e o Assistente do Ministério Público:*

ACORDAM, em Câmara Especial, à unanimidade, afastar as preliminares; negar provimento ao recurso do réu, e dar provimento ao recurso interposto pelo representante do Ministério Público, para anular o julgamento de Heitor Labes, determinando-se o retorno dos autos à origem a fim de que a outro seja submetido.

Custas na forma da lei.

**I — Relatório**

O Órgão do Ministério Público da comarca de Itajaí (1ª Vara Criminal) ofereceu denúncia contra Heitor Labes, por infração ao art. 121, § 2º, I, c/c art. 14, II, e 29, todos do Código Penal, uma vez que, segundo narra a exordial acusatória:

“No mês de julho de 1989, em dia e hora indeterminados, na Churrascaria Irmãos da Estrada, localizada à margem da BR 101, em Balneário Camboriú, reuniram-se Cláudio Junck e os denunciados João Abitino Romaldi e Ari de Jesus da Silva, ocasião em que lá compareceu o também denunciado Heitor Labes, oferecendo-lhes a quantia de Cz\$ 15.000,00 (quinze mil cruzados), para que matassem sua cunhada, a vítima Orfila

Labes, alegando que a mesma era prostituta e interferia demais nos negócios da família.

“Em 28 de outubro de 1989, por volta das 22 horas, objetivando executar o homicídio previamente arquitetado por Heitor Labes, João Abitino e Ari, acompanhados dos denunciados Alinor Pinto e Luiz Rodrigues Abreu, dirigiram-se até a residência da vítima, localizada na Rua Tamandaré, 100, nesta Comarca, no veículo Dodge Polara, placa BE 4334, de propriedade de João Abitino, onde aguardaram que a mesma retornasse à casa.

“Por volta das 23 horas do mesmo dia, a vítima Orfila, seu marido Otto Labes e um amigo do casal Roberto Armando Hartmann Robaina, chegaram na residência e, após estacionado o veículo Monza, aproximaram-se os denunciados Alinor e Luiz que, armados, obrigaram Otto e Roberto a saltarem do referido automóvel.

“Enquanto João Abitino e Ari davam cobertura ao crime no veículo Dodge Polara, Alinor e Luiz entraram no veículo Monza, de propriedade de Otto e levaram a vítima Orfila até uma via secundária, próxima ao Morro do Boi, em Balneário Camboriú. Durante o trajeto Alinor e Luiz obrigaram a vítima a entregar-lhes as jóias que usava e que foram posteriormente apreendidas em poder da esposa de João Abitino, Remilde Júlia Rombaldi e de Tânia Mara da Rosa (termo de apreensão de fl. 70).

“Após aguardarem inutilmente a chegada de João Abitino e Ari, os denunciados Alinor e Luiz resolveram dar continuidade ao plano criminoso, obrigando a vítima Orfila, sempre sob

ameaça de revólver, a descer do carro, oportunidade em que a mesma debruçou-se sobre o bagageiro do veículo.

“Ato contínuo, a vítima Orfila foi alvejada por um projétil de revólver, calibre 32, apreendido em poder de João Abitino, que lhe atingiu a cabeça, causando-lhe ferimento gravíssimo e que resultou na perda completa e irreversível de sua visão (auto de exame de corpo-delito de fl. 4)”.

Devidamente processados os autos, o réu foi pronunciado (fls. 821/827) nos termos da denúncia, restando submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, e condenado nas sanções do artigo 121, *caput*, c/c o artigo 14, II, artigo 29, artigo 62, I, e artigo 65, I, todos do código Penal, à pena de 4 (quatro) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão (fls. 1.146/1.149).

O processo foi cindido em relação ao co-réu João Abitino Rombaldi, nos termos da informação constante da ata de julgamento acostada à fl. 990.

Inconformados com a decisão do Corpo de Sentença, tanto o representante do Ministério Público quanto o réu Heitor Labes interpuseram recursos de apelação, pugnando o primeiro pela anulação da referida decisão, por ser manifestamente contrária à prova dos autos, em face do afastamento da qualificadora relativa à paga ou promessa de recompensa, havendo elementos probatórios de que o réu/apelado foi o mandante do delito.

Já o réu arguiu, como preliminares, a nulidade do julgamento por cerceamento de defesa, ante o indeferimento do postulado à fl. 1.128, relativo ao adiamento do julgamento



em razão da ausência de testemunha imprescindível, assim como a nulidade absoluta por erro de quesitação, uma vez que no quesito n. 3 foram inquiridos os jurados acerca da participação genérica do réu no crime imputado, diferentemente do preceituado na doutrina e jurisprudência. No mérito, sustenta que a decisão dos jurados está fundamentada unicamente na versão veiculada pela vítima, que destoa do contexto probatório. Sucessivamente, requer a fixação da pena no mínimo legal, conforme as circunstâncias do art. 59 do CP.

Contra-arrazoados, ascenderam os autos a esta Superior Instância, por duas vezes, sendo remetidos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, que se manifestou primeiramente pela conversão do julgamento em diligência, para oportunizar ao réu o prazo para oferta das razões de apelação, e, na outra, pelo provimento do recurso do Ministério Público, desprovemento do recurso interposto pelo réu, e nova baixa dos autos à comarca de origem, a fim de que o Assistente de Acusação fosse intimado acerca da interposição dos recursos, assim como o Órgão do Ministério Público, para o oferecimento de contra-razões.

Cumpridas as diligências, a Procuradoria-Geral de Justiça ratificou o parecer anterior.

## II – Voto

Passo, inicialmente, à análise do recurso interposto pela defesa.

Argúi, como preliminares, a nulidade por cerceamento de defesa, ante a recusa do Magistrado em adiar o julgamento, por não ter compareci-

do uma das testemunhas arroladas nas contra-razões do libelo-crime acusatório, por estar acometida de problemas de saúde.

A insurgência foi manifestada no momento oportuno, ou seja, na própria ata do Tribunal do Júri, motivo pelo qual dela se conhece.

O réu arrolou a testemunha Roberto Armando Hartmann Robaina, na contrariedade ao libelo-crime acusatório (fl. 947). Entretanto, conforme certificado à fl. 955, não informou o seu endereço. À fl. 1.128 protocolou petição um dia antes do julgamento designado para 24/6/99, pugnando pela designação de nova data, uma vez que a referida testemunha estava hospitalizada e, portanto, impossibilitada de comparecer.

O digno Magistrado, ao analisar o pleito, manifestou-se nos seguintes termos: “Ora, no caso dos autos o acusado não forneceu o endereço da testemunha e, além disso, dispensou sua intimação para o comparecimento em plenário. Desse modo, a falta da testemunha não acarreta o adiamento do julgamento, porquanto não estão presentes os pressupostos elencados pelo *Codex* instrumental para tal desiderato” (art. 455 do CPP). “(...) Sendo assim, o simples fato da testemunha estar acometida por doença grave não constitui motivo bastante para o adiamento, pois não há evidências concretas de que esta compareceria ao julgamento se estivesse em perfeitas condições de saúde” (fls. 1.135/1.136).

Dispõe o art. 455 do CPP: “A falta de qualquer testemunha não será motivo para o adiamento, salvo se uma das partes tiver requerido sua in-

timação, declarando não prescindir do depoimento e indicando seu paradeiro com a antecedência necessária para a intimação. Proceder-se-á, entretanto, ao julgamento, se a testemunha não tiver sido encontrada no local indicado. § 1º — Se, intimada, a testemunha não comparecer, o juiz suspenderá os trabalhos e mandará trazê-la pelo oficial de justiça, ou adiará o julgamento para o primeiro dia útil desimpedido, ordenando sua condução ou requisitando à autoridade policial sua apresentação. § 2º — Não conseguida, ainda assim, a presença da testemunha no dia designado, proceder-se-á ao julgamento”.

Outrossim, dispõe o art. 405 do CPP, que “se as testemunhas de defesa não forem encontradas e o acusado, dentro em 3 (três) dias, não indicar outras em substituição, prosseguir-se-á nos demais termos do processo”.

Ora, se o defensor não informou o endereço da testemunha em tempo conveniente, a submissão do réu ao julgamento perante o Tribunal do Júri não pode estar atrelada à conveniência da defesa em relação à oitiva do testigo, especialmente porque, a despeito do comparecimento independente de intimação, o Juízo estaria impossibilitado do cumprimento das disposições legais anteriormente referidas.

Desta Corte, há precedente semelhante:

“Crime de competência do Tribunal do Júri — Homicídio duplamente qualificado — Preliminares de nulidade do processo posterior à pronúncia, por desobediência ao art. 455 do CPP — Nulidade do julgamen-

to por ser a decisão manifestamente contrária à prova dos autos — Inocorrência — Condenação mantida.

“Não há falar-se em nulidade posterior à pronúncia, quando há indeferimento da suspensão do julgamento para realização de intimação de testemunha, que não fora, inicialmente, arrolada como imprescindível, diante do contido no artigo 455 do CPP, o qual determina que o pedido seja feito com antecedência necessária e que contenha indicação do endereço onde poderá ser localizada a testemunha. Não é seguramente o caso dos autos, em que a petição foi protocolada dois dias antes da sessão de julgamento” (Apelação Criminal n. 99.000953-0, rel. Des. José Roberge).

Do corpo do v. acórdão:

“(…) Tocante à prejudicial de mérito levantada pela combativa Defesa, de ocorrência de nulidade posterior à pronúncia, por violação ao disposto no art. 455 do *Codex* de Processo Penal, evidente apresenta-se sua improcedência.

“Consigna o artigo 455 do Código Instrumental Penal: ‘a falta de qualquer testemunha não será motivo para o adiamento, salvo se uma das partes tiver requerido sua intimação, declarando não prescindir do depoimento e indicando seu paradeiro com a antecedência necessária para a intimação. Proceder-se-á, entretanto, ao julgamento, se a testemunha não tiver sido encontrada no local indicado’.

“*In casu*, não há falar-se em nulidade posterior à pronúncia. A defesa, requereu, efetivamente, a intimação da testemunha Inês Pereira quando da apresentação da contrariedade ao

libelo-acusatório (fl. 230); dois dias do julgamento (23/11/1998), peticionou requerendo a intimação de referida testemunha em caráter de imprescindibilidade, não fornecendo qualquer dado elucidatório de seu atual endereço (fl. 315).

“Ora, como regra, ensina Julio Fabbrini Mirabete, ‘a ausência de qualquer testemunha não será motivo para o adiamento. Entretanto, se a parte tiver requerido sua intimação, declarando expressamente não prescindir do depoimento e indicando seu paradeiro com antecedência, o juiz deve suspender o trabalho e mandar o oficial de justiça trazê-la ou adiar o julgamento para o primeiro dia útil desimpedido...’ (Código de Processo Penal Interpretado, 5ª edição, Ed. Atlas, pág. 584).

“Contudo, consoante mencionou-se anteriormente, o pedido de intimação, por ser imprescindível o depoimento da referida testemunha, foi apresentado somente dois dias antes do julgamento, sem qualquer indicação do endereço ou local em que poderia ser encontrada. Diante disso, não se pode afirmar que o indeferimento da ouvida da testemunha causou sérios gravames à defesa do réu, porquanto desatendidos os requisitos contidos no citado dispositivo legal. Além de ser peticionado em prazo exíguo, vale dizer, sem a ‘antecedência necessária’ mencionada na lei, também não se indicou, como deveria sê-lo, qualquer endereço para a localização da professora Inês Pereira”.

Por isso, afasta-se a prefacial argüida.

A segunda preliminar argüida pela defesa diz respeito à deficiência

do quesito relativo à autoria delitiva, por ser genérico, redigido nestes termos: “o acusado Heitor Labes *concorreu, de qualquer modo, para o crime?*” (item 3, fl. 1.145).

Ocorre que, quando consultadas, as partes não teceram quaisquer reclamações ou requerimentos quanto à redação dos quesitos (fl. 1.154). A defesa alega que se trata de nulidade absoluta, motivo pelo qual não precluiu a irrisignação, devendo ser analisada no apelo.

Sobre a insurgência, há precedente de minha lavra, o qual tenho como razões de decidir:

“(…) Ora, por diversas vezes esta Casa tem assentado, como bem decidiu o ilustre Dr. Rodrigo Collaço, na sentença do primeiro julgamento, que a melhor maneira de formular os quesitos da co-autoria, quando não identificada a conduta particular de cada um dos réus em face do evento criminoso, é a do *quesito não individualizador da conduta, mais conhecido pela famosa expressão ‘terceira pessoa’* (grifei).

“Aliás, o ilustre colega Nilton Macedo Machado, no julgamento da Ap. Crim. n. 98.008305-2, de São Carlos, j. em 15/6/00, que guarda algumas semelhanças com o caso, por tratar-se de mais uma conhecida ‘chacina’, assim escreveu:

“12. Por outro lado, para os crimes dolosos contra a vida afetos a julgamento pelo Tribunal do Júri, nos casos de co-autoria, ensina o grande Professor Hermínio Alberto Marques Porto que, ‘sem conhecimento inequívoco e descrito pela pronúncia da autoria direta, ou com diversificações de atos agressivos imediatamente volta-

dos contra a vítima, ou diversificações de condutas cooperadoras dirigidas para resultado por todos desejado, a melhor forma de aferição da vontade dos jurados quanto à responsabilidade de cada um dos co-autores está na formulação de quesito inicial, em cada uma das séries, não individualizante do autor. Tal quesito, dando referência à 'terceira pessoa', então como oração de sujeito indeterminado, indagará da materialidade do fato, noção que comporta uma conduta humana e seu resultado no mundo físico. Tal quesito, dando referência a uma conduta humana não individualizada, possibilita, como ponto inicial de uma seriação indagativa lógica, decidam os jurados, após afirmado também o segundo quesito sobre a letalidade (—Essas lesões deram causa à morte da vítima?), da participação, ou não, do réu em julgamento no homicídio'.

'Nos casos de co-autoria sem conhecimento inequívoco e descrito pela pronúncia da autoria direta, ou com diversificações de atos agressivos imediatamente voltados contra a vítima, ou diversificações de condutas cooperadas dirigidas para resultado por todos desejado, a melhor fórmula de aferição da vontade dos jurados, quanto à responsabilidade de cada um dos co-autores, está na formulação de quesito inicial, em cada uma das séries, não individualizante do autor. Tal quesito, dando referência à 'terceira pessoa', então como oração de sujeito indeterminado, indagará da materialidade do fato, noção que comporta uma conduta humana e seu resultado no mundo físico. Tal quesito, dando referência à conduta não individualizada, possibilita, como ponto inicial de uma seriação indagativa lógi-

ca, decidam os jurados, após afirmado também o segundo quesito sobre a letalidade (— Essas lesões deram causa à morte da vítima?), da participação, ou não, do réu em julgamento no homicídio. Entendemos como imprópria a fórmula, em alguns processos encontrada, de redação do inicial quesito sem menção ao sujeito indeterminado (terceira pessoa), dando somente atenção ao resultado (— no dia, hora e local, sofreu o ofendido B as lesões descritas no laudo de fls.?’); imprópria a redação por limitada à indagação de um resultado que mostra estar desvinculado da motivação em conduta humana, valendo dizer, da presunção de ilicitude, circunstância que vai impossibilitar, quando da votação do terceiro e individualizador quesito, o relacionamento do réu em julgamento com um homicídio.

'A adoção do quesito inicial não especificador de autoria determinada programa a racional coleta da vontade dos jurados, os quais, após afirmarem, ainda sem conotação com o réu em julgamento, a existência de um homicídio, decidirão, na votação do terceiro quesito e com atenção ao campo da co-participação criminosa, do envolvimento do acusado em julgamento, participação esta que, dentro do sistema de inicial indagação da autoria indeterminada, poderá até restar — se negada, no julgamento dos outros réus, suas participações — definida como única e direta. A fórmula genérica, e de inspiração textual (art. 29 do CP), na redação do terceiro e individualizador quesito (— O réu A correu, de qualquer modo, para a prática do homicídio?) possibilita ao Conselho de Sentença 'liberdade de reconhecer a participação' do réu em

juízo, qualquer que tenha sido sua exteriorização; tal fórmula genérica, que deve vir desde o libelo, somente não será adotada quando a co-participação tiver sido, inquestionavelmente, conhecida em seus pormenores individuais, e, além do mais, quando possa ser apresentada em 'proposição simples' (inciso VI do art. 484), ou seja, apresentada sem cumulação ou complexidade de circunstâncias da conduta.

(...)

*'Assim, a indagação da co-autoria deve ficar contida em único quesito, com a adoção, se complexa a colaboração, da fórmula genérica da lei penal ('de qualquer modo' — art. 29 do CP), ou de referência à conduta colaboradora se de fácil descrição, não sendo permitida a apresentação da indagação em dois quesitos, um com a fórmula genérica da lei penal e outro com a descrição da conduta colaboradora, pois tal sistema, pela repetição da mesma circunstância, importa em gravame à defesa e em violação à ordenação do questionário, que deve ser equilibrada e racional; presente em questionário ordenação assim bifronte, a aceitação do primeiro dos quesitos, por implicar no prejuízo da votação do outro, não fala de nulidade insanável'* (Júri, 6ª ed., RT: SP, pág. 204)" (Ap. Crim. n. 99.011738-3, da comarca de Joinville) (grifei).

Assim sendo, afasta-se também a referida preliminar, porque a redação do quesito relativo à autoria encontra respaldo na orientação doutrinária e jurisprudencial.

Quanto ao mérito, melhor sorte não socorre ao réu/apelante, por-

quanto, ao contrário do que afirma, há provas que denunciam a sua participação no delito imputado, nos termos do voto proferido no Recurso Criminal n. 9.853, interposto da decisão de pronúncia pelo ora apelante, *verbis*:

"No que pertine à autoria, de um modo ou de outro, em todas as fases do processo, ficou demonstrado o envolvimento do recorrente como um dos partícipes da trama que culminou com a tentativa de homicídio contra a vítima Orfila.

"(...) A tese sustentada pela defesa de que as provas que incriminam Heitor Labes estão viciadas vez que extraídas de caderno indiciário inválido, cujas declarações foram obtidas mediante torturas e ameaças, não tem ressonância no processado. A prova indiciária é toda no sentido a apontá-lo como mandante do crime, sendo que, meses antes do evento lesivo, arquitetou o nefasto plano de pôr fim à vida de sua cunhada Orfila dos Santos Labes. Está evidenciado que, efetivamente, os outros pronunciados, para a sua execução, mediante o pagamento de Cz\$ 15.000,00 (quinze mil cruzados), alegando que esta promovia desavenças na família.

"A testemunha Cláudio Jonek, na fase policial, porém com a presença do advogado Dr. Isaac Mattos Pereira, declarou: 'que em certa ocasião o declarante viajou de carona com João ('Rombaldi') de Curitiba com destino a esta cidade, quando o mesmo convidou-o a participar de um 'serviço' cuja cidade e local não foi naquela oportunidade falado; que posteriormente o declarante foi novamente procurado por João e convidou o declarante para irem até a cidade de Ita-

jaí a fim de almoçarem em um restaurante que fica na beira da BR 101, em companhia de Ari, amigo de João; que quando lá estavam apareceu um homem conhecido de João, chamado Heitor Labes, cujo nome veio a saber posteriormente; que foi naquela oportunidade, mais ou menos no mês de setembro de 1988; que Heitor após conversar com João Rombaldi, foi oferecido por Heitor Labes, a quantia de aproximadamente, em dinheiros de hoje, Cr\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de cruzeiros), sendo na época Cz\$ 15.000,00 (quinze mil cruzados), se não lhe falha a memória; que naquela mesma oportunidade, o declarante disse que estava fora do 'negócio'; que o serviço que Heitor Labes queria que o declarante e os demais fizessem era o de matar uma mulher, porque a mesma era prostituta e casou com o irmão de Heitor e a mesma era metida a querer mandar em tudo que era da firma e no dinheiro' (fls. 177/178)" (RC n. 9.853, rel. Des. José Roberge).

Nesta fase confirma-se a autoria delitiva, reconhecida pelo próprio Tribunal do Júri, soberano para tanto, a qual até então limitava-se a elementos indiciários para sustentar a decisão de pronúncia.

Nesse aspecto: "(...) é cediço que só se anula a decisão do Conselho de Sentença quando arbitrária, exurgindo dissociada completamente da prova dos autos. Se no processo existirem elementos de prova em mais de um sentido, podem os jurados optar por qualquer das versões, sem que o julgamento possa ser considerado manifestamente contrário à prova dos autos.

"(...) Não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na prova que autoriza a cassação do veredicto: unicamente a decisão dos jurados que nenhum arrimo encontre na prova dos autos é que pode ser invalidada. Desde que uma interpretação razoável dos dados instrutórios justifique o veredicto, deve este ser mantido, pois, nesse caso, a decisão deixa de ser 'manifestamente contrária à prova dos autos'" (Elementos de Direito Processual Penal, vol. IV, 1ª ed., Campinas: Bookseller, 1997, pág. 233).

"Segundo Hermínio Alberto Marques Porto:

"Uniforme é a jurisprudência quanto aos critérios que devem, pelo Tribunal de segundo grau, ser adotados na valoração das provas em relação ao decidido pelo Conselho de Sentença, assim mantendo decisões que representem razoável interpretação das provas" (Júri, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, pág. 296).

"Damásio E. de Jesus:

'É pacífico que o advérbio 'manifestamente' (III, d), dá bem a idéia de que só se admite seja o julgamento anulado quando a decisão do Conselho de Sentença é arbitrário, porque se dissocia integralmente da prova dos autos' (Código de Processo Penal Anotado, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, pág. 424)" (Ap. Crim. n. 00.022381-6, rel. Des. Amaral e Silva).

Destarte, mantém-se a decisão soberana do Corpo de Sentença também no tocante ao reconhecimento da autoria delitiva.

Passo, então, à análise do recurso interposto pelo Ministério Público, que pugna pela anulação do julga-



mento, por não ter o Corpo de Sentença reconhecido a qualificadora constante do art. 121, § 2º, I, do CP (paga ou promessa de recompensa), isto é, em manifesto confronto com as provas amealhadas nos autos, especialmente em relação ao julgamento do co-denunciado Abitino Rombaldi.

Os jurados reconheceram, de fato, que o réu, ora apelado, Heitor Labes, concorreu “de qualquer modo” para a execução do crime perpetrado contra a vítima Orfila Labes. A modalidade de participação é que permanece como objeto principal da contrariedade do julgamento à prova amealhada aos autos.

Nesse aspecto, cabe ressaltar que o co-réu João Abitino Rombaldi foi condenado anteriormente pelo Tribunal do Júri pelo cometimento do crime de homicídio qualificado *mediante paga ou promessa de recompensa*, ou seja, reconheceu-se que João Abitino Rombaldi executou o crime por encomenda, supostamente, do ora apelado Heitor Labes.

O digno Procurador de Justiça afirmou que “se o Conselho de Sentença entendeu que o comparsa do apelado praticou o delito de tentativa de homicídio em troca de uma certa quantia em dinheiro, mostra-se óbvio que houve julgamento contrário à prova dos autos no caso em apreço, visto que restou efetivamente caracterizado nos autos que foi o recorrido quem efetivamente pagou o serviço” (fl. 1.210).

Analisando detidamente os autos, há indícios da presença da qualificadora no depoimento de José Maurício Rosa, o qual relatou que em conversa com seu ex-sogro, o co-réu

João Abitino Rombaldi, este lhe confessou: “que os crimes que havia cometido não era por banditismo e sim por encomenda e que tinha que fazer aquilo por que as pessoas estavam sofrendo e que o caso de Itajaí havia sido também encomendado” (fl. 147).

No mesmo diapasão, Cláudio Junck, na fase policial, na presença de advogado, disse: “(...) que, posteriormente o declarante foi novamente procurado por João e convidou o declarante para irem até a cidade de Itajaí a fim de almoçarem em um restaurante que fica na beira da BR 101 em companhia de Ari amigo de João; que, quando lá estavam apareceu um homem conhecido de João chamado de Heitor Labes, cujo nome veio a saber posteriormente; que, foi nessa oportunidade mais ou menos no mês de setembro de 1988 que Heitor, após conversar com João Rombaldi, foi oferecido por Heitor Labes a quantia de aproximadamente em dinheiro de hoje Cr\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de cruzeiros) sendo que na época 15.000 cruzados se não lhe falha a memória; que, naquela oportunidade, o declarante disse que estava fora do ‘negócio’ (...)” (fls. 191/192).

Entretanto, aliados aos indícios explicitados anteriormente, na resposta aos quesitos ns. 4 e 5, os jurados reconheceram que o réu concorreu para o crime, promovendo ou organizando a cooperação ou dirigindo a atividade dos demais agentes, por cinco votos a dois; mas, por outro lado, negaram a paga ou promessa de recompensa por quatro votos contra três. Qual teria sido então a participação do réu/apelado no delito? A resposta encontra guarida na perplexidade causa-

da pela contradição entre as referidas respostas, o contexto probatório que ampara a pretensão ministerial e a ausência de elementos que demonstrem, de outra forma, participação diversa do réu Heitor Labes no delito imputado.

Dessa feita, incumbe aos Senhores Jurados esclarecer a contradição apontada, inclusive em respeito à soberania garantida constitucionalmente ao Tribunal do Júri.

Sobre o tema, à semelhança, extrai-se do entendimento jurisprudencial:

“(…) Em sede de homicídio qualificado, praticado em concurso de pessoas, ocorrendo julgamento dos comparsas, pelo Júri, em datas distintas, pelos mesmos fatos, na mesma situação e sobre o mesmo conjunto probatório, restando um condenado e o outro absolvido, deve-se anular o veredicto popular, pois tal contradição revela que a decisão exarada pelos Jurados é manifestamente contrária à prova dos autos” (TJSP — AP — rel. Raul Motta, 753/587).

Helena Cláudio Fragoso leciona que “o homicídio mediante paga é a modalidade a que classicamente se denominou assassinio. Implica sempre na participação de duas pessoas, sendo o homicídio qualificado para ambas (tanto a que executa o crime mediante paga ou promessa de recompensa, como a que manda que o crime seja executado nessas circunstâncias).

“(…) A qualificação do homicídio mercenário justifica-se pela ausência de razões pessoais por parte do executor (indício de insensibilidade moral) e pelo motivo torpe que o leva

ao delito. O mandante busca a impunidade e a segurança, servindo-se de um terceiro” (*in* Lições de Direito Penal, Parte Especial, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, pág. 54).

Assim, também, é o precedente do Supremo Tribunal Federal:

“Homicídio qualificado: a comissão do homicídio mediante paga, sendo elementar do tipo qualificado, é circunstância que não atinge exclusivamente o *accipiens* mas também o *solvens* ou qualquer outro co-autor. Precedentes” (STF — HC n. 71.582/MG — rel. Min. Sepúlveda Pertence — j. 28/3/95 — DJU 9/6/95).

Ainda desta Corte: “Sobre a questão, leciona Nelson Hungria: ‘a incomunicabilidade das circunstâncias pessoais cessa quando estas entram na própria noção do crime. No homicídio qualificado, por exemplo, as qualificativas de caráter pessoal, *ex capite executoris*, se estendem aos partícipes (obra citada, vol. I, T. II, pág. 437). Igualmente, ensina Damásio de Jesus que ‘os dois sujeitos respondem pela forma qualificada: o que realizou a conduta e o que pagou ou prometeu a recompensa’ (CP Anotado, pág. 295)” (Apelação Criminal n. 99.018799-3, rel. Des. Cesar Abreu).

Diante disso, é de ser reconhecida a nulidade da decisão por ser manifestamente contrária à prova dos autos, nos termos do art. 593, III, *d*, do CPP, determinando-se o retorno dos autos à origem, a fim de que seja submetido a novo julgamento.

### III – Decisão

Pelo exposto, afasta-se as preliminares argüidas; nega-se provimen-

to ao recurso do réu, e dá-se provimento ao recurso interposto pelo representante do Ministério Público, para anular o julgamento de Heitor Lages, determinando-se o retorno dos autos à origem, para que a outro seja submetido.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Wilson Augusto Nascimento, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Ge-

ral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 4 de outubro de 2001.

*Nilton Macedo Machado,*  
*Presidente com voto;*  
*Torres Marques,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.022347-6, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Torres Marques**

*Peculato — Materialidade e autoria demonstradas — Alegação de não enquadramento na definição de funcionário público — Improcedente — Estado de necessidade — Não configuração — Baixo valor da res furtiva e devolução — Não destipificação do ilícito — Cálculo da pena correto — Provimento parcial para conceder assistência judiciária gratuita.*

*O magistrado deve, salvo prova em contrário, presumir verdadeira a afirmativa de estado de pobreza e nomear assistente judiciário gratuito ao acusado, privilegiando aquele que este escolheu.*

*Para incidência nas penas do crime de peculato basta que se exerça cargo ou função pública, não importando a que título, e, ainda, comunicando tal situação ao co-autor.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.022347-6, da comarca da Capital (2ª Vara), em que são apelantes Fabiano Silveira e Hideraldo José Botelho, 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.

### **I – Relatório**

Perante o Juízo da comarca da Capital, Fabiano Silveira, Oscar Maestri, Edgar José Fagundes, Hideraldo José Botelho e Edson Ney Martins foram denunciados nos termos do art. 312, *caput*, c/c art. 71, todos do Código Penal.

Consta da exordial acusatória que no dia 30 de outubro de 1996, o denunciado Hideraldo José Botelho vendeu à Clínica Imagem Centro de Diagnóstico Médico Ltda. cinco caixas com dez unidades do remédio denominado lopamiron 300, fabricado pela empresa Schering do Brasil, a preço inferior ao praticado no mercado, emitindo, inclusive, nota fiscal da mercadoria pela empresa G. J. Comércio e Representação de Material Hospitalar Ltda., sendo que o administrador da referida clínica, desconfiando do produto, contatou com a empresa fabricante, a qual informou da impossibilidade de se comercializar o medicamento abaixo do preço estipulado pela fábrica, e do fato de que o lote adquirido pela Clínica Imagem foi anteriormente comprado pela Secretaria de Saúde do Estado de Santa Catarina.

Narra, então, a denúncia, que o administrador informou a Secretaria de Estado da Saúde da ocorrência, e devolveu os contrastes adquiridos, vindo esta a requisitar a instauração de investigações criminais à DEIC, a qual apontou Fabiano Silveira, Oscar Maestri e Edson Ney Martins como desviadores do remédio dos estoques da farmácia do Hospital Celso Ramos, repassando a Hideraldo José Botelho, encarregado de fazer as vendas às clínicas adquirentes.

Por fim, traz que no dia 20 de setembro de 1996 o denunciado Hideraldo José Botelho efetuara vendas de 100 frascos do contraste lopamiron 300 ao Centro de Bio Imagem Ltda., e alguns dias após, retornou Hideraldo a efetuar vendas do produto à mesma clínica de mais cinco caixas.

André Luiz Mendes Meditsch impetrou *habeas corpus* em favor do acusado Edgar José Fagundes, sendo trancada a ação penal em face da atipicidade da conduta.

Concluída a instrução, os denunciados Oscar Maestri e Edson Ney Martins foram absolvidos, enquanto Fabiano Silveira e Hideraldo José Botelho restaram condenados, como incurso nas sanções do art. 312, *caput*, c/c art. 71, todos do Código Penal, às penas de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 24 (vinte e quatro) dias-multa no valor unitário de 1/10 (um décimo) do salário mínimo, sendo substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

Irresignados, os réus apelaram, pretendendo Hideraldo a absolvição por ausência de provas suficientes para ensejar um decreto condenatório, e Fabiano a desclassificação do delito para apropriação indébita ou o não reconhecimento da continuidade do delito e, ainda, os benefícios da assistência judiciária gratuita.

Contra-arrazoados, ascenderam os autos a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovisionamento dos recursos.

## II — Voto

Trata-se de recursos interpostos pelos réus Hideraldo e Fabiano, pleiteando, o primeiro, a absolvição, por entender que as provas constantes dos autos são frágeis para ensejar a condenação, e o segundo pretendendo a desclassificação do crime constante do art. 312, *caput*, c/c o art.

71 do Código Penal para o art. 168 do Código Penal, e o afastamento da continuidade delitiva.

Primeiramente, cabe deferir a assistência judiciária gratuita, nos termos requeridos pelo apelante Fabiano, uma vez que o juiz deve acreditar na simples afirmativa de ausência de recursos para arcar com as custas processuais e honorários advocatícios, salvo prova em contrário seja carreada aos autos, que não é o caso em vértice.

Este é o entendimento jurisprudencial:

"(...) Para que a parte obtenha o benefício da assistência judiciária, basta a simples afirmação de sua pobreza, até prova em contrário" (RSTJ 7/414).

Ademais, o fato de o réu apresentar o procurador para que seja nomeado à defensoria dativa, como bem ilustra o eminente representante da Procuradoria-Geral de Justiça, está ele no gozo do direito que lhe assegura o art. 5º, § 4º, da Lei n. 1.060/50, que dispõe sobre a assistência judiciária gratuita, dispondo: "Será preferido para a defesa da causa o advogado que o interessado indicar e que declare aceitar o encargo".

Assim, defere-se a assistência judiciária gratuita ao apelante Fabiano, nos termos requeridos.

Passemos à análise do mérito.

A materialidade delitiva restou satisfatoriamente demonstrada pelas notas fiscais (fls. 12 e 25/26) que atestam a transação realizada, o ofício da indústria Schering do Brasil, fabricante do medicamento (fls. 55/61), informando o preço tabelado do medicamento,

bem como comprovando que a Clínica Bio Imagem não o adquiriu no período dos fatos, e a nota fiscal de aquisição do referido lote de remédios pela Secretaria Estadual de Saúde (fl. 62).

#### 1. *Autoria em relação ao acusado Fabiano.*

A autoria do delito quanto ao acusado Fabiano restou incontestada, ante a sua confissão, tanto na fase policial, quanto em Juízo.

Ainda na Delegacia de Polícia, Fabiano declarou: "Que, desde o início do mês de setembro do corrente, o declarante está designado para trabalhar na farmácia do HGCR (Hospital Governador Celso Ramos); Que, nesta função, o declarante conheceu as pessoas de Oscar Maestri e Edson, que atualmente está de férias; Que, o declarante informa que os funcionários Oscar Maestri e Edson lhe disseram que o motorista do caminhão ou seu ajudante, que faz a entrega dos remédios Iopamiron-300, ofereceu sessenta reais por cada caixa, onde os referidos funcionários, perguntaram ao declarante se este não conhecia alguém que pudesse vendê-los; Que o declarante informou aos já mencionados que conhecia a pessoa de Hideraldo, e em conversa com este se propôs a vender; Que, desta forma, o declarante informou ao Oscar Maestri e Edson, mas frisou que não tiraria nenhum medicamento do estoque de dentro do hospital; Que, então o Oscar Maestri e Edson, encarregaram-se de tirar os medicamentos, primeiramente pedindo a chave ao declarante, e em outra vez o declarante abriu o porta-malas; Que, informa o declarante que transportou o total de quinze caixas de Iopamiron-300; Que,

o declarante explica que Edson e Oscar Maestri, por trabalharem no setor da limpeza, envolviam os remédios em sacolas de lixos, transportando-os para fora do hospital; Que, uma vez o declarante devolveu cinco caixas para o estoque do Hospital que Edson tinha desviado; Que o Sr. Hideraldo vendeu as quinze caixas, cabendo ao declarante a quantia de duzentos reais, repassando a quantia de quatrocentos e cinquenta para Edson e Oscar” (fl. 16).

E, em Juízo, mesmo que tentando dar nova ênfase a sua versão, ao final afirmou: “que o interrogando foi induzido pelos acusados Oscar e Edson, pois estava precisando de dinheiro, sendo que os mesmos disseram que não iria haver problemas e iriam dar uma comissão para o interrogando; (...) que o acusado está arrependido pelos fatos, tanto que devolveu a segunda parte das mercadorias” (fl. 204).

Cabe frisar que o apelante, ainda que funcionário público de cargo celetista, como alega em suas razões, é sujeito ativo do tipo penal acima descrito, visto que para efeitos penais, o artigo 327 do Código Penal estabelece ser considerado funcionário público “quem embora transitoriamente ou sem remuneração exerce cargo, emprego ou função pública”.

Assim, para o enquadramento em crimes praticados por funcionário público contra a Administração Pública não importa o contrato celebrado entre o servidor, em sentido amplo, e o Estado, mas, tão-somente, o fato de estar, de alguma forma, prestando ao Estado o seu labor.

Ademais, a tese defensiva do pequeno valor do bem desviado do patrimônio público, aduzindo, ainda, que parte do material desviado foi devolvido, há de ser refutada, posto que abalou a confiança depositada pela Administração Pública no seu funcionário.

Assim leciona Mirabete:

“Tem-se entendido que é o peculato um crime de dano e ‘conseqüentemente se consuma com este, que existe sempre na apropriação ou no desvio, seja pela diminuição efetiva do patrimônio da administração, seja pela falta de acréscimo ou aumento devido’. Exigir-se-ia, assim, um dano patrimonial efetivo (RT 440/335, 473/314; RTFR 70/108; RJTJESP 20/473, 72/343). Sendo o peculato, porém, um crime contra a Administração Pública e não contra o patrimônio, o dano necessário e suficiente para a sua integração é o inerente à violação do dever de fidelidade para a mesma administração, quer associado, quer não, ao patrimonial (RT 367/46, 523/476; RJTJESP 6/402)” (Manual de Direito Penal, vol. 3, 11ª ed., São Paulo: Atlas, 1997, pág. 300).

O alegado estado de necessidade, por qual disse estar passando o acusado, não tem o condão de absolvê-lo.

Os Tribunais têm decidido:

“Não configura estado de necessidade, de modo a excluir a antijuridicidade da apropriação de valores públicos sob a guarda do funcionário, as dificuldades decorrentes de insuficiente remuneração” (TFR — AC — rel. Carlos Madeira).

Fica demonstrado, dessa forma, que o apelante Fabiano, usan-



do-se da posição de funcionário público, na intenção de tirar vantagem ilícita, desviou medicamentos da farmácia do Hospital Celso Ramos.

## 2. *Autoria em relação ao réu Hideraldo.*

A autoria delitiva quanto ao apelante Hideraldo, muito embora tenha negado os fatos em Juízo, ficou demonstrada na Delegacia de Polícia, onde o réu declarou: “Que, o declarante conhece o Fabiano há alguns anos, sendo que no mês de agosto o declarante foi procurado por ele, o qual questionou o declarante se este não teria condições de vender o medicamento Iopamiron-300, alegando que tal medicamento era oriundo do Estado de São Paulo/SP; Que o declarante respondeu que teria condições de vendê-los; Que, no mês de agosto do corrente, Fabiano levou até a casa do declarante dez caixas, contendo dez frascos em cada caixa de Iopamiron-300; Que, a proposta feita pelo Fabiano era de 50% para cada um do valor da venda; Que, no dia 20/8/96, o declarante vendeu para o Centro de Bio Imagem S/C — Ltda. as dez caixas trazidas pelo Fabiano recebendo a quantia de quatro mil reais, pagas em duas parcelas de dois mil reais; Que, no mês de setembro do corrente, Fabiano trouxe para o declarante mais cinco caixas de Iopamiron-300, tornando a vender para o Centro de Bio Imagem S/C Ltda.; Que, no mês de outubro do corrente Fabiano trouxe mais cinco caixas de Iopamiron-300, vendido para a Imagem Centro de Diagnóstico Médico Ltda., recebendo a importância de mil setecentos e cinquenta reais; Que, posteriormente o declarante ficou surpreso ao saber que tais medicamen-

tos foram desviados da Farmácia do Hospital Governador Celso Ramos; Que, o declarante posteriormente veio a saber que Fabiano trabalhava no setor da farmácia; Que, o declarante informa que na segunda vez que Fabiano trouxe os medicamentos, também lhe informou que eram desviados do HGCR” (fl. 32).

A retratação, totalmente dissociada do contexto probatório, esbarra em indícios e circunstâncias, inclusive nas declarações do administrador da Clínica Bio Imagem que reconheceu o réu como sendo o vendedor dos medicamentos àquela empresa.

A jurisprudência dá maior valor à confissão extrajudicial do que à retratação desde que o depoimento na fase policial seja confirmado por outras provas constantes dos autos.

Dessa forma, colaciono o precedente:

“Prova — Confissão extrajudicial — Ausência de ratificação em juízo — Harmonia com os demais elementos de prova — Validade.

“A confissão feita na fase policial, mesmo que sem ratificação em juízo, tem valor probante, desde que não ilidida por outros elementos de prova, pois a confissão vale não pelo lugar em que foi prestada, mas por seu conteúdo” (TACrimSP — RT 741/640).

Ademais, Luiz Felipe Clasen, Administrador da Clínica Bio Imagem, quando inquirido em Juízo, asseverou: “Que o depoente é administrador da clínica Bio Imagem sendo que na época dos fatos sua empresa estava sendo insistentemente contactada pelo acusado Hideraldo Botelho, reconhecido nesta audiência, o qual pro-

punha a venda do contraste Iopamiron-300, por um preço pouco abaixo do de mercado; que o depoente solicitou uma amostra do produto, bem como nota fiscal da empresa do acusado Hideraldo, tendo este apresentado ambos; que o depoente verificando o contraste constatou tratar-se de produto verdadeiro e verificando a empresa do acusado junto à Exatoria da Fazenda Estadual, constatou tratar-se de empresa em atividade; (...) Que Hideraldo dizia que o produto era procedente de uma firma de São Paulo/SP que estava fechando e tinha o produto em estoque; que o preço do produto era cerca de 25% inferior ao do mercado; que a empresa do depoente normalmente adquiriria Iopamiron 300 do representante da empresa Schering do Brasil, Sr. Mauro Pedri Filho, diretamente; que após a compra o depoente procurou Mauro indagando se alguém poderia vender Iopamiron 300 por preço abaixo daquele praticado pelo representante direto do laboratório; que Mauro afirmou que isso não poderia ser possível e o depoente lhe forneceu o n. do lote adquirido de Hideraldo; que pouco tempo depois, Mauro recebeu resposta da Schering no sentido de que o lote de Iopamiron 300 adquirido pela clínica Bio Imagem havia sido vendido pela Schering à Secretaria de Saúde do Estado de SC; que o depoente submeteu os fatos à diretoria, tendo a deliberação para comunicar os fatos ao Secretário da Saúde, o que foi feito inclusive devolvendo os medicamentos adquiridos, os quais foram entregues à autoridade policial” (fl. 243).

Ressalta-se que muito embora não seja o réu Hideraldo funcionário público, o fato de ter atuado como

co-autor do denunciado Fabiano, tal circunstância comunica-se a ele.

É o entendimento do Supremo Tribunal Federal: “É também imputável como réu de peculato quem não seja servidor público, desde que haja contribuído ou participado da ação em tese criminosa, de quem o seja; será tido então e em tese como co-autor” (STF — RHC — Rel. Clóvis Ramalheite — RTJ).

Portanto, verifica-se que os acusados, usando da posição de funcionário público de um deles, no intuito de auferir lucro ilícito, praticaram o delito de peculato-desvio.

Nesse sentido, já se pronunciou este Tribunal:

“Configura-se o crime de peculato quando o agente em razão do cargo ou comissão apropria-se de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse ou detenção, ou o desvia em proveito próprio ou de terceiro” (Ap. Crim. n. 97.000009-0, da Capital, rel. Des. José Roberge).

Por fim, a continuidade delitativa resta demonstrada pelas declarações de Hideraldo que atestam que praticaram o ilícito por três vezes, quando diz: “Que no mês de agosto do corrente, Fabiano levou até a casa do declarante dez caixas contendo dez frascos em cada caixa de Iopamiron-300; (...) que, no mês de setembro do corrente, Fabiano trouxe para o declarante mais cinco caixas de Iopamiron-300, tornando a vender para o Centro de Bio Imagem Ltda.; Que, no mês de outubro do corrente Fabiano trouxe mais cinco caixas de Iopamiron-300” (fl. 27).

Sendo assim, comprovadas a autoria e materialidade da pena, não

há modificar a pena aplicada aos réus, eis que justa e proporcional ao delito praticado.

O apelante Fabiano asseverou em suas razões de recurso que a atenuante da confissão espontânea e de sua primariedade não foram levadas em conta quando da dosimetria da reprimenda.

Ressalta-se, entretanto, que a confissão espontânea foi contemplada, mas não utilizada para atenuar a pena, visto que já fixada em seu mínimo legal.

Nesse diapasão, esta Câmara já se pronunciou:

“Pena criminal — Circunstância atenuante — Fixação abaixo do mínimo legal — Inadmissibilidade.

“Fixada a pena-base no mínimo legal, mesmo presentes circunstâncias atenuantes reconhecidas, a pena não pode ser reduzida para quantidade inferior ao mínimo abstratamente considerado” (Ap. Crim. n. 97.002340-5, da Capital, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Ademais, o fato de o acusado ser primário lhe traz o único benefício de não ter sua pena majorada pela agravante da reincidência ou da circunstância judicial dos antecedentes criminais, mas nunca se poderá mitigar a pena em razão disso.

### III — Decisão

Ante todo o exposto, conhece-se dos apelos para dar provimento parcial ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d’Eça Neves, tendo lavrado parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 6 de novembro de 2001.

*Genésio Noll,*  
*Presidente com voto;*  
*Torres Marques,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CRIMINAL N. 01.019916-5, DE SÃO MIGUEL DO OESTE

**Relator: Des. Torres Marques**

*Suspensão condicional do processo — Revogação — Ausência de intimação do réu para justificar o descumprimento da condição proposta — Desrespeito ao princípio do contraditório — Nulidade configurada.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 01.019916-5, da comarca de São Miguel do Oeste (2ª Vara), em que é apelante Moacir Pasquali e apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por unanimidade, anular o processo, de ofício, desde a fl. 56, inclusive, para que seja oportunizada a justificativa do réu para o des-

cumprimento das condições do *sursis* processual.

Custas na forma da lei.

### I — Relatório

Na comarca de São Miguel do Oeste, Moacir Pasquali foi denunciado como incurso nas sanções do art. 50, I, e seu parágrafo único, I, da Lei n. 6.766/79, por ter loteado e alienado parte de um terreno de sua propriedade sem a devida autorização e registro.

Considerada a pena mínima cominada à espécie, foi oferecida proposta de suspensão condicional do processo (fl. 45), que restou aceita pelo acusado. Com o descumprimento de uma das condições impostas na referida suspensão, requereu o Ministério Público, com base no art. 89, § 4.º, da Lei n. 9.099/95, a revogação do *sursis* processual, o que foi prontamente deferido (fl. 56), sem prévia intimação do réu para justificar a falta.

Ultimada a instrução processual, foi proferida sentença em que restou o acusado condenado, nos termos da inicial, a um ano de reclusão e a 10 salários mínimos de multa, substituída a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e à prestação pecuniária de mais 10 salários mínimos, em favor da APAE de São Miguel do Oeste.

Irresignado, interpôs o acusado recurso de apelação, ao qual deixou de apresentar razões (fl. 116v.).

Com contra-razões, subiram os autos a esta Instância onde foi oferecido parecer pela Procuradoria-Geral de Justiça opinando pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

### II — Voto

Inicialmente, cumpre destacar que a ausência de apresentação das razões do réu, quando o defensor é devidamente intimado e deixa de fazê-lo, não gera nenhuma nulidade, devendo o recurso ser conhecido tendo-se em vista o disposto nos arts. 601 e 599 do CPP que dispõem, respectivamente, que as razões não são essenciais ao recurso e que a interposição da apelação, salvo expressa intenção em contrário, devolve ao Tribunal o conhecimento de toda a matéria discutida nos autos.

No caso em tela, considerada a pena mínima cominada ao delito imputado ao recorrente, foi proposta a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95), cujas condições foram: 1) a apresentação mensal em Juízo, durante o período de prova (2 anos); 2) e regularização do loteamento objeto da lide, no prazo de 6 meses a partir da aceitação da proposta.

Não cumprida a segunda das condições no prazo assinado, requereu o Ministério Público a revogação do benefício, nos termos do art. 89, § 4º, da Lei n. 9.099/95 (fl. 50). Sem a ouvida da parte contrária, acolheu o Magistrado *a quo* o pedido do Ministério Público (fl. 56).

Sabe-se que a redação dos parágrafos do art. 89 da Lei dos Juizados Especiais dividiu as causas de revogação da suspensão condicional do processo em obrigatórias e facultativas. As primeiras estão enumeradas no seu parágrafo 3º e as segundas no 4º. Diferem uma das outras pelo fato de, nas facultativas, mesmo estando comprovado o seu descumprimento,

pode o juiz deixar de aplicá-la, se não entender conveniente a revogação. Contudo, não pode deixar, em nenhum dos casos, de ouvir o acusado a fim de que este justifique o descumprimento, em respeito ao princípio do contraditório. Nesse sentido, sobre as causas facultativas de revogação, da doutrina de Mirabete:

“Nada impede, todavia, que o acusado justifique a infringência de qualquer dessas regras condicionais, deixando o juiz de revogar o benefício. Deve-se, de acordo com o princípio do contraditório, ouvir o acusado, que poderá eventualmente justificar a infração. Ainda que assim não proceda o réu, pode o juiz deixar de revogar a suspensão atendendo a prudentes critérios de política criminal. Deve o juiz agir com prudência, considerando que a infringência a essas condições nem sempre será grave o suficiente para justificar a revogação” (Juizados Especiais Criminais, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 1998, pág. 180).

A ausência de manifestação do réu gera grave nulidade, uma vez que o princípio do contraditório está incluído no rol das garantias constitucionais individuais do art. 5º da Constituição Federal, devendo ser fielmente cumprido. Nesse caso, deve ser aplicado analogicamente, por maioria de razão, o entendimento já consagrado para a revogação da suspensão con-

dicional da pena, tendo o Tribunal de Justiça de São Paulo decidido o seguinte:

“Não é lícito ao prolator da decisão revogar o *sursis* sem obediência ao devido processo legal, que compreende as garantias do contraditório e da ampla defesa. Ao fazê-lo, porém, prolata decisão nula” (RT 713/344, no mesmo sentido, do Superior Tribunal de Justiça, cf. Bol. IBCCrim 9/24).

### III – Decisão

Pelo exposto, conhece-se do recurso para, de ofício, anular o processo a partir da fl. 56, inclusive, para que seja intimado o réu para justificar o descumprimento da condição que lhe foi imposta quando da concessão do *sursis* processual.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d’Eça Neves, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 4 de novembro de 2001.

*Genésio Nolli,*  
*Presidente com voto;*  
*Torres Marques,*  
*Relator.*

## RECURSO DE AGRAVO

### RECURSO DE AGRAVO N. 01.020282-4, DE IÇARA

Relator: Des. Amaral e Silva

*Recurso de agravo — Sursis — Cumulação das condições previstas nos §§ 1º e 2º do art. 78 do CP — Inadmissibilidade — Ausência de prova da reparação do dano — Impossibilidade de concessão do sursis especial — Recurso provido parcialmente.*

*“Não é possível, segundo jurisprudência firmada, a aplicação cumulativa das condições previstas nos §§ 1º e 2º do art. 78, pois as últimas são substitutivas daquelas, se preenchidos os requisitos legais” (Julio Fabbrini Mirabete).*

*Hipótese em que embora as circunstâncias do art. 59 sejam favoráveis, a agravante não faz jus ao sursis especial, haja vista não ter comprovado a reparação do dano.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n. 01.020282-4, da comarca de Içara, em que é recorrente Sônia Regina Francisconi, sendo recorrida a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao agravo para excluir as primeiras condições do *sursis* impostas pelo Magistrado — comparecer mensalmente em Juízo para informar e justificar suas atividades; não se ausentar da Comarca, por mais de dez dias, sem prévia autorização do Juiz e não mudar de endereço sem comunicar o novo ao Juízo.

Custas na forma da lei.

#### I — Relatório

Trata-se de recurso de agravo, interposto por Sônia Regina Francisconi, contra a r. decisão do Dr. Juiz da comarca de Içara, que indeferiu o pedido de exclusão da pena restritiva de direitos — prestação de serviços à comunidade (art. 78, § 1º, do CP) — aplicada concomitantemente a outras condições.

Alega a recorrente, em resumo, que a prestação de serviços à comunidade diz respeito ao *sursis* simples, não podendo ser cumulada com as



demais condições fixadas, que dizem respeito ao *sursis* especial.

Também em resumo, diz a representante do Ministério Público, que houve indevida cumulação das condições previstas para o *sursis* simples e *sursis* especial, devendo, porém, prevalecer o primeiro (mais gravoso), haja vista não ter a recorrente comprovado o ressarcimento do prejuízo, requisito exigido pelo art. 78, § 2º, do CP.

No despacho de sustentação, o Magistrado manteve a r. sentença (fl. 45).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovimento do agravo.

O recurso seguiu os trâmites legais.

## II — Voto

1 — O recurso merece ser provido parcialmente.

A recorrente foi condenada, em segundo grau, no acórdão da Apelação Criminal n. 98.012011-0 do qual fui relator, à pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 1 (um) mês de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo, pela prática de estelionato (art. 171, § 2º, VI, do CP).

Sendo reincidente por condenação anterior de multa, foi-lhe concedido o *sursis* (art. 78 do CP), mediante condições a serem impostas no Juízo da Execução.

Contempla o art. 78 do Estatuto Penal que:

“Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz.

“§ 1º No primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48).

“§ 2º Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente:

“a) proibição de freqüentar determinados lugares;

“b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz;

“c) comparecimento pessoal e obrigatório a Juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades”.

As condições impostas pelo Magistrado no termo de audiência admonitória de *sursis* (fl. 28) foram as seguintes:

“1 — Comparecer mensalmente em Juízo para informar e justificar suas atividades;

“2 — Não se ausentar da Comarca, por mais de dez dias, sem prévia autorização do juiz;

“3 — Não mudar de endereço sem comunicar o novo ao Juízo.

“No primeiro ano do *sursis* deverá a acusada prestar serviços à comunidade”.

Analisando atentamente cada uma das condições, observa-se que o Dr. Juiz cumulou as condições do *sursis* simples (art. 78, § 1º) com as do *sursis* especial (art. 78, § 2º), o que segundo o entendimento da doutrina e

jurisprudência dominantes é inadmissível.

A respeito da matéria, Julio Fabbrini Mirabete ensina:

“Estabeleceu a lei duas espécies de suspensão condicional da pena. A primeira delas é a do *sursis* simples, em que é imposta como condição obrigatória a prestação de serviços à comunidade ou a limitação de fim de semana, além de outras, eventualmente aplicadas ao caso concreto pelo juiz. (...) Além dessa condição alternativa obrigatória, o juiz pode impor outras condições, que devem sempre ter relação com o fato criminoso ou a pessoa do condenado. Não se pode, porém, impor condição que viole direito indisponível do condenado ou liberdades garantidas constitucionalmente, que sejam ociosas por estarem já previstas na lei, ou vexatórias, de modo a expor o condenado ao ridículo ou causar-lhe constrangimento desnecessário. *Não é possível, segundo jurisprudência firmada, a aplicação cumulativa das condições previstas nos §§ 1º e 2º do art. 78, pois as últimas são substitutivas daquelas, se preenchidos os requisitos legais*” (grifei) (Código Penal Interpretado, São Paulo, Atlas, 1999, pág. 437).

E adiante cita os seguintes precedentes:

“*Inadmissibilidade de cumulação de condições do sursis simples no sursis especial* — TRF da 5ª Região: ‘O acréscimo, à sentença condenatória concessiva de *sursis* especial, da prestação de serviços à comunidade, condição do *sursis* incorre em nítida infringência à lei penal reguladora da aplicação da pena. Impossibilidade de

cumulação das condições dos §§ 1º e 2º do art. 78 do CP’ (RT 731/671). TJAP: ‘Deve ser modificado parcialmente o *decisum* condenatório quando o Juiz *a quo* impõe ao condenado todas as condições do *sursis* impostas nos parágrafos 1º e 2º do art. 78 do Código Penal Brasileiro, devendo-se cancelar a prestação de serviços à comunidade, mantendo-se, no entanto, as demais condições previstas no dispositivo legal’ (RDJ 7/161). TJSP: ‘Suspensão condicional. Condições. Aplicação cumulativa. Inadmissibilidade. Cancelamento da de prestar serviços à comunidade, mais gravosa. Recurso provido para este fim’ (JTJ 189/331-2)” (*op. cit.*, pág. 444).

Este Tribunal segue o mesmo entendimento:

“Não podem ser impostas ao mesmo tempo, por ocasião da concessão de *sursis*, as condições previstas nos §§ 1º e 2º do art. 78 do Código Penal” (Ap. Crim. n. 97.005580-3, de Criciúma, rel. Des. Paulo Gallotti).

*Ex vi* do art. 79 do CP, é certo que, além da condição alternativa obrigatória, qual seja, prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana, o juiz tem a faculdade de impor outras condições que devem, obrigatoriamente, ter relação com o fato criminoso ou a pessoa do condenado, como, por exemplo, obrigatoriedade de freqüentar curso de habilitação profissional ou de instrução escolar, atender aos encargos de família, entre outros, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

Logo, ao contrário do requerido pela sentenciada, deve prevalecer a última condição — prestação de servi-

ços à comunidade no primeiro ano do *sursis*.

Em que pesem as circunstâncias do art. 59 terem sido favoráveis, a agravante não faz jus ao *sursis* especial, haja vista não ter comprovado a reparação do dano, limitando-se a apresentar a cópia de um cheque destinado à vítima Rota do Sol (fl. 35).

É cediço que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer (art. 156 do Código de Processo Penal).

Assim, caberia à requerente demonstrar o efetivo ressarcimento do dano, por meio, por exemplo, de declaração da ofendida confirmando o recebimento do título.

*Data venia* da douta Procuradoria, ressaltando que a reincidência não obstará o *sursis* especial, já que o art. 77, § 1º, do Código Penal dispõe que “a condenação anterior à pena de multa não impede a concessão do benefício”.

Dito isso, dou provimento parcial para excluir as primeiras condições do *sursis* impostas pelo Magistrado — comparecer mensalmente em Juízo para informar e justificar suas atividades; não se ausentar da Comarca, por mais de dez dias, sem prévia autorização do juiz e não mudar de endereço sem comunicar o novo ao

Juízo, mantendo-se, porém, a prestação de serviços à comunidade.

2 — Pelo exposto, dou provimento parcial ao recurso para excluir as primeiras condições do *sursis* impostas pelo Magistrado — comparecer mensalmente em Juízo para informar e justificar suas atividades; não se ausentar da Comarca, por mais de dez dias, sem prévia autorização do juiz e não mudar de endereço sem comunicar o novo ao Juízo.

### III — Decisão

Acompanharam o voto do Relator. Deram provimento parcial ao recurso para excluir as primeiras condições do *sursis* impostas pelo Magistrado — comparecer mensalmente em Juízo para informar e justificar suas atividades; não se ausentar da Comarca, por mais de dez dias, sem prévia autorização do juiz e não mudar de endereço sem comunicar o novo ao Juízo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Noll e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakís.

Florianópolis, 20 de novembro de 2001.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente e Relator.*

## REPRESENTAÇÃO

### REPRESENTAÇÃO N. 01.024145-5, DE IMBITUBA

**Relator: Des. Maurílio Moreira Leite**

*Notícia crime, apontando prefeito municipal como autor do crime definido no artigo 317, § 1º, do Código Penal, endereçada ao Presidente do Tribunal de Justiça. Ação penal originária. Inteligência do artigo 29, inciso V, da Lei n. 8.625/93. Pedido não conhecido. Remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Representação n. 01.024145-5, da comarca de Imbituba, em que é representante Luiz Gonzaga de Ávila, sendo representados Osny Souza Filho, Clara Regina Martins Silva, João Batista dos Santos, Luiz Antonio Dutra, Antonio Clésio Costa e Marcelo Menezes Moure:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, não conhecer do pedido e determinar a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça para os fins de direito.

Custas legais.

Trata-se de notícia crime endereçada ao Exmo. Sr. Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, formulada por Luiz Gonzaga de Ávila, apontando Osny Souza filho, prefeito municipal de Imbituba, e Clara Regina Martins Silva, procuradora municipal, como au-

tores do crime previsto no artigo 317, § 1º, do Código Penal (corrupção passiva). Também incluídos no documento referido João Batista dos Santos, Luiz Antonio Dutra, Antonio Clésio Costa e Marcelo Menezes Moure, todos ocupantes do cargo de vereador do referido município.

A notícia crime foi distribuída e atuada.

É o relatório.

Tendo em vista que um dos pretensos envolvidos exerce o cargo de prefeito municipal, com foro privilegiado, nos termos do artigo 29, inciso X, da Constituição Federal, cogita-se de ação penal de competência originária, de atribuição do Procurador-Geral de Justiça, nos termos do artigo 29, inciso V, da Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 — Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. E dentre os poderes atribuídos ao chefe do Ministério Público é incluído o de arquivar, *motu proprio*, notícia crime,

sem participação do Poder Judiciário. Leia-se: “Art. 29. Além das atribuições previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, compete ao Procurador-Geral de Justiça: (...) VII — determinar o arquivamento de representação, notícia crime, peças de informação, conclusão de comissões parlamentares de inquérito ou inquérito policial, nas hipóteses de suas atribuições legais”.

Por sua vez, cabe ao Colégio de Procuradores de Justiça “rever, mediante requerimento de legítimo interessado, nos termos da Lei Orgânica, decisão de arquivamento de inquérito policial ou peças de informação determinado pelo Procurador-Geral de Justiça”, consoante determinado no artigo 12, inciso XI, da lei referida.

Tendo em vista o procedimento aplicável à espécie, indaga-se da pertinência de a notícia crime ser endereçada ao Poder Judiciário, tratando-se, em tese, de ação penal originária.

Cabendo ao Ministério Público, especificamente, na hipótese tratada, ao Procurador-Geral de Justiça, o exercício da pretensão punitiva, que pode não se materializar por ausência de seus pressupostos básicos, resultando no arquivamento da peça informativa, que deverá ser requerida ao Poder Judiciário, pois a ele os autos estão vinculados. Aceita a pretensão de arquivamento, far-se-á tábula rasa do direito do interessado recorrer da decisão para o Colégio de Procuradores de Justiça, do qual se estará retirando uma de suas prerrogativas.

Por outro lado, se houver necessidade de maiores esclarecimen-

tos, as diligências serão requeridas ao relator, o qual passará a ser responsável pela celeridade e justeza do que foi requerido, continuando o procedimento a integrar a estatística de seu gabinete.

Ora, se na ação penal originária o Procurador-Geral de Justiça tem o poder de arquivar notícia crime sem a participação do Poder Judiciário (Pedro Roberto Decomain, Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Editora Obra Jurídica, 1996, pág. 80; Hugo Nigro Mazzili, Regime Jurídico do Ministério Público, Editora Saraiva, 1993, pág. 211), bem como de determinar todas as diligências que se fizerem necessárias, sem qualquer sentido o endereçamento ao Poder Judiciário de notícia crime, no caso de ação penal originária, sob pena de se tornar mais um entrave à celeridade processual, tão almejada.

Em face do exposto, a notícia crime não é conhecida, com remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, para os fins de direito, dando-se baixa na distribuição.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva. Atuou, pela Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 11 de dezembro de 2001.

*Jorge Mussi,*  
*Presidente, com voto;*  
*Maurílio Moreira Leite,*  
*Relator.*

## REVISÕES CRIMINAIS

### REVISÃO CRIMINAL N. 01.014250-3, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Amaral e Silva

*Processual penal — Revisão criminal — Reconhecimento da atenuante da confissão espontânea — Impossibilidade — Confissão qualificada — Precedentes jurisprudenciais — Pedido indeferido.*

*“Não se configura a atenuante quando o agente, confessando a autoria, alega causa justificativa ou dirimente” (Julio Fabbrini Mirabete).*

*Hipótese em que não houve confissão, porquanto diante da prova constante dos autos, os fatos não ocorreram da forma como narrada pelo réu.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 01.014250-3, da comarca de Chapecó, em que é requerente Eleandro do Carmo Pereira de Melo:*

ACORDAM, em Câmaras Criminais Reunidas, por votação unânime, indeferir o pedido.

Custas na forma da lei.

#### I — Relatório

Eleandro do Carmo Pereira de Melo, submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, restou condenado à pena de 13 (treze) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, por

infração ao art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal.

Este egrégio Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do culto Des. Nilton Macedo Machado, dando provimento ao recurso interposto pelo representante do Ministério Público, elevou a pena para 15 (quinze) anos de reclusão, mantidas as demais cominações da sentença.

Transitado em julgado o v. acórdão, o condenado ingressou com a presente revisão, pleiteando o reconhecimento da confissão espontânea e a conseqüente minoração da reprimenda.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e indeferimento do pleito.



## II — Voto

1 — Não há considerar a atenuante da confissão espontânea.

Analisando os autos em apenso, observo que o revisionando não confessou diretamente o delito, apenas admitiu ter efetuado o disparo de arma de fogo acidentalmente.

Na fase policial, admitiu que “ao chegar na casa da vítima, a porta estava aberta e ao adentrar na casa sacou a arma segurando-a na mão direita, de brincadeira, sacudindo-a e, na casa estavam, além da vítima, seus filhos ‘Jôce’ e Antônio e como a vítima, alega, tinha o hábito de fazer brincadeiras, assim que entrou na casa diz que a vítima bateu-lhe no braço e a arma disparou e, assustado, simplesmente evadiu-se do local correndo; que, nega a intenção de matar a vítima ou qualquer outra pessoa (...) que, esclarece que naquela noite saiu com a arma porque pretendia vendê-la; afirma ter adquirido a arma uma semana antes dos fatos (...) que, afirma que no momento em que houve a deflagração do disparo, assustou-se e correu e que não sabia que a vítima havia sido alvejada; que, reafirma que não esteve no local para a prática do crime e não tinha a intenção de cometê-lo; que, esclarece que após os fatos ocultou-se e pernitou num mata-gal no Bairro Santo Antônio, e no dia seguinte soube da morte da vítima” (fls. 12/13).

Na presença da autoridade judiciária manteve a versão. Confirmou que “não tinha a intenção de matar a vítima; que fora a casa da mesma por volta das 23 horas, estando um pouco embriagado, pretendendo mostrar a arma ao filho da vítima que era seu

amigo; que o local é escuro e o barraco não possui iluminação; que a porta estava aberta e o interrogando adentrou a mesma; que, como era amigo entrava diretamente na casa; que, a vítima atendeu o interrogando e, acredita que não tenha percebido que o interrogando estava armado e deu um tapa de brincadeira de baixo para cima fazendo com que a arma disparasse” (fl. 39).

No entanto, de acordo com as declarações de Antônio Carlos Brisola (filho da vítima), no dia dos fatos, por volta das 23 horas, o réu chegou na casa onde morava, ocasião em que já estavam todos recolhidos para dormir, chamando por ele, tendo a ofendida, Sra. Liberalina Alves, dito “a Alemão que fosse embora e voltasse no dia seguinte; que, Alemão insistiu e tornou a chamar pelo declarante por várias vezes, não recebendo resposta, aí chamou sua mãe dizendo ‘ô tia, abre a porta pra nós conversar’ e a vítima tornou a dizer que fosse embora e voltasse no dia seguinte; que, momentos depois Alemão arrombou a porta, que abre para fora, puxando-a com força e quebrando a tramela e entrou na casa, dirigindo-se de imediato para o quarto da mãe; que, o declarante não chegou a ver o Alemão se dirigindo, mas pôde perceber que o mesmo não parou ao entrar na casa, tomando um rumo certo e instantes depois ouviu um disparo de arma de fogo e o Alemão se evadiu correndo” (fl. 19).

No mesmo sentido, foi o depoimento da filha da vítima, Rosângela Brisola:

“que, por volta de 23 horas, já estavam recolhidos, embora ainda

não dormisse, ouviu quando o indiciado chamou por Antônio, mas ninguém atendeu o indiciado, nem mesmo falaram com ele, ou seja, permaneceram recolhidos e calados; que, o indiciado após chamar umas seis vezes por Antônio e não ser atendido puxou a porta que abre para fora, com força, arrebatando a trave, abrindo-a e entrou na casa, na qual não possuem energia elétrica, e naquela ocasião não havia nenhuma luz artificial na casa, porém, a depoente e seus familiares não tinham nenhuma dúvida de que se tratava da pessoa do indiciado, por conhecê-lo; que, estando o indiciado no interior da casa, viu a depoente que sua mãe, a vítima, levantou da cama e sem nada dizer empurrou a porta do quarto para deste sair, quando sem nenhum motivo ou razão justificável foi alvejada por um disparo de arma de fogo e simplesmente caiu no interior da casa” (fl. 16).

A decisão dos jurados, confirmada por este egrégio Tribunal, na Apelação Criminal n. 2001.014250-3, em acórdão da lavra do culto relator Des. Nilton Macedo Machado, foi de que o réu atingiu a ofendida com evidente *animus necandi*, entendimento que encontra respaldo nos autos.

Como se pôde observar, não houve confissão, porquanto os fatos não ocorreram da forma narrada pelo réu.

Na verdade, o que ocorreu foi a chamada confissão qualificada (ou limitada), que C. J. A. Mittermaier conceitua como sendo “a que não compreende o crime em toda a sua extensão, ou não assinala certos caracteres do fato incriminado; ou, ainda, a que contém certas restrições,

que impedem os seus efeitos quanto à aplicação da pena, ou tem por fim provocá-la menos rigorosa. A apreciação desta confissão é coisa particularmente delicada.

“Essa definição comum, compreende-se, abrange uma multidão de casos. Tal é a confissão em que o crime confessado é menos grave do que o imputado; outras vezes o acusado, reconhecendo a existência de certos fatos acessórios, nega outros, cuja não existência destrói a possibilidade do crime, ou lhe atenua a natureza (...)” (Tratado da Prova em Matéria Criminal, 2ª tiragem, Campinas: Book-seller, 1997, pág. 216).

Guilherme de Souza Nucci ensina que há duas espécies de confissão, quais sejam, simples e qualificada, argumentando que “a primeira acontece quando o confitente pura e simplesmente admite a prática do delito, sem qualquer acréscimo. A segunda ocorre quando o confitente assume a prática do crime, mas levanta, em seu favor, alguma circunstância especial que possa excluir ou minorar o crime ou isentá-lo de algum modo da pena.

“Considera-se confissão qualificada, a título de exemplo, quando o agente assume a prática do homicídio, mas alega, em seu benefício, a excludente da legítima defesa” (O Valor da Confissão como Meio de Prova no Processo Penal, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pág. 91).

Completa Julio Fabbrini Mirabete que “não se configura a atenuante quando o agente, confessando a autoria, alega causa justificativa ou dirimente” (Código Penal Interpretado, São Paulo, Atlas, 1999, pág. 372).

E adiante, cita os seguintes precedentes:

“*Confissão qualificada. Inexistência da atenuante* — STF: ‘Não deve ser considerada na fixação da pena a atenuante da confissão espontânea prevista no art. 65, III, d, do CP, se no interrogatório do réu este não assinala certos caracteres do fato criminoso, ou seja, limita-se à confissão qualificada’ (RT 741/558).

“*Confissão incompleta. Inexistência da atenuante*. (...) TACrimSP: ‘A confissão só pode ser reconhecida como atenuante obrigatória quando se dá de forma completa, a fim de se prestigiar a sinceridade do infrator, pois, em hipótese contrária, inexistência total da dinâmica da ocorrência penal’ (RJDTACRIM 31/84)” (*op. cit.*, pág. 376).

Nesta Corte de Justiça idêntico é o entendimento:

“Atenuante da confissão espontânea. Inocorrência. Confissão qualificada configurada.

“A confissão deve ser completa e movida por um motivo moral. Não se configura a atenuante quando o agente, confessando a autoria, distorce a realidade dos fatos a fim de beneficiar-se com causa excludente de ilicitude” (Ap. Crim. n. 00.019145-0, de Araranguá, rel. Des. Genésio Nolli).

2 — Sem razão o requerente quando alega que o aumento na segunda fase da dosimetria, referente à qualificadora contida no inciso IV, do art. 121, § 2º (recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa da víti-

ma), que foi considerada como agravante, foi desfundamentada.

O eminente relator da referida Apelação Criminal justificou, com propriedade, o aumento realizado, ao dizer que “a vítima, quando alvejada, recém acabara de levantar-se da cama, onde estava dormindo, revelando-se a sagacidade do homicida, que procurou a morte dela, justamente *numa situação que lhe inviabilizara qualquer pretensão defensiva*”.

Como visto, não há qualquer reparo a ser feito na dosimetria da pena, razão pela qual indefiro o pedido revisional.

3 — Pelo exposto indefiro a revisão.

### III — Decisão

Acompanharam o voto do Relator. Indeferiram a revisão.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nolli, Jorge Mussi, Maurílio Moreira Leite, Solon d’Eça Neves, Irineu João da Silva e Torres Marques. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 31 de outubro de 2001.

*Alberto Costa,*  
*Presidente com voto;*  
*Amaral e Silva,*  
*Relator.*

**REVISÃO CRIMINAL N. 01.010873-9, DE JOINVILLE****Relator: Des. Jorge Mussi**

*Revisão criminal — Latrocínio tentado — Réu que, em luta corporal com a vítima, causa-lhe lesões corporais graves pelo disparo de dois tiros — Inexistência do evento morte — Desclassificação para tentativa de roubo agravado pelo emprego de arma de fogo in- viável — Resultado que tipifica o crime do art. 157, § 3º, 1ª parte, do CP, na sua forma tentada — Pedido revisional parcialmente deferido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 01.010873-9, da comarca de Joinville (1ª Vara), em que é requerente Claudionir Jacinto:*

ACORDAM, em Câmaras Crimi- nais Reunidas, por votação unânime, deferir parcialmente o pedido revisional para reclassificar o delito, adaptan- do-se a pena, e para fixar os honorários advocatícios.

Custas legais.

1 — Na comarca de Joinville (1ª Vara Criminal), Claudionir Jacinto foi denunciado por infração ao dispo- sto no art. 157, § 2º, I, e § 3º, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal, porque, consoante se infere da exordial acu- satória de fls. 2/3 dos autos principais:

“No dia 25 de agosto do corren- te ano (1996), por volta das 2 horas, o denunciado encontrava-se na casa da vítima Luís Carlos, na Rua Antonio Jorge Cecyn, Aventureiro, proceden- do um assalto à família, tentando sub- trair objetos e dinheiro, para si, medi- ante grave ameaça com uso de um revólver.

“O denunciado amarrou os ga- rrotos Jean e Marcelo, subtraindo o re- lógio de Jean e dinheiro que tinham

nos bolsos, indo procurar uma arma para si, vasculhando a casa inteira.

“De repente, chegou em casa a vítima Luís Carlos, e ao entrar viu o denunciado, com uma meia fina na ca- beça, anunciando o assalto, armado com um revólver, mandando que a ví- tima deitasse no chão, ameaçan- do-lhe com a arma em punho.

“Em determinado momento, o denunciado foi até a cozinha, e, ao re- tornar, foi surpreendido pela vítima que pulou em suas costas, tentando retirar a arma.

“O denunciado e a vítima entra- ram em luta corporal na disputa da ar- ma, sendo a mesma disparada por seis vezes, tendo dois tiros acertado a vítima na perna e o denunciado desfe- rido uma coronhada na boca de Luís (auto de fl. 11), deixando a arma cair no chão, oportunidade em que o de- denunciado fugiu, após tais circunstân- cias alheias à sua vontade, não con- sumando a subtração”.

Concluída a instrução criminal, a denúncia foi julgada procedente pa- ra condenar o acusado Claudionir Ja- cinto à pena de 13 (treze) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regi- me fechado, e ao pagamento de 60 (sessenta) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por

violação ao disposto no art. 157, § 3º, c/c arts. 65, III, d, e 14, II, todos do Código Penal, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade.

Transitada em julgado a sentença em 26/3/98 (Certidão de fl. 113, autos originais), o apenado ingressou, por seu procurador, com a presente revisão criminal, com fulcro no art. 621 e seguintes do Código de Processo Penal, postulando a desclassificação do crime de tentativa de latrocínio para o delito de roubo circunstanciado tentado, alegando que não ficou comprovado nos autos o elemento subjetivo de cometer o tipo penal ao qual restou condenado, argumentando que a vítima surpreendeu-o pelas costas e, entrando em luta corporal, na disputa pela posse da arma, findou em ser atingida por dois tiros.

Juntou documento de fl. 7 *usque* 23.

Apensados os autos principais, a ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e indeferimento da revisão criminal.

Sobreveio petição da defesa, requerendo a fixação dos honorários advocatícios, em razão do exercício da defensoria dativa.

É o relatório.

2 — Em parte merece prosperar o pedido revisional.

Busca o requerente a desclassificação do delito pelo qual resultou condenado para o de roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo, na forma tentada, ao argumento que não tinha intenção de ceifar a vida da vítima, mas tão-somente roubar.

Os fatos imputados a Claudio-nir, muito bem esclarecidos e funda-

mentados na sentença condenatória, restaram perfeitamente comprovados, tanto pelos depoimentos das vítimas, quanto pela confissão do requerente, de forma que não há qualquer dúvida sobre a sua responsabilidade penal.

O revisionando confessou a autoria do crime, quando reinquirido na via administrativa, ocasião em que relatou que “pegou a bicicleta do seu irmão e saiu, apanhando um revólver calibre 32, cano curto, preto com cabo branco; Que próximo de sua casa, na rua de asfalto, em uma residência, cujos moradores desconhece, viu a luz acesa e com a arma em punho e colocando uma touca de meia na cabeça entrou pela porta dos fundos e rendeu inicialmente dois rapazes, os quais estavam na cozinha, sendo que o declarante os levou para a sala; Que na sala, mandou os dois elementos deitarem, sendo que os amarrou com um pedaço de pano que achou no local; Que amarrou os dois individualmente; Que o declarante perguntou aos dois rapazes se havia alguma arma na casa, pois temia que se houvesse fosse usada contra o declarante; Que os dois rapazes, ora vítimas, responderam que não havia armas na casa; Que logo em seguida viu um homem na cozinha, o qual o declarante também rendeu dizendo que era um assalto; Que num descuido, este homem investiu contra o declarante segurando-o nas suas mãos e o declarante tentando se soltar, puxou o gatilho, para disparar um tiro com a intenção de assustar a vítima para então poder fugir do local; Que diz o declarante disparou várias vezes o revólver, não sabendo precisar quantos tiros detonou” (fls. 22/23).

A vítima Jean Carlos, na fase policial, descreveu pormenorizada-mente a forma pela qual Claudionir agiu, veja-se:

“(…) o elemento chegou apontando uma arma, um revólver de cabo branco, e entrou na residência rendendo o declarante e seu colega mandando-os para a sala e fazendo-os deitarem no chão, amarrando-os com uma calça e uma camisa e, em seguida, revistando-os; Que, o assaltante tirou do declarante e de seu colega um relógio e cinco reais e mais dois reais, respectivamente, apontando sua arma para as vítimas pedindo uma arma, e diante da afirmativa do declarante de não possuir armas em casa, o assaltante revirou o guarda-roupas; Que, nesse instante o pai do declarante Luiz Carlos de Souza adentrou a residência e o elemento apontou a arma para seu pai mandando-o deitar-se no chão e pediu ao mesmo com insistência uma arma e diante da negativa do mesmo, deu uma coronhada de revólver em sua cabeça; Que, o declarante diz que então o assaltante foi até a porta para trancá-la, momento em que seu pai escondeu-se ao lado da porta da sala e ao assaltante entrar novamente na sala, seu pai agarrou no braço do mesmo abaixando a arma agarrando-se ao elemento, passando para a cozinha de onde o declarante ouviu o disparo da arma três vezes” (fls. 18/19).

Marcelo Constantino, que acompanhava Jean, também narrou, na etapa investigatória, que “Jean foi abrir a porta que estava apenas encostada, porém, antes de abri-la, o assaltante, já com a arma em punho e com uma meia fina envolvendo a ca-

beça, empurrou a porta e foi entrando e apontando para Jean; Que de imediato mandou o declarante e Jean para a sala onde mandou os dois deitarem no chão; Que o elemento amarrou o declarante nas mãos mandando que ficasse com os olhos para o chão, e amarrou Jean, de forma que este ficou de frente para o indivíduo; Que o assaltante perguntou por várias vezes onde estava a arma e Jean respondia que não tinha arma; Que diante dessa resposta, o elemento dirigiu-se até o guarda-roupas e começou a procurar, jogando todas as roupas no chão, retornando para perto de Jean, fazia menção de engatilhar o revólver, de cabo branco e meio prateado; Que em seguida chegou o pai de Jean, o qual quando foi entrar pela porta dos fundos, fez barulho, sendo que o elemento foi para a cozinha e trouxe, sob a mira do revólver, o Sr. Luiz Carlos, mandando-o que deitasse junto dos demais; Que neste momento perguntou para Luiz Carlos onde estava a arma, o qual respondeu que não possuía arma, assim o assaltante deferiu o golpe com o revólver na cabeça do pai de Jean; Que depois disso o elemento foi até a cozinha para fechar a porta, oportunidade em que o Sr. Luiz Carlos levantou-se e se escondeu próximo à porta da cozinha que acessa para a sala; Que quando o assaltante retornou, o seu Luiz Carlos investiu contra o mesmo, entrando em luta” (fls. 20/21).

Luiz Carlos, também vítima, mencionou os fatos de forma idêntica na polícia, confirmando que “ao chegar em casa bateu na porta como de costume, porém quem abriu foi um elemento desconhecido, com uma meia fina envolvendo a cabeça e com



uma arma em punho já apontando para o declarante; Que este elemento fez sinal para o declarante entrar e mandou que deitasse na sala juntamente com seu filho Jean Carlos e o amigo deste, amarrados com uma calça (...) Que o elemento perguntava para o declarante onde estava sua arma, tendo o declarante respondido que não possuía armas e pediu calma ao elemento, oportunidade em que este lhe desferiu uma coronhada na cabeça; Que depois de agredi-lo com uma coronhada, o indivíduo foi até a cozinha, pois ouviu um barulho, instantane em que o declarante que estava imobilizado apenas pela ameaça da arma, levantou-se e se escondeu próximo da porta da cozinha, assim que o assaltante retornou, o declarante se lançou contra o elemento, segurando a mão do mesmo que segurava a arma; Que caíram para o lado da cozinha, sendo que disparou três tiros, sendo que dois atingiram a coxa direita do declarante; Que continuaram a luta corporal, tendo o elemento tentado disparar mais tiros contra o declarante, porém a arma falhou; Que em razão da arma ter falhado, o elemento desferiu um golpe com o revólver na boca do declarante, ocasião em que o elemento fugiu, sendo que o revólver caiu no chão” (fls. 12/13).

Verifica-se que a decisão impugnada tomou como base para a condenação os depoimentos constantes nos autos, os quais se mostraram firmes no sentido de como efetivamente se desenvolveu a empreitada delituosa.

Muito embora a assertiva do revisionando de que não possuía a intenção de ceifar a vida da vítima ou lesioná-la, tendo atirado somente para

“assustar”, tal argumento não permite a desclassificação para a tentativa de roubo circunstanciado pelo uso de arma de fogo, pois da sua conduta resultou a lesão corporal grave descrita no Auto de Exame de Corpo Delito de fl. 14, da qual foi vítima Luiz Carlos de Souza.

Bem verdade é que assim agindo, o requerente automaticamente assumiu o risco de qualquer desenlace, em virtude da indivisibilidade do delito em foco, pouco importando o fato de a vítima Luiz, reagindo à violência contra si empregada, ter atacado Claudionir pelas costas.

Aliás, o comportamento do revisionando demonstra que se não pretendia o resultado final verificado (lesões corporais), pelo menos assumiu o risco de produzi-lo.

Sobre o assunto, como ensina Nelson Hungria, “trata-se de condição de maior punibilidade, em razão da maior gravidade do resultado. Irrelevante, portanto, seja este voluntário ou involuntário. Para a responsabilização penal basta que o agente haja dado causa à agravação” (Comentário ao Código Penal — vol. VII).

O requerente não provou que os disparos da arma de fogo se deram acidentalmente. Pelo contrário, admitiu que os desferiu justamente para assustar a vítima. Assim de imediato já se destaca o seu dolo em causar lesões à vítima, pois somente desse modo poderia desvencilhar-se e fugir, como o fez.

Mesmo que os disparos tenham-se originado em razão da reação do ofendido à agressão, o sentenciado contribuiu efetivamente para o resultado verificado, sabendo que os

vários tiros de revólver iriam lesionar a vítima. Por isso, impossível se atender ao pleito em questão, sob a assertiva de que o revisionando objetivava tão-somente a subtração de bens.

De mais a mais, confirmando que a consumação do roubo não se concretizou por circunstâncias alheias à vontade de Claudionir, os depoimentos relatam de maneira uniforme que, ao tentar escapar, o acusado pulou o muro e deixou cair o relógio e o dinheiro que havia surrupiado das vítimas (Termo de Apreensão de fls. 15), fato suficiente a comprovar que não teve a posse mansa e pacífica dos bens subtraídos.

Assim, nota-se que a prova cogitada é mais do que suficiente para autorizar a condenação pelo crime do art. 157, § 3º, 1ª parte, c/c art. 14, II, do Código Penal, e não pelo art. 157, § 2º, I, c/c art. 14, II, do CP, como postulou Claudionir, tampouco por infração ao art. 157, § 3º, *in fine*, c/c art. 14, II, do Estatuto Repressivo, eis que, não obstante evidenciado o dolo de ferir do requerente, o resultado morte não aconteceu.

Damáσιο E. de Jesus comenta sobre a infração em tela que:

“Trata-se de crime qualificado pelo resultado em que o roubo é punido a título de dolo, enquanto as lesões graves admitem, em regra, dolo ou culpa (pretebdolo)” (*Código Penal Anotado*, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, pág. 568).

Sendo delito preterdoloso, não há como se analisar se o agente na subtração, ao empregar a violência contra a pessoa tinha o dolo ou não de matar, sendo necessário observar-se o resultado que causou com a

agressão, lesão corporal grave ou morte, a fim de tipificar a conduta na primeira ou segunda parte do § 3º do art. 157 do Código Penal.

Luiz Penteadó de Carvalho, *in Furto, Roubo e latrocínio*, ensina que:

“O aumento da pena decorre tão-somente do resultado da violência, conforme estabelece o aludido dispositivo legal, cuja redação não enseja a menor dúvida nesse sentido, de modo que, mesmo na hipótese em que o ato violento tenha sido praticado sem a vontade daquele resultado — lesão corporal grave — e, repita-se, o mesmo raciocínio é válido quando da violência resultar a morte da vítima, aplicando-lhe, então, o disposto na 2ª parte do § 3º, persistindo o aumento penal” (Curitiba: Juruá, pág. 32).

Ademais, e ainda que seja incontestado a autoria do crime e que tenha confessado o revisionando o seu intento de subtrair os pertences das vítimas, não consta dos autos prova suficiente de que agiu imbuído com a vontade de tirar a vida do ofendido, que resultou tão-somente lesionado.

Dessa forma, mostra-se mais adequado ao caso a desclassificação para o delito descrito no art. 157, § 3º, 1ª parte, na sua forma tentada, pois é certo que o elemento subjetivo que conduziu o agente foi o dolo de lesionar, e o resultado do desfecho dos tiros de revólver para assustar a vítima foram as lesões corporais graves já atestadas.

Sendo inegável que o resultado ocasionado foi decorrente da ação voluntária e consciente do revisionando em ferir o ofendido para livrar-se dele e satisfazer a almejada subtração de bens, deve incidir em seu desfavor a

condenação pelo crime de tentativa de roubo agravado pelo resultado lesão corporal grave.

E, em caso semelhante, já se decidiu, leia-se:

“Direito penal — Roubo qualificado por lesão grave (...) Não se cogita de tentativa de latrocínio se não comprovado o intento homicida no ato de disparar contra a vítima, recaindo a tipicidade na figura descrita no art. 157, § 3º, 1ª parte (...)” (TJDF, Ap. Crim. n. 99.01.1066935-2, de Brasília, rel. designado Des. George Lopes Leite, j. em 8/6/2000).

Do mesmo Sodalício, extrai-se:

“Penal — Tentativa de latrocínio — Desclassificação para roubo qualificado pelo resultado lesão corporal de natureza grave — Inexistência da vontade dirigida conscientemente para o resultado morte — Disparo acidental de arma de fogo — Provimto.

“O legislador previu o aumento da pena do roubo, se da violência utilizada na ação resultasse lesão corporal de natureza grave ou morte. Estes resultados foram previstos objetivamente e são punidos, no mínimo, a título de culpa. Assim, verificados objetivamente a ocorrência daqueles resultados, a pena deverá, obrigatoriamente, ser majorada para os limites previstos.

“Para que o réu seja condenado por tentativa de latrocínio, mister esteja presente o *animus necandi*. Ocorrendo disparo acidental de arma e advindo para a vítima lesões de natureza grave, deve ser ele condenado nas penas do art. 157, § 3º, 1ª parte, do Código Penal” (Ap. Crim. n.

99.04.003812-6, rel. Des. Natanael Caetano, j. em 3/8/2000).

Assim, diante de tal quadro, presente a intenção de roubar seguida do exercício da violência física contra a pessoa da vítima, da qual resultaram lesões corporais graves, ainda que não consumada a subtração patrimonial almejada, tipificado está o delito estabelecido no art. 157, § 3º, 1ª parte, c/c art. 14, II, do Código Penal.

3 — Passa-se, então, à aplicação da pena.

Considerando as circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do Código Penal, já devidamente sopesadas na decisão condenatória revista, verifica-se a presença de maus antecedentes, além de conduta social e personalidade malformadas do revisiando, autorizando a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Logo, aplica-se, na primeira fase, a reprimenda de 8 (oito) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 30 (trinta) dias-multa.

Na segunda etapa não há agravantes a se considerar. Dada a presença da atenuante da menoridade, diminui-se a sanção em 6 (seis) meses.

Inexistindo causas especiais de aumento, na terceira fase, destaca-se o reconhecimento da figura disposta no art. 14, II, do Estatuto Repressivo e tendo em vista o *iter criminis* percorrido, justifica-se a diminuição no patamar de 1/3, visto que a subtração quase se efetivou, chegando o delito de roubo próximo o bastante da consumação. Sendo assim, resta definitiva a sanção em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime semi-aberto, e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, cada dia no valor de um

trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do crime.

4 — Quanto ao pedido de fixação de honorários advocatícios, em razão do exercício da defensoria dativa, deve ser deferido.

A Lei Complementar n. 155 de 15 de abril de 1997 preceitua em seu artigo 12 que:

“A remuneração do Assistente Judiciário e do Defensor Dativo, nomeados na forma estabelecida nesta Lei Complementar, para propor ou contestar ação cível, promover a defesa do acusado em processo crime ou defender criança e adolescente, nos processos em que se fizer necessária a intervenção do advogado, será fixada pelo Juiz, na sentença final, com base na tabela de honorários da OAB/SC, em URH's (Unidade Referencial de Honorários) cuja tabela faz parte do Anexo desta Lei, em razão da espécie do procedimento”.

Referida tabela, no tocante à assistência judiciária na área criminal,

estipula que a defesa em pedido de revisão criminal, como no caso em tela, será remunerada com 10 (dez) URH's, motivo pelo qual nesse *quantum* são fixados os honorários da advogada subscritora da revisional.

5 — Diante do exposto, deferre-se parcialmente o pedido revisional para reclassificar o delito, adaptando-se a pena, e para se fixar os honorários advocatícios.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite, Solon d'Eça Neves, Irineu João da Silva, Torres Marques, Amaral e Silva e Genésio Nollí, e lavrou o parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 31 de outubro de 2001.

*Alberto Costa,*  
*Presidente com voto;*  
*Jorge Mussi,*  
*Relator.*

## QUEIXA-CRIME

### QUEIXA-CRIME N. 00.024643-3, DE SÃO CARLOS

Relator: Des. Jorge Mussi

*Ação penal privada — Calúnia — Advogado e seu constituinte — Evidente intenção do causídico em defender os interesses de seu cliente, narrando os acontecimentos que lhe foram informados, relacionados com o objeto da discussão, os quais se encontram documentalmente comprovados — Exegese do art. 23, III, do CP, e do art. 133 da Constituição Federal — Defendido que se limitou a noticiar ao seu procurador os fatos de que tinha ciência sobre as atitudes do querelante na vida profissional, e que guardavam correlação com a causa em trâmite — Propósito de ofender não caracterizado — Ausência de dolo de caluniar — Rejeição da queixa que se impõe — Exegese do art. 43, I, do CPP.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Queixa-Crime n. 2000.024643-3, da comarca de São Carlos, em que é querelante Paulo Ricardo Ramos da Silva, sendo querelados M. J. S. de S. e Gilson Soares de Souza:*

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal Pleno, por votação unânime, com fundamento no art. 43, I, do CPP, rejeitar a queixa.

Custas na forma da lei.

1 — Na comarca de São Carlos (Vara Única), Paulo Ricardo Ramos da Silva, advogando em causa própria, ofertou a presente Queixa-Crime contra Gilson Soares de Souza, também advogado, imputando-lhe a prática do crime tipificado no artigo 138, *caput*, do Código Penal, porque, segundo narra a inicial acusatória de fls. 2 a 9, teria atribuído, falsa e “deliberadamente ao querelante, a responsabilidade pela prática de diversos fatos (determinados), tidos pelo ordenamento jurídico vigente como ‘criminosos’, dentre os quais:

“a) de atentar ‘contra a honra’ do juiz de direito Hélio do Vale Pereira;

“b) de atentar ‘contra a honra’ da promotora de justiça Vânia Augusta Cella Piazza, amásia do promotor de justiça (inativo) Alcides Herdt;

“c) de atentar ‘contra a honra’ do advogado João Mergen;

“d) de atentar ‘contra a liberdade pessoal’ da serventuária de justiça Jussara Pitt;

“e) de atentar ‘contra a honra’ do promotor de justiça (inativo) Alcides Herdt, amásio da promotora de justiça Vânia Augusta Cella Piazza e inimigo declarado do médico Pedro Augusto Ramos da Silva;

“f) de atentar ‘contra a honra’ do promotor de justiça Alexandre Herculano Abreu;

“g) de atentar (outra vez) ‘contra a honra’ do promotor de justiça M. J. S. de S., irmão do querelado; e

“h) de atentar ‘contra a honra’ do juiz de direito Luiz Antônio Zanini Fornerolli”.

“(…)”.

A queixa-crime foi aditada às fls. 48/56, para incluir M. J. S. de S., Promotor de Justiça, dando-o também como incurso nas penas do art. 138, *caput*, do CP, por acreditar que ele agiu em co-autoria com o primeiro querelado, o advogado Gilson Soares de Souza, pelos mesmos fatos e fundamentos da queixa acima mencionada.

Diante de tal aditamento e em razão da prerrogativa de foro que possuem os membros do Ministério Público, o Juízo *a quo* remeteu os autos a esta superior instância, competente para o julgamento e processamento do feito, a teor do disposto no art. 40, inciso IV, da Lei n. 8.625/93, art. 83, inciso XI, alínea *b*, da Constituição Estadual, e art. 87, inciso XXI, alínea *a*, do CDOJESC (fl. 60).

Nesta superior instância, distribuídos originariamente ao Exmo. Sr. Desembargador Gaspar Rubik, este determinou a intimação dos acusados para que, nos termos do art. 4º da Lei n. 8.038/90, oferecessem resposta (despacho de fl. 67).

Os querelados, em sua resposta, argumentaram, preliminarmente, a impossibilidade de recebimento da queixa, posto que seu desacerto é tão evidente que está a motivar sua rejeição com fundamento em todos os incisos do art. 43 do CPP, uma vez que: a) o fato narrado não constitui crime; b) já está extinta a punibilidade dos acusados, pela decadência; c) é Gilson Soares de Souza parte ilegítima para integrar o pólo passivo da demanda. Assim, requereram a rejeição de plano da inicial acusatória. Na oportunidade, juntaram os documentos de fls. 138/189.



Redistribuídos a este Relator, em razão da conexão com a Exceção de Verdade n. 00.0231464-7, de São Carlos (fl. 191), abriu-se vistas ao querelante e ao *Parquet ad quem* para que se manifestassem sobre os documentos juntados com a resposta (despacho fl. 193).

Embora devidamente intimado, não houve qualquer manifestação do querelante acerca da documentação trazida a lume com a resposta dos acusados (certidão de fl. 197).

O Ministério Público *ad quem*, por seu turno, pleiteou o apensamento do Processo Crime n. 059.97.000362-3, a fim de que pudesse analisar a acentuada ocorrência da decadência do direito de propor a ação penal privada, devendo, na seqüência, retornar os autos àquela Procuradoria para manifestação, o que foi deferido (despacho de fls.).

Juntados os autos requisitados, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela rejeição da queixa crime proposta, bem como de seu aditamento, pois extinta encontra-se a punibilidade dos agentes, pela decadência.

A conciliação já foi proposta (fl. 16) e rejeitada em primeira instância pelos querelados (fls. 23/26).

É o relatório.

2 — Merece rejeitada liminarmente a inicial acusatória, porquanto nem de longe vislumbra-se, na conduta dos acusados, fato típico e antijurídico a ser punido.

Para melhor compreensão dos fatos que ensejaram o ajuizamento da presente queixa, mister fazer um re-

sumo dos acontecimentos que a antecederam.

Extrai-se dos autos do Processo Crime n. 059.97.000362-3, em trâmite perante a Vara Única da comarca de São Carlos, e por ora neste Tribunal, em razão do ajuizamento de Exceção da Verdade que aqui tomou o n. 00.021.464-7, de São Carlos, a mim distribuída, que o querelante, Paulo Ricardo, por força de representação do querelado, Promotor de Justiça, foi denunciado por violar o disposto no art. 138, *caput*, do CP.

Devidamente citado e interrogado, apresentou o querelante sua defesa prévia e, na seqüência, “Exceção da Verdade”, da qual houve contestação pelo Promotor de Justiça ora querelado, por intermédio de seu procurador e também aqui querelado, Gilson Soares de Souza, em que assim foi mencionado:

“Todavia, embora sem ligação direta com os fatos aqui noticiados, não se pode deixar de registrar que a imputação de ofensas a terceiros (advogados, juízes e promotores) é prática costumeira do advogado excipiente, que frente a uma argumentação ou decisão desfavorável desfecha insultos e confere interesses pessoais a diversas pessoas, no afã de buscar uma absolvição e quiçá uma justificativa para as atitudes de seu irmão e cliente.

“Apenas para ilustrar, assim foi nos autos de execução promovida contra o irmão do advogado (excipiente), o mesmo atribui o resultado desfavorável aos interesses pessoais do magistrado Hélio do Vale Pereira na solução da causa (doc. 1).

“Do mesmo modo, com relação à Promotora de Justiça Vânia Cella

Piazza o referido advogado atribui interesses pessoais ocasionando inclusive instauração de inquérito policial (doc. 2).

“Além de ofensas a magistrados e promotores de justiça, o excipiente não poupa nem os colegas de profissão consoante se denota na execução em que ataca o advogado João Mergen (doc. 3).

“Não bastante isto, o ilustrado Magistrado Sérgio Ramos requisitou instauração de inquérito policial contra tal advogado (excipiente) para apuração da responsabilidade criminal por ameaças telefônicas dirigidas à funcionária Sara, serventuária da justiça (doc. 4).

“Agora, em sede de razões de apelação no Processo Crime n. 1.330/95 em que seu irmão foi condenado, o excipiente insurge-se contra todos, suscitando que o Promotor de Justiça Alcides Herdt (aposentado) persegue seu cliente e ostenta grande influência sobre os juízes de direito e promotores de justiça da região, imiscuindo inclusive na vida privada do mesmo consoante se vê na documentação anexa.

“Além disso, na peça em comento, o advogado avulta que o Ministério Público (na época através do Promotor de Justiça Alexandre Herculano Abreu) orientou a vítima do Processo Crime n. 1.330/95 para que fizesse alegações falsas no propósito de dissimular situação diversa à existente.

“Continuando com as investidas, o advogado volta a caluniar o excepto, imputando novamente condutas criminosas, desta vez, segundo ele em conluio com o magistrado Luiz

Antônio Zaninni Fornerolli (todas as narrativas estão destacadas no documento 5 anexo).

“Por certo, não é à toa que ao ser interrogado o advogado Paulo Ricardo Ramos da Silva, declarou que já foi preso e processado.

“E seu irmão, de sua vez, responde a 4 processos criminais, sendo que um deles já julgado pelo Tribunal de Justiça confirmando a sentença condenatória de primeiro grau.

*“De qualquer modo, tais registros não são a essência da contestação servindo apenas para demonstrar a personalidade e as manobras desenvolvidas pelo advogado, que sob o pálio de defensor de seu irmão imagina estar imune à responsabilidade penal”* (fls. 12/13 e fls. 67/68 dos autos em apenso — o grifo é nosso).

Como se sabe, “a sistemática penal brasileira aderiu, após o advento da Lei n. 7.209, de 1984, à teoria finalista da ação, criada por Welzel”, e, “segundo o postulado pela consagrada doutrina, a intenção ou finalidade do agente em determinado comportamento é de transcendental importância, uma vez que o dolo integra a própria conduta típica”, ou seja, “a intenção do agente faz parte do tipo. Este, portanto, além da descrição objetiva, também está impregnado de fatos subjetivos” (RJDTACrimSP 14/222).

E, no caso em exame, nota-se, logo de início e sem maiores esforços, a ausência do elemento subjetivo do injusto na conduta dos querelados, qual seja, o dolo específico consistente na vontade de imputar a outrem, falsamente, a prática de crime.

Evidente que os querelados não agiram com vontade livre e consciente de ofender a honra objetiva do advogado subscritor da presente inicial acusatória, posto que o primeiro querelado, Gilson, na qualidade de advogado, limitou-se a reproduzir em sua peça processual, a título ilustrativo, diga-se, as informações que guardavam correlação com a causa em trâmite sobre a conduta profissional do ora querelante, que obteve de seu cliente, o Promotor M. J. S. de S., o qual, por sua vez, igualmente cingiu-se a noticiar ao seu procurador os fatos de que tinha notícia sobre as atitudes do querelado na vida pública e profissional, juntando, inclusive, os documentos de fls. 72 a 100, que amparam as afirmações e que dão conta da veracidade das assertivas.

Manifestando-se acerca da audiência de conciliação designada nestes autos, os querelados assim deixaram consignado sobre os fatos em exame:

“Na verdade, o que o digno Promotor referiu foi que houve requisição de instauração de inquérito policial contra o querelante por determinação do Juiz Sérgio Ramos, o que, inclusive, foi documentalmente comprovado.

“Todavia, jamais disse que o advogado teria praticado tal conduta, o que notadamente afasta a incidência típica.

“Com relação aos demais fatos, o texto contido na resposta à exceção cingiu-se a declarar que frente a decisões desfavoráveis, o advogado respondia com insultos aos profissionais que laboravam no processo.

“Contudo, jamais disse o Promotor que o advogado teria cometido crime contra a honra (calúnia, difamação ou injúria) de qualquer deles, mormente porque tal avaliação compete ao ente ofendido” (fl. 24 destes autos).

Resta claro que o advogado subscritor da referida peça processual, assim como o seu defendido, agiram com *animus narrandi* e *defendendi* e não com *animus caluniandi*, ao relatar ao Juízo a ocorrência de outras situações constrangedoras envolvendo o advogado ora querelante semelhantes à narrada na denúncia, na qual este figura como réu e como vítima o ora querelado M. J. S. de S., acontecimentos geralmente ligados a processos que tramitavam contra o irmão do ora querelado, do qual era defensor.

Esse é o posicionamento de Julio Fabbrini Mirabete, leia-se:

“Não existirá calúnia quando o agente atuar com *animus jocandi*, ou seja, vontade de gracejar, pilheriar, caçoar (RT 492/355); com *animus consulendi* (vontade de aconselhar ou informar, espontaneamente ou por solicitação de outrem); com *animus narrandi* (vontade de relatar o fato singelamente, sem intenção de ofender) (RT 527/381; JTACrimSP 53/453, 54/382, 57/338), tal como nos casos de testemunha judicial (JTACrimSP 51/435; JSTJ 34/218; RT 608/351) ou na CEI (Comissão Especial de Inquérito) (RJDTACrim 7/221) ou de solicitação de providências à Polícia, indicando suspeitos ou testemunhas com vista ao esclarecimento do crime de que tem interesse em ver apurado (RT 511/422); de *animus defendendi*, de defender em processo (JTACrimSP

66/135, 70/165; RT 489/349, 630/321, 634/330), em especial ao ser interrogado (RT 489/377).

“Em resumo, se o ânimo, de sîgnio ou o móvel que impele à manifestação do pensamento representa, de algum modo, o exercício regular de direito ou o cumprimento de dever jurídico (*animus defendendi* no debate judiciário; *animus corrigendi vel disciplinandi* no exercício do pátrio poder, tutela, instrução ou educação; *animus consulendi* na liberdade de crítica, ou no dever de informar ou dar parecer etc.), não haverá crime contra a honra a punir (RT 540/320)” (Manual de Direito Penal, 8ª ed., Atlas: São Paulo, 1994, vol. 2, pág. 141).

Assim, agiu Gilson no exercício regular de seu direito, que era o de defender seu constituinte, já que os fatos narrados na petição que deu ensejo à presente queixa, além de estar diretamente relacionados com o objeto da discussão, encontram-se impregnados de *animus narrandi* e *defendendi*, este último assegurado constitucionalmente pelo artigo 133 da Carta Magna, o qual é peremptório no sentido de que o advogado é “inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”, imunidade judicial que encontra reforço ainda no Estatuto da OAB, em seu artigo 7º, § 2º.

Na lição de Damásio E. de Jesus:

“A Constituição Federal de 1988, em seu art. 133, tornou o advogado ‘inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei’. Concedeu-lhe a imunidade penal judiciária (material), semelhante à dos parlamentares (CF,

art. 53, *caput*). Trata-se de causa de isenção profissional de pena, com efeito extintivo da punibilidade (da pretensão punitiva). Significa que não responde por eventuais delitos contidos em seus atos e manifestações orais e por escrito (petições, razões, debates etc.), como a calúnia, a difamação, a injúria e o desacato. Impede o inquérito policial e a ação penal. Exige-se estreita relação entre a eventual ofensa e o exercício da profissão (defesa de um direito). A indenização não pretende liberar abusos, tanto que a disposição constitucional a impõe ‘nos limites da lei’” (Código Penal Anotado, Saraiva: São Paulo, pág. 383).

A imunidade judicial dos advogados, com o advento da Constituição Federal, tornou-se, portanto, muito mais abrangente, compreendendo não somente os delitos de difamação e injúria, a teor do art. 142, I, do Código Penal, como também o de calúnia, como se infere dos entendimentos jurisprudenciais adiante colacionados:

“Crime contra a honra.

“Imunidade do advogado — Defesa do cliente — Ocorrência — Entendimento:

“Crime contra a honra.

“Advogado no cumprimento da defesa técnica de seu cliente — Caracterização — Inocorrência:

“— A imunidade judiciária do advogado prevista no art. 133 da Constituição Federal de 1988 não se restringe, atualmente, apenas aos crimes de difamação e injúria, mas abrange também o crime de calúnia, desde que esteja relacionado com o exercício da advocacia, em defesa do direito do cliente.

— O advogado que, agindo em estrito cumprimento de seu dever legal e, na defesa de seu cliente, se limita a mencionar fatos indispensáveis à fundamentação da tese proposta em Juízo, não pratica crime contra a honra, pois segundo o art. 23, III, do CP e art. 133 da Constituição Federal, a intenção de defender exclui a de caluniar” (RJDTACrimSP 14/221).

No mesmo sentido, *vide* RJDTACrimSP, vol. 22, página 446.

E, deste Tribunal, colhe-se o seguinte julgado que, embora antigo, ilustra com propriedade a situação em exame:

“Recurso em sentido estrito. Não recebimento de queixa-crime. Crime contra a honra proferido por escrito por advogado no exercício de sua profissão. *Animus defendendi* que neutraliza o *animus caluniandi* ou *injuriandi*. Entendimento do art. 23, III, do CP, e do art. 133 da Carta Constitucional. Recurso desprovido” (RCR n. 9.403, da Capital, rel. Des. Ayres Gama).

Mais recentemente, decidiu-se:

“(…)”

“Calúnia e difamação — Fatos narrados em petição na esfera civil — Expressões diretamente ligadas com o objeto da discussão da lide — Imunidade — Falta de justa causa para a deflagração criminal.

“Ordem concedida” (HC n. 98.006478-3, de Balneário Camboriú, deste Relator, j. em 15/9/98).

No mesmo vértice:

“Penal — Crime contra a honra — Calúnia — Ausência de dolo específico — Recurso desprovido.

‘Não há crime de calúnia quando o sujeito pratica o fato com ânimo diverso, como ocorre nas hipóteses de *animus narrandi*, *criticandi*, *defendendi*, *retorquendi*, *corrigendi* e *jocandi*’ (STJ — Ação Penal — rel. Min. Bueno e Souza — RTSTJ 34/237).

“Para a configuração dos crimes contra a honra se faz necessário que exista a intenção livre e consciente de caluniar, isto é, da existência do dolo específico” (Ap. Crim. n. 97.005269-3, de São José do Cedro, rel. Des. Amaral e Silva, j. em 26/2/98).

À advocacia, nobre atividade privada que, indiretamente, revela-se um múnus público, é garantida a imunidade penal ou judiciária, nos termos do art. 133 da Constituição Federal, como já dito, eis que, no exercício da profissão, os advogados utilizam como instrumento a linguagem, as palavras, símbolos que transmitem o pensamento humano, as idéias, meio pelo qual se operam na sociedade as mais profundas mudanças e que é, antes de tudo, um fenômeno cultural.

Dessa forma, os excessos de linguagem porventura cometidos no exercício da advocacia, quando necessários ou justificáveis, são escusados pelo ordenamento jurídico, pois uma punição nesses casos poderia significar, em verdade, um cerceamento ao direito de ampla defesa, assegurado pelo art. 5º, inciso LV, da Carta Magna, e que se traduz numa garantia fundamental dos litigantes no processo. Mas, é claro, observados os limites da lei, que, repise-se, não foram extrapolados nem pelo advogado subscritor da peça processual em exame, nem por seu defendido, posto

que o primeiro limitou-se a reproduzir as palavras de seu cliente, embasando-se, ademais, em material probatório constante dos autos em que funcionava como advogado, e que se apresentam em total consonância com o relatado por seu cliente.

Quanto ao segundo querelado, igualmente não há falar em dolo de ofender ou caluniar, pois também somente agiu na intenção de defender-se dos fatos articulados pelo ora querelante na “Exceção da Verdade”, e não com o dolo de caluniar, como se pode perceber tanto da referida peça, a qual veio instruída com documentação mais que suficiente para comprovar que os fatos nela articulados tinham suporte e que correspondiam à verdade (fls. 72/100 dos autos da Exceção da Verdade), assim como nos depoimentos que prestou perante o Juízo de primeira instância (fls. 127, 178 e 206 da “Exceção da Verdade”).

E, como ensina Damásio E. de Jesus, primeiramente lecionando sobre o ânimo de narrar:

“Se a intenção do sujeito é apenas de narrar um fato (*animus narrandi*), descrevendo sem vontade tendenciosa o que viu ou ouviu, não há os elementos subjetivos do tipo” (ob. cit., 10<sup>a</sup> ed., 2000, pág. 464).

E, sobre o ânimo de defesa:

“A conduta defensiva também não constitui crime. É o caso de o sujeito, para defender um direito, necessitar cometer um fato que configura, em tese, delito contra a honra. Nesta hipótese, não há crime por ausência de ilicitude (*animus defendendi*)” (ob. cit., pág. 464).

Da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nesse diapasão:

“Nos delitos contra a honra, é necessário, além do dolo, o propósito de ofender (*animus*) que inexistente se ocorre o mero *animus narrandi*” (REsp n. 118.417/DF, rel. Min. Félix Fischer, DJU de 25/2/98, pág. 97).

E mais:

“Não há calúnia sem dolo e o *animus defendendi* não se concilia com o dolo. Logo, onde não há o fim de ofender não há calúnia” (REsp n. 20.058/RJ, rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 13/10/92, pág. 17.700, LEX STJ vol. 41, pág. 309).

Para finalizar, colaciona-se decisão da Suprema Corte:

“Calúnia — Ofensa irrogada por uma das partes na discussão da causa — (...) Assunto relacionado com o objeto de ação cível — Reconhecimento da exclusão da criminalidade prevista no art. 142, I, do CP — Ação penal trancada — Recurso de *habeas corpus* provido — Inteligência dos arts. 138 e 139 do referido estatuto.

“Do benefício de licitude excepcional previsto no art. 142, I, do CP podem gozar as partes e seus procuradores, compreendidos, pois, todos os que participam diretamente do debate processual, inclusive o Ministério Público e os advogados regularmente constituídos para representação em juízo. As expressões ofensivas podem ser trocadas entre eles ou dirigidas a qualquer outro, desde que satisfeita a condição de que se relacionem com a causa em andamento” (RT 585/411).

Por fim, não é demais lembrar que os gravames e prejuízos trazidos a quem sofre uma ação penal são incalculáveis, e se desde logo se ressumbra que os agentes sequer em tese violaram a figura tipo contra eles



assestada, deve-se de plano rejeitar a acusação proposta, restabelecendo-se a dignidade dos cidadãos acusados.

Assim, restando comprovado sem qualquer dúvida que os querelados não tiveram o propósito de caluniar ou ofender o *status dignitatis* do querelante, tendo agido o primeiro exclusivamente no intuito de defender os interesses de seu cliente, e o segundo os seus próprios interesses, manifesto que não agiram com o dolo exigível para a configuração da figura típica prevista no art. 138 do Código Penal, já que estavam ambos imbuídos de *animus narranti* ou *defendendi*, quando noticiaram, no curso de processo criminal, acontecimentos que julgaram relevantes para a solução da lide em que é réu o querelante e vítima o querelado M. J. S. de S., e em que o outro querelado *gilson* atuava como advogado deste, flagrante a falta de tipicidade nas suas ações, ra-

zão pela qual a rejeição da queixa é medida que se impõe, nos precisos termos do art. 43, I, do CPP.

3 — Diante do exposto, com fundamento no art. 43, I, do CPP, rejeita-se a queixa-crime proposta.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik, Pedro Manoel Abreu, Sérgio Paladino, João Martins, Francisco Oliveira Filho, Alberto Costa, Amaral e Silva, Anselmo Cerello e Genésio Nolli, oficiando pela Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. José Galvani Alberton.

Florianópolis, 21 de novembro de 2001.

*João José Schaefer,*  
*Presidente;*  
*Jorge Mussi,*  
*Relator.*

**JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL**



## HABEAS CORPUS

### HABEAS CORPUS N. 80.511-6/MINAS GERAIS

**Relator: Min. Celso de Mello**

**Paciente: Itamar Augusto Cautiero Franco**

**Impetrante: João Batista de Oliveira Filho**

**Coator: Relator da Ação Penal Originária n. 170/mg  
do Superior Tribunal de Justiça**

#### *EMENTA:*

*Habeas corpus — Governador de Estado — Instauração de persecução penal — Competência originária do Superior Tribunal de Justiça — Necessidade de prévia autorização a ser dada pela Assembléia Legislativa do Estado — Exigência que decorre do princípio da federação — Habeas corpus deferido.*

*Princípio republicano e responsabilidade plena dos governantes.*

*— A responsabilidade dos governantes tipifica-se como uma das pedras angulares essenciais à configuração mesma da idéia republicana (RTJ 162/462-464) A consagração do princípio da responsabilidade do Chefe do Poder Executivo, além de refletir uma conquista básica do regime democrático, constitui consequência necessária da forma republicana de governo adotada pela Constituição Federal.*

*O princípio republicano exprime, a partir da idéia central que lhe é subjacente, o dogma de que todos os agentes públicos — os Governadores de Estado e do Distrito Federal, em particular — são igualmente responsáveis perante a lei.*

*Responsabilidade penal do Governador do Estado.*

*Os Governadores de Estado — que dispõem de prerrogativa de foro racione muneris, perante o Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, a) — estão sujeitos, uma vez obtida a necessária licença da respectiva Assembléia Legislativa (RTJ 151/978-979, RTJ 158/280 — RTJ 170/40-41 — Lex/Jurisprudência do STF 210/24-26), a processo penal condenatório, ainda que as infrações penais a eles imputadas sejam estranhas ao exercício das funções governamentais.*

*Controle legislativo da persecução penal instaurada contra Governador de Estado.*

*— A jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal, atenta ao princípio da Federação, impõe que a instauração de persecução penal, perante o Superior Tribunal de Justiça, contra Governador de Estado, por supostas práticas delituosas perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública ou de iniciativa privada, seja necessariamente precedida de autorização legislativa, dada pelo Poder Legislativo local, a quem incumbe, com fundamento em juízo de caráter eminentemente discricionário, exercer verdadeiro controle político prévio de qualquer acusação penal deduzida contra o Chefe do Poder Executivo do Estado Membro, compreendidas, na locução constitucional “crimes comuns”, todas as infrações penais (RTJ 33/590 — RTJ 166/785-786), inclusive as de caráter eleitoral (RTJ 63/1 — RTJ 148/689 — RTJ 150/688-689), e, até mesmo, as de natureza meramente contravencional (RTJ 91/423).*

*Essa orientação — que submete, à Assembléia Legislativa local, a avaliação política sobre a conveniência de autorizar-se, ou não, o processamento de acusação penal contra o Governador do Estado — funda-se na circunstância de que, recebida a denúncia ou a queixa-crime pelo Superior Tribunal de Justiça, dar-se-á a suspensão funcional do Chefe do Poder Executivo estadual, que ficará afastado, temporariamente, do exercício do mandato que lhe foi conferido por voto popular, daí resultando verdadeira “destituição indireta de suas funções”, com grave comprometimento da própria autonomia político-institucional da unidade federada que dirige.*

## ACÓRDÃO

*Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do*

*Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de*

votos, em deferir o pedido de habeas corpus, para invalidar a decisão questionada e assegurar, ao paciente, o direito de apresentar a resposta, a que se refere o art. 4º da Lei n. 8.038/90, somente após a eventual concessão, por parte da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, da pertinente e necessária autorização.

Brasília, 21 de agosto de 2001.

Celso de Mello,  
Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O Senhor Ministro Celso de Mello — (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, que, *impetrado* em favor de Itamar Augusto Cautiero Franco, Governador do Estado de Minas Gerais, tem por finalidade *garantir*, ao ora paciente, “o direito de apresentar a resposta prevista no art. 4º da Lei n. 8.038/90 somente após a necessária manifestação da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais (fl. 17 — grifei).

Aponta-se, como autoridade coatora, o eminente Ministro-Relator da Ação Penal Originária n. 170/MG, ora em curso perante o eg. Superior Tribunal de Justiça.

Sustenta-se, na presente impetração, em síntese, que (fls. 3/5):

“1. O Ministério Público Federal, por requisição do Ministro da Justiça, formulou denúncia em face do agravante, Governador do Estado de Minas Gerais, pela imputada prática dos delitos previstos nos artigos 21 e 22 da Lei n. 5.250/67 (Lei de Imprensa), tendo por suposto ofendido o Mi-

nistro Chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, Alberto Mendes Cardoso (fls. 5/7).

“2. Apresentada a denúncia, o eminente relator, Min. Fontes de Alencar, assim determinou à fl. 36:

‘Notifique-se o acusado para oferecer resposta no prazo de quinze dias. Expeça-se, para o cumprimento da determinação acima, a necessária carta’.

“3. Considerando que, na espécie, e *imprescindível a prévia manifestação da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais*, cuidou o ora requerente de interpor, na forma do art. 258 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, agravo regimental para a Corte Especial, com pedido expresso de recebimento do recurso no efeito suspensivo.

“4. O eminente relator assim considerou:

‘Mantenho a decisão agravada.

‘Não há conceder-se efeito suspensivo a agravo regimental’.

“(…)

“6. Por outro lado, interposto agravo regimental, o recurso foi recebido apenas em seu efeito devolutivo, razão pela qual encontra-se em curso o prazo para apresentação da resposta prevista no art. 4º da Lei n. 8.038/90 por parte do paciente, razão pela qual o novo despacho proferido caracteriza também evidente constrangimento ilegal, o qual somente poderá ser sanado por esse Colendo Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua competência, nos estritos termos do que dispõe o invocado art. 102, inc. I, alínea *i*, da Constituição.



“7. O presente *habeas corpus* pretende demonstrar a nulidade do processo em face da ausência de condição de procedibilidade traduzida na necessária autorização da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais para o início da ação penal, razão pela qual o paciente encontra-se submetido a constrangimento ilegal, consistente na determinação de apresentar a resposta, sem a indispensável providência preliminar”.

A autoridade ora apontada como coatora prestou as informações que lhe foram solicitadas (fls. 95/100).

A medida liminar postulada foi por mim deferida, em decisão assim ementada (fls. 76/77):

“Governador do Estado. Instauração de *persecução penal*. Competência originária do Superior Tribunal de Justiça. *Necessidade* de prévia *autorização* a ser dada pela Assembléia Legislativa do Estado. *Exigência* que decorre do *princípio da federação*. Doutrina e precedentes do Supremo Tribunal Federal.

“— A jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal impõe que a instauração de *persecução penal*, em juízo, contra Governador de Estado, por supostas práticas delituosas perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública ou de iniciativa privada, seja necessariamente precedida de autorização legislativa dada pelo Poder Legislativo local, a quem incumbe, com fundamento em juízo de caráter eminentemente discricionário, exercer verdadeiro controle político prévio de qualquer acusação penal deduzida contra o Chefe do Poder Executivo do Estado Membro, compreendidas, na locução constitu-

cional *‘crimes comuns’*, todas as infrações penais, inclusive as de caráter eleitoral ou as de natureza meramente contravencional. Precedentes.

“— A *ratio* subjacente a essa orientação jurisprudencial vincula-se ao princípio da Federação e busca preservar a intangibilidade da autonomia estadual, impedindo, em consequência, que ocorra a suspensão provisória do exercício do mandato pelo Governador do Estado, motivada pelo recebimento judicial da denúncia ou da queixa-crime, a não ser que haja consentimento prévio emanado da Assembléia Legislativa local”.

O Ministério Público Federal, em manifestação da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Edinaldo de Holanda Borges, opinou pelo deferimento da ordem, em parecer assim ementado (fl. 103):

“Sumário: Impetração originária contra decisão de Ministro-Relator de ação penal originária em curso perante o Superior Tribunal de Justiça. Autorização da Assembléia Legislativa para o processo contra Governador de Estado. Arguição procedente. Parecer *pelo deferimento*”.

É o relatório.

## VOTO

O Senhor Ministro Celso de Mello — (Relator): Reconheço, preliminarmente, a competência originária do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a presente causa, eis que a autoridade apontada como coatora — por qualificar-se como Ministro de Tribunal Superior da União (o Superior Tribunal de Justiça, no caso) — está sujeita, em sede de *ha-*

beas *corpus*, ao controle jurisdicional imediato desta Corte, nos termos do que prescreve o art. 102, I, *i*, da Constituição da República (RT 753/511, rel. Min. Maurício Corrêa — RTJ 131/1.138, rel. Min. Moreira Alves. RTJ 147/962—963, rel. Min. Celso de Mello):

“Tratando-se de *habeas corpus* contra decisão de Ministro do Superior Tribunal de Justiça, *competete* ao Supremo Tribunal Federal processá-lo e julgá-lo, *originariamente* (art. 102, I, *i*, da CF)” (RTJ 163/298-299, rel. Min. Sydney Sanches — grifei).

Analisando, pois, o mérito da presente impetração.

O ora paciente — que é Governador de Estado — foi denunciado pelo Ministério Público Federal, perante o Superior Tribunal de Justiça, pela suposta prática dos delitos de difamação e injúria, tipificados nos arts. 21 e 22 da Lei de Imprensa, pois, segundo a peça acusatória, teria ofendido a honra do Ministro Chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, General Alberto Mendes Cardoso (fls. 19/21).

O eminente Ministro Fontes de Alencar, Relator do procedimento penal ora em curso perante o eg. Superior Tribunal de Justiça, determinou, com apoio no art. 4º da Lei n. 8.038/90, a notificação do ora paciente, “para oferecer resposta no prazo de quinze dias” (fl. 53).

O paciente em questão — por sustentar que, sem a prévia e necessária autorização da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, a causa penal contra ele instaurada não poderia ter prosseguimento no Superior Tribunal de Justiça — interpôs re-

curso de agravo contra aquele ato decisório, que, não obstante ausente o consentimento parlamentar, determinou, ainda assim, fosse o acusado notificado para oferecer resposta prévia à imputação criminal deduzida pelo Ministério Público Federal.

Buscou-se, também, naquela instância judiciária, a outorga de efeito suspensivo ao recurso em questão, em ordem a obter a “suspensão da fluência do prazo para apresentação da resposta até o julgamento do agravo regimental” (fl. 55).

Como esse pleito — concessão de efeito suspensivo ao recurso de agravo — foi denegado (fl. 72), postulou-se, perante o Supremo Tribunal Federal, o deferimento de medida liminar, para que, até o julgamento definitivo desta ação de *habeas corpus*, ficasse suspenso, no Superior Tribunal de Justiça, “o curso da Ação Penal Originária n. 170/MG...” (fl. 16).

O exame da presente impetração impõe algumas reflexões prévias, que se revelam necessárias à resolução da controvérsia ora suscitada nesta sede processual.

Todos sabemos que a responsabilidade dos governantes, num sistema constitucional de poderes limitados, tipifica-se como uma das cláusulas essenciais à configuração mesma do primado da idéia republicana, que se opõe — em função de seu próprio conteúdo — às formulações teóricas ou jurídico-positivas que proclamam, nos regimes monárquicos, a absoluta irresponsabilidade pessoal do Rei ou do Imperador, tal como ressaltado por José Antonio Pimenta Bueno (“Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império”, pág.

203, item n. 267, 1958, Ministério da Justiça — DIN).

Embora irrecusável a posição de grande eminência dos Governadores de Estado e do Distrito Federal no contexto político-institucional emergente de nossa Carta Política, impõe-se reconhecer, até mesmo como decorrência necessária do princípio republicano, a possibilidade de responsabilizá-los, penalmente, pelos atos ilícitos que eventualmente venham a praticar no desempenho de suas funções.

Mesmo naqueles Países, cujo ordenamento político revela uma primazia do Poder Executivo, derivada do crescimento das atividades do Estado, ainda assim — e tal como salienta Josaphat Marinho (RDA 156/11) — essa posição hegemônica, no plano jurídico-institucional, “não equivale a domínio ilimitado e absorvente”, basicamente porque a expansão do arbítrio deve ser contida por um sistema que permita a aferição do grau de responsabilidade daqueles que exercem o poder.

A consagração do princípio da responsabilidade do Chefe do Poder Executivo configura “uma conquista fundamental da democracia e, como tal, é elemento essencial da forma republicana democrática que a Constituição brasileira adotou...” (Paulo de Lacerda, “Princípios de Direito Constitucional Brasileiro”, pág. 459, item n. 621, vol. I).

A sujeição dos Governadores de Estado e do Distrito Federal às conseqüências jurídicas de seu próprio comportamento é inerente e substancial, desse modo, ao regime republicano, que constitui, no plano

de nosso ordenamento positivo, uma das mais relevantes decisões políticas fundamentais adotadas pelo legislador constituinte brasileiro.

Não obstante a posição hegemônica que detém na estrutura político-institucional do Poder Executivo local, o Governador — que também é súdito das leis, como qualquer outro cidadão deste País — não se exonera da responsabilidade penal emergente dos atos que tenha praticado.

A forma republicana de Governo, analisada em seus aspectos conceituais, faz instaurar, portanto, um regime de responsabilidade a que se deve submeter, de modo pleno, dentre outras autoridades estatais, o Chefe do Poder Executivo dos Estados Membros e do Distrito Federal (RTJ 162/462-464, rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello).

O princípio republicano, que outrora constituiu um dos núcleos imutáveis das Cartas Políticas promulgadas a partir de 1891, não obstante sua plurissignificação conceitual, consagra, a partir da idéia central que lhe é subjacente, o dogma de que todos os agentes públicos — os Governadores de Estado e do Distrito Federal, em particular — são responsáveis perante a lei (Wilson Accioli, “Instituições de Direito Constitucional”, págs. 408/428, itens ns. 166/170, 2ª ed., 1981, Forense; José Afonso da Silva, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, págs. 518/519, 10ª ed., 1995, Malheiros; Marcelo Caetano, “Direito Constitucional”, vol. II/239, item n. 90, 1978, Forense, v. g.).

Cumprе destacar, nesse contexto, o magistério irrepreensível do saudoso Geraldo Ataliba (“República

e Constituição”, pág. 38, item n. 9, 1985, RT), para quem a noção de responsabilidade traduz um consectário natural do dogma republicano:

“A simples menção ao termo *república* já evoca um universo de conceitos, intimamente relacionados entre si, sugerindo a noção do princípio jurídico que a expressão quer designar. Dentre tais conceitos, o de responsabilidade é essencial”.

Foi por tal razão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, atento às implicações jurídicas e políticas que resultam do princípio republicano, pronunciou-se sobre o tema concernente à responsabilidade penal do Chefe do Poder Executivo dos Estados Membros, preferindo decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

“Princípio republicano e responsabilidade dos governantes.

“ — A responsabilidade dos governantes tipifica-se como uma das pedras angulares essenciais à configuração mesma da idéia republicana. A consagração do princípio da responsabilidade do Chefe do Poder Executivo, além de refletir uma conquista básica do regime democrático, constitui conseqüência necessária da forma republicana de governo adotada pela Constituição Federal.

“O princípio republicano exprime, a partir da idéia central que lhe é subjacente, o dogma de que todos os agentes públicos — os Governadores de Estado e do Distrito Federal, em particular — são igualmente responsáveis perante a lei.

“Responsabilidade penal do Governador do Estado.

“ — Os Governadores de Estado — que dispõem de prerrogativa de foro *ratione muneris*, perante o Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, a) — estão permanentemente sujeitos, uma vez obtida a necessária licença da respectiva Assembléia Legislativa (RE n. 153. 966/BA, rel. Min. Ilmar Galvão — RE n. 159. 230/PB, rel. Min. Sepúlveda Pertence), a processo penal condenatório, ainda que as infrações penais a eles imputadas sejam estranhas ao exercício das funções governamentais” (RTJ 170/40-41, rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello).

Desse modo, se é certo que os Governadores de Estado são plenamente responsáveis por atos delituosos que eventualmente pratiquem no exercício de seu mandato, não é menos exato que a organização federativa do Estado brasileiro e a autonomia institucional dos Estados Membros desempenham um papel relevante na definição dos requisitos condicionadores da persecução penal que venha a ser instaurada contra os Chefes do Poder Executivo local.

Nesse contexto, torna-se de essencial importância a questão pertinente à prévia autorização legislativa, a ser dada pelo Poder Legislativo do Estado Membro, que constitui pressuposto viabilizador da instauração da *persecutio criminis* contra o Chefe do Poder Executivo estadual.

A jurisprudência constitucional desta Suprema Corte, bem por isso, atenta ao princípio da Federação, qualificou a necessidade de prévio consentimento da Assembléia Legislativa local como requisito de procedibilidade para a válida instauração da

*persecutio criminis* contra Governador de Estado.

Sob tal perspectiva institucional, o Supremo Tribunal Federal teve presente, para o efeito referido, um postulado essencial à configuração mesma da organização federativa, tal como esta se acha delineada no sistema constitucional vigente em nosso País.

A idéia fundamental — que motivou essa orientação jurisprudencial firmada pelo Supremo Tribunal Federal — traduz, na realidade, a consagração de um valor constitucional básico que informa e dá consistência à própria teoria da Federação: a autonomia institucional dos Estados Membros.

A importância político-jurídica dessa insuprimível prerrogativa institucional dos Estados Membros é tão intensa que, sem ela, descaracterizar-se-ia, por completo, a própria noção de Estado Federal, pois — não custa enfatizar — a autonomia das unidades federadas qualifica-se como valor essencial à compreensão do sistema federativo.

Mais do que isso, a idéia de Federação — que tem, na autonomia dos Estados Membros, um de seus “cornerstones” — revela-se elemento cujo sentido de fundamentalidade torna-a imune, em sede de revisão constitucional, à própria ação reformadora do Congresso Nacional, por representar categoria política inalcansável, até mesmo, pelo exercício do poder constituinte derivado (CF, art. 60, § 4º, I).

Por tal razão, tendo-se presente a natureza eminentemente constitucional da autonomia inerente aos Estados Membros, torna-se essencial

— notadamente quando se tratar de persecução penal *in judicio*, promovida contra os Governadores dessas unidades federadas, de cuja instauração poderá resultar o seu afastamento provisório do exercício do mandato — que o postulado da Federação seja considerado como dado juridicamente relevante na definição dos requisitos que devem condicionar o processamento de qualquer acusação criminal, perante o Superior Tribunal de Justiça, contra o Chefe do Poder Executivo estadual.

Esse entendimento — que submete, à Assembléia Legislativa local, a avaliação política sobre a conveniência de autorizar-se, ou não, o processamento de acusação penal contra o Governador do Estado — funda-se na circunstância de que, recebida a denúncia ou a queixa-crime pelo Superior Tribunal de Justiça, dar-se-á a suspensão funcional do Chefe do Poder Executivo estadual, que ficará afastado, temporariamente, do exercício do mandato que lhe foi conferido por voto popular, daí resultando verdadeira “destituição indireta de suas funções”, com grave comprometimento da própria autonomia político-institucional da unidade federada que dirige.

Na realidade, a diretriz jurisprudencial que prevalece no Supremo Tribunal Federal (RTJ 151/978-979, rel. Min. Ilmar Galvão — RTJ 158/280, rel. Min. Sepúlveda Pertence) nada mais reflete senão a observância de paradigma revestido de inquestionável coeficiente de federalidade e que, fundado na Carta Política (art. 86, § 1º, I), impõe-se, enquanto padrão referencial inderrogável, ao res-

peito dos Estados Membros e dos Tribunais da República.

Em suma: a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal impõe que a instauração de persecução penal, em juízo, contra Governador de Estado, por supostas práticas delituosas perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública ou de iniciativa privada, seja necessariamente precedida de autorização legislativa, dada pelo Poder Legislativo local, a quem incumbe, com fundamento em juízo de caráter eminentemente discricionário, exercer verdadeiro controle político prévio de qualquer acusação penal deduzida contra o Chefe do Poder Executivo do Estado Membro, compreendidas, na locução constitucional “*crimes comuns*”, todas as infrações penais (RTJ 33/590 — RTJ 166/785-786), inclusive as de caráter eleitoral (RTJ 63/1 — RTJ 148/689 — RTJ 150/688-689) ou as de natureza meramente contravencional (RTJ 91/423).

A *ratio* subjacente a essa orientação jurisprudencial, que prestigia o princípio da Federação e que busca preservar a intangibilidade da autonomia estadual — impedindo que ocorra a suspensão provisória do exercício do mandato pelo Governador do Estado, motivada pelo recebimento judicial da denúncia ou da queixa-crime, exceto se houver consentimento prévio emanado da Assembléia Legislativa local — reflete-se no próprio magistério da doutrina (Alexandre de Moraes, “Direito Constitucional”, págs. 429/430, 7ª ed., 2000, Atlas; Julio Fabbrini Mirabete, “Código de Processo Penal Interpretado”, pág. 296, item n. 84.8, 7ª ed., 2000, Atlas; Damásio E. de Jesus, “Código de Processo Pe-

nal Anotado, pág. 99, 17ª ed., 2000, Saraiva, v. g. ), cuja percepção do tema em exame põe em destaque a imprescindibilidade dessa autorização legislativa, qualificada, sob tal aspecto, como requisito de procedibilidade que condiciona a instauração, em juízo, de persecução penal contra o Chefe do Poder Executivo estadual, a quem se tem reconhecido, enquanto *in officio*, relativa imunidade formal em face dos processos penais condenatórios.

Mostra-se lapidar, sob todos os aspectos, a autorizada lição de José Afonso da Silva (“Curso de Direito Constitucional Positivo”, págs. 614/615, item n. 17, 19ª ed., 2001, Malheiros), que, a propósito da questão ora em análise, expende as seguintes considerações:

“É que o *juízo prévio de admissibilidade* da acusação, que requer o voto de dois terços da representação popular é um prejulgamento que embasa a suspensão do acusado de suas altas funções, com aquela mesma idéia dos sistemas argentino e norte-americano de que uma alta autoridade governamental não pode ser submetida a um processo político ou criminal, enquanto estiver no exercício de sua magistratura.

“(…)”

“O Brasil encontrou ainda um sistema mais adequado, *submetendo* o processo de imposição *de sanção* política ou *criminal* a uma *condição prévia* de oportunidade política a ser decidida pela *representação popular*, o que corresponde a uma *exigência democrática* de que o *Governador*, como o *Presidente da República*, só deva ser submetido a um processo *que o*



*afaste do cargo*, para o qual foi eleito *pelo povo*, com o *consentimento ponderado* pelo voto de dois terços dos membros da respectiva assembléia representante desse mesmo povo" (grifei).

É por tal razão que a douta Procuradoria-Geral da República, ao opinar pela concessão da ordem de *habeas corpus*, também entendeu imprescindível, à incidência da norma inscrita no art. 4º da Lei n. 8.038/90, a prévia autorização da Assembléia Legislativa estadual, assim fundamentando, no ponto, o seu parecer (fl. 105):

*"O juízo prévio de admissibilidade da acusação constitui condição de procedibilidade para preservação da autonomia das Unidades Federativas e entre os poderes constituídos, em razão de que a instauração da persecutio suspende o exercício das funções do acusado, com afetação ao normal funcionamento de um desses poderes.*

"Para o resguardo dessa interdependência, estabeleceu o *colendo Supremo Tribunal Federal*, em aplicação simétrica com o modelo federal, a incidência dos arts. 25 e 86, inc. I, da Constituição Federal, submetendo, à prévia autorização da Assembléia Legislativa, o processo contra Governadores de Estado, *afastando*, com isto, a notificação prevista no art. 4º da Lei n. 8.083/90.

Ante o exposto, o alvitre é no sentido do *deferimento* do presente *writ*, para *garantia* do requisito *prévio* de autorização pela Assembléia Legislativa" (grifei).

Registre-se, por relevante, que, também esse, foi o procedimento ob-

servado pelo Supremo Tribunal Federal, quando determinou, nos autos do Inq. 705/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, que a notificação do então Presidente da República, Fernando A. Collor de Mello, para os fins e efeitos a que alude o art. 4º da Lei n. 8.038/90 — e presente o que dispõe o art. 51, n. I, da Carta Política —, fosse precedida de formulação, à Câmara dos Deputados, do necessário pedido de autorização, que se teve, no entanto, por prejudicado, em razão da renúncia do denunciado ao mandato presidencial.

Sendo assim, tendo presentes as razões expostas, defiro o pedido de *habeas corpus*, para, ao invalidar a decisão ora questionada (fls. 99/100), assegurar, ao paciente, o direito de apresentar a resposta, a que se refere o art. 4º da Lei n. 8.038/90, somente após a eventual concessão, por parte da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, da pertinente e necessária autorização.

É o meu voto.

## EXTRATO DE ATA

Decisão: A Turma, por votação unânime, *deferiu* o pedido de *habeas corpus*, para invalidar a decisão questionada e assegurar, ao paciente, o direito de apresentar a resposta, a que se refere o art. 4º da Lei n. 8.038/90, somente após a eventual concessão, por parte da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, da pertinente e necessária autorização. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Néri da Silveira. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. 2ª Turma, 21/8/2001.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Néri da Silveira.

Subprocurador-Geral da República Dr. Edinaldo de Holanda Borges.

*Antonio Neto Brasil,*  
*Coordenador.*

## **HABEAS CORPUS N. 80.592-2/PARANÁ**

**Relator: Min. Sydney Sanches**

**Paciente: José Mohamed Janene**

**Impetrante: José Mohamed Janene**

**Advogados: Antônio Carlos de Andrade Vianna e outros**

**Coator: Delegado de Polícia Federal da Circunscrição Judiciária de Maringá**

### *EMENTA*

*Direito constitucional e processual penal.*

*Inquérito Policial contra Deputado Federal instaurado por delegado de polícia.*

*Habeas corpus contra esse ato, com alegação de usurpação de competência do STF e de ameaça de condução coercitiva para o interrogatório. Competência originária do STF para o julgamento do writ. Indeferimento deste.*

*1. Para instauração de Inquérito Policial contra Parlamentar não precisa a Autoridade Policial obter prévia autorização da Câmara dos Deputados, nem do Supremo Tribunal Federal.*

*Precisa, isto sim, submeter o Inquérito, no prazo legal, ao Supremo Tribunal Federal, pois é perante este que eventual ação penal nele embasada poderá ser processada e julgada.*

*E, no caso, foi o que fez, após certas providências referidas nas informações.*

*Tanto que os autos do Inquérito já se encontram em tramitação perante esta Corte, com vista à Procuradoria-Geral da República, para requerer o que lhe parecer de direito.*

*2. Por outro lado, o Parlamentar pode ser convidado a comparecer para o interrogatório no Inquérito Policial (podendo ajus-*

*tar, com a autoridade, dia, local e hora, para tal fim — art. 221 do Código de Processo Penal), mas, se não comparecer, sua atitude é de ser interpretada como preferindo calar-se.*

*Obviamente, nesse caso, não pode ser conduzido coercitivamente por ordem da autoridade policial, o que, na hipótese, até foi reconhecido por esta, quando, nas informações, expressamente descartou essa possibilidade.*

*3. Sendo assim, nem mesmo está demonstrada qualquer ameaça, a esse respeito, de sorte que, no ponto, nem pode a impetração ser considerada como preventiva.*

*4. Enfim, não está caracterizado constrangimento ilegal contra o paciente, por parte da autoridade apontada como coatora.*

*5. HC indeferido, ficando cassada a medida liminar, pois o Inquérito Policial, se houver necessidade de novas diligências, deve prosseguir na mesma Delegacia da Polícia Federal em Maringá/PR, sob controle jurisdicional direto do Supremo Tribunal Federal.*

## ACÓRDÃO

*Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. Falou pelo paciente o Dr. Antônio Carlos de Andrade Vianna.*

Brasília, 3 de abril de 2001.

*Moreira Alves, Presidente;  
Sydney Sanches, Relator.*

## RELATÓRIO

O Senhor Ministro Sydney Sanches — (Relator):

O Deputado Federal José Mohamed Janene, representado pelo Advogado Antônio Carlos de Andrade Viana, impetrou *habeas corpus* contra ato do Senhor Delegado de Polícia Federal de Maringá, Estado do Paraná, Dr. Beno Loewenstein, alegando e pleiteando o seguinte (fls. 3/11):

“I — da competência originária para conhecer o presente *writ* — (CF, art. 102, I, alíneas *d* e *i*):

“O ora impetrante e paciente é membro do Congresso Nacional, exercendo o mandato de Deputado Federal eleito pelo Partido Progressista Brasileiro — PPB — pelo Estado do Paraná, e devidamente diplomado em 17 de dezembro de 1998, para um mandato de quatro anos, nos termos da Constituição Federal (doc. 2).

“Segundo o cânon inscrito no art. 102, I, *i*, da Carta Magna, compete

ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente:

‘O *habeas corpus*, quando o coator for o Tribunal Superior ou quando o coator ou o *paciente for autoridade* ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do *Supremo Tribunal Federal*, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância’.

“A propósito explica José Afonso da Silva:

‘este dispositivo contempla hipótese de ‘jurisdição constitucional da liberdade’. Assim se chama o exercício da jurisdição provocado por remédios constitucionais destinados à defesa dos direitos fundamentais, como o *Verfassungsteschorde* (agravo constitucional) da República Federal da Alemanha e o *judicio* de amparo mexicano’.

“Neste sentido, por votação unânime, já decidiu o Pleno desta Corte Suprema, em RHC n. 67536/MS, relator Ministro Célio Borja, julgado em 28/6/89, DJ, 25/8/89, pág. 13.556, ementa vol. 01552-01, pág. 00172:

‘*Habeas corpus* — Competência: Se um dos pacientes é Deputado Federal, a competência para processar e julgar o *writ* cabe, originariamente, ao Supremo Tribunal Federal. Recebimento do Recurso como pedido de *habeas corpus* originário, anulando-se a sentença de 1º grau e o acórdão recorrido’.

“Vale dizer, que em se tratando de membro do Congresso Nacional — detentor de mandato de Deputado Federal — a competência originária para apreciar *habeas corpus*, em que o

mesmo conste como paciente, é o Supremo Tribunal Federal.

“II — Da coação:

“Em data de 10 de novembro do corrente ano (2000) o ilustre Delegado de Polícia Federal da Circunscrição Judiciária de Maringá/PR, no uso de suas atribuições, instaurou procedimento investigatório através da Portaria n. 285/00 — DPF.B/LDA/PR, para, *verbis*:

‘Apurar a responsabilidade penal preliminarmente atribuída ao Deputado Federal José Mohamed Janeine, em face de, no dia 4/9/2000, ter comparecido no gabinete de trabalho do Delegado de Polícia Federal João Luiz do Prado, Chefe interino da Delegacia de Polícia Federal em Londrina/PR, no exercício de suas funções, ofendendo, aos gritos, referida autoridade Policial, chamando-o de ‘delegadinho’ entre outros impropérios, fato que, em tese, subsume o delito de desacato, previsto na norma do artigo 331 do Código Penal Brasileiro.

‘Autuada esta, o ofício n. 16426/2000 — GAB/SR/DPF/PR e expediente que encaminha, após registros e comunicações de praxe, voltem-me conclusos. Cumpra-se. Maringá/PR, 10 de novembro de 2000. Beno Loewenstein, delegado de polícia federal’ (doc. 3).

“Conforme se verifica claramente do conteúdo da referida peça inaugural do procedimento investigatório, trata-se de Inquérito Policial instaurado especificamente contra o ora impetrante e paciente, para apurar *crime de desacato*, consistente em adentrar no interior de seu gabinete de trabalho, proferindo impropérios e chamando-o de ‘delegadinho’.

“Quer dizer, trata-se de investigação instaurada *contra Deputado Federal, membro do Congresso Nacional*, que detém prerrogativa de foro em razão de sua função perante este eg. Supremo Tribunal.

“III — Procedimento investigatório criminal — Prévia autorização do órgão judiciário:

“O *Supremo Tribunal Federal*, sendo o juiz natural dos membros do Congresso Nacional nos processos penais condenatórios, é o único Órgão do Judiciário competente para ordenar, no que se refere à apuração de supostos crimes eleitorais e/ou comuns, atribuídos a parlamentares federais, toda e qualquer providência necessária à obtenção de dados probatórios essenciais à demonstração da alegada prática delituosa.

“A *vexata quaestio* consiste em saber se as medidas pré-processuais, ou seja, se os atos investigatórios podem ou não ser realizados sem a devida autorização do Órgão judiciário.

“É bem verdade que a garantia da imunidade parlamentar em sentido formal não impede a instauração de inquérito policial contra membros do Congresso Nacional, que estão sujeitos, em consequência — e independentemente de qualquer licença congressional — aos atos de investigação criminal promovidos pela polícia judiciária.

“No entanto, tornou-se entendimento pacífico no STF, que para que *essas medidas pré-processuais de persecução penal sejam adotadas no âmbito de procedimento investigatório em curso perante o Órgão judiciário competente*.

“Neste sentido:

‘Reclamação. Quebra de sigilo bancário de membros do Congresso Nacional. Medida decretada por Tribunal Regional Eleitoral (TRE) no âmbito de inquérito policial instaurado contra Deputados Federais para apuração de crime eleitoral.

‘Impossibilidade. Usurpação da competência penal originária do STF. Reclamação julgada procedente’.

“IV — Conclusão:

“Como se vê, no termos da Constituição Federal, e do entendimento assentado desta Corte de Justiça, é de competência exclusiva o processamento e julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, de parlamentares federais, em crimes comuns, sendo que os atos investigatórios são vinculados ao órgão judiciário competente, que no caso é o STF.

“No caso, o ilustre Delegado de Polícia Federal, ao instaurar procedimento investigatório para apurar crime eventualmente praticado pelo ora paciente, detentor de mandato legislativo federal, praticou ato flagrantemente ilegal e teratológico, atentando gravemente contra o princípio da prerrogativa de função e da competência originária, violando, de uma só cambulhada, os incisos *b, d e i* do art. 102, I, da Carta Magna em vigor, usurpando, ademais, a competência desta Casa, único legitimado, originalmente, a autorizar investigação contra os parlamentares federais.

“V — Da necessidade de suspensão do ato coativo:

“O deferimento, imediato, da ordem impetrada, para suspender os efeitos da Portaria n. 285/00 DPF.B/LDA/PR até julgamento do mérito, será providência salutar em maté-

ria com conteúdo criminal, principalmente porque foi designado *interrogatório marcado p/ dia 8 do corrente mês e ano (dez./2000) (doc. 4)*, caso o Paciente ‘não queira exercer as prerrogativas que lhe faculta a lei’ (art. 221, *caput*, do CPP). Em outras palavras, foi designada data para proceder ao interrogatório do Paciente, Deputado Federal, caso ele abra mão de suas prerrogativas constitucionais, como se tais prerrogativas fossem *disponíveis* conforme o arbítrio de seu detentor.

“Ora, ocorre que as prerrogativas de que gozam os membros do Congresso Nacional não existem em função da pessoa — o que resultaria em odioso privilégio e afronta ao princípio da Igualdade —, mas *sim em função do cargo que exercem*. Logo, a prerrogativa de foro privilegiado em razão da função é indisponível, e dela não podem abrir mão aqueles que dela usufruem.

“Destarte, subsume-se da conduta da Autoridade Coatora que, caso o Paciente não ajuste a data, hora e local para seu interrogatório, tudo leva a crer que a Autoridade Coatora interpretará o silêncio como *uma dispensa das prerrogativas que lhe faculta a lei*, e, portanto, tomará medidas de coerção para ver procedido o interrogatório o Paciente, o que, por óbvio, constitui-se em inominável inversão da ordem jurídica.

“De fato, ver-se o Paciente sendo conduzido sob vara para prestar depoimentos à autoridade policial equivaleria a *rasgar a Constituição Federal*.

“Vale dizer, que presentes o *fumus boni juris*, em face da prerrogati-

va do foro, e o *periculum in mora*, representado pelo risco de ser ‘conduzido’ e até mesmo indiciado arbitrariamente perante a autoridade policial.

“VI — Do pedido:

“Face ao exposto é a presente para requerer se digne Vossa Excelência em deferir:

“a) O recebimento deste como *habeas corpus* originário (CF, art. 102, I, letras *d e i*);

“b) deferimento imediato da suspensão dos efeitos da Portaria inaugural do referido Inquérito Policial instaurada contra o ora Paciente José Mohamed Janene, para apurar *crime de desacato* praticado, em tese, contra Delegado de Polícia Federal.

“c) Seja solicitado as informações de praxe, mediante ofício a ser encaminhado à autoridade apontada como coatora;

“d) Após, sejam os autos de *habeas corpus* encaminhados à douta Procuradoria-Geral da República para manifestação a respeito.

“e) Finalmente seja concedido o *writ* em definitivo, para remeter todo o procedimento investigatório à análise da douta Procuradoria-Geral da República, para requisitar as diligências que julgar necessárias.

“P. Deferimento

“De Londrina p/ Brasília,

“Em 5 de dezembro de 2000.

“as.) Antônio Carlos de Andrade Vianna

“OAB-PR 7.202”.

2. Com a inicial os documentos de fls. 12/27.



3. À fl. 57, como Relator, deferi a medida liminar para suspender o andamento do Inquérito Policial.

4. A autoridade apontada como coatora prestou, a 19/12/2000, as informações de fl. 63, *in verbis*:

“Ministério da Justiça

“Departamento de Polícia Federal

“Delegacia de Polícia Federal em Maringá

“Ofício n. 2265/00-CART/DPF. B/MGA/PR

“Maringá/PR, 19 de dezembro de 2000

“Exmo. Senhor Sydney Sanches

“MM. Ministro do Supremo Tribunal Federal

“Brasília/DF

“Ref. Ofício n. 2708/R-STF.

(HC n. 80592 — Paciente: José Mohamed Janene).

“Excelentíssimo Senhor Ministro,

“Em atendimento ao ofício n. 2708/R, recebido em 18/12/2000, às 15 horas, referente autos do *Habeas Corpus* n. 80592, impetrado por José Mohamed Janene, contra este Delegado de Polícia Federal, pelo presente venho informar o que segue.

“Tramita nesta Delegacia de Polícia Federal o inquérito policial n. 285/00, tombado na Delegacia de Polícia Federal em Londrina/PR, instaurado para apurar crime de Desacato, previsto no art. 331 do CPB, crime de ação pública incondicionada praticado contra Servidor Público Federal, no caso, o Delegado de Polícia Federal João Luiz do Prado, atribuído ao De-

putado Federal José Mohamed Janene. Os autos foram remetidos em 8 p.p., para essa egrégia Corte, com solicitação de prazo para prosseguimento das diligências.

“Muito embora o feito não esteja de posse do impetrado, vale consignar que foram ouvidas diversas testemunhas, de cujos depoimentos concluiu-se ter o Deputado Federal José Mohamed Janene efetivamente praticado o delito em comento, sendo, portanto, exarado despacho fundamentado visando seu indiciamento. Por conseqüência, expediu-se o ofício n. 2067/00-CART/DPF.B/MGA/PR, solicitando àquele parlamentar ajustar dia, hora e local para seu interrogatório, conforme lhe faculta o art. 221, *caput*, do Código de Processo Penal. Neste Ofício, sugeriu esta autoridade que, ‘Caso Vossa Excelência não queira exercer as prerrogativas que lhe faculta a lei, fica desde já designado o dia 8 de dezembro de 2000, às 15 horas, na sede desta Delegacia de Polícia Federal...’”.

5. Em seguida, opinou o douto Subprocurador-Geral da República Claudio Lemos Fonteles pelo deferimento parcial da ordem, para que, “preservada a continuidade das investigações policiais, e acaso não concluídas no prazo legal, tenham sua tramitação subsequente ante o Supremo Tribunal Federal, sob o crivo da manifestação do Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral da República, seja assegurado a José Mohamed Janene o direito de não comparecer em Delegacia de Polícia para ser inquirido e, se desejar ir, o direito de calar-se ante qualquer indagação feita”.

6. O resumo desse pronunciamento assim se redigiu (fl. 67):

**“EMENTA:**

“1. Pode haver instauração de inquérito policial contra parlamentar independentemente de autorização da respectiva Casa Legislativa: Considerações.

“2. Nenhum indiciado pode ser coagido a depor: Considerações.

“3. *Deferimento Parcial da ordem*”.

7. Após o parecer, veio para os autos o seguinte ofício da autoridade apontada como coatora (fl. 74):

“Ministério da Justiça

“Departamento de Polícia Federal

“Delegacia de Polícia Federal em Maringá

“Of. N. 2219/20U0-CART/M

“Maringá/PR, 14 de dezembro de 2000

“Exmo. Sr. Dr. Sydney Sanches  
“DD. Ministro Relator do STF

“Brasília/DF

“Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator,

Com o presente e a propósito da Mensagem n. 1405, de 13/12/2000, comunicando que, nos autos de *Habeas Corpus* n. 80592/STF, impetrado por José Mohamed Janene, foi deferida medida liminar para suspender o andamento do Inquérito Policial n. 285/2000-LDA/PR, até julgamento definitivo do *writ*, informo V. Exa. que o referido apuratório foi remetido a essa supremo Corte, em 8/12/2000, com pedido de dilação de prazo, via malote

que saiu desta Delegacia de Polícia Federal na data de ontem.

“Respeitosamente,

“as.) Beno Loewenstein,  
”Delegado de Polícia Federal”.

8. Por determinação deste Relator, a Secretaria do Tribunal prestou as informações de fl. 77:

“HC n. 80.592

“Exmo. Sr. Ministro Sydney Sanches,

“Informamos a V. Exa. que o inquérito referido no ofício de fl. 74 recebeu neste Tribunal o número 1697, sendo distribuído por prevenção deste *habeas corpus* em 1º/2/2001 (relatórios de andamentos deslocamentos e detalhes processuais anexos).

“Informamos ainda que no citado inquérito foi aberta vista ao douto Procurador-Geral da República, para quem os autos foram remetidos em 7/2/2001.

“É o que nos cabe informar a V. Exa.

“Coordenadoria de Processos Originários, em 13 de fevereiro de 2001.

“as.) Maria das Graças Camarina Caetano,  
”Coordenadora de Processos Originários.

9. Cientificado do ofício, peticionou o impetrante, às fls. 84/85, aduzindo:

“Pelo que se depreende das informações contidas nos autos a Autoridade apontada como coatora em completo desrespeito à decisão monocrática continua impulsionando as investigações, apesar de liminar ter sido concedida, no sentido de suspen-

der o andamento nos autos de Inquérito Policial.

“Desta forma requer a imediata inclusão em pauta para julgamento do *writ*.

“P. deferimento.

“Londrina, 21 de março de 2001.

“as.) Antonio Carlos de Andrade Vianna

“OAB — 7.202”.

É o Relatório.

### VOTO

O Senhor Ministro Sydney Sanches — (Relator):

1. É este o inteiro teor do parecer do Ministério Público Federal, às fls. 67/72:

“1. O il. Advogado Antônio Carlos de Andrade Vianna em favor do Deputado Federal José Mohamed Janelene ajuiza pedido de *habeas corpus*.

“2. Almeja, substancialmente:

“a) deferimento imediato da suspensão dos efeitos da portaria que instaurou contra o paciente inquérito policial;

“b) remessa dos autos à Procuradoria-Geral da República à requisição das diligências que julgar necessárias (fl. 11).

“3. A primeira linha de raciocínio a ser trilhada é esta: pode haver instauração de inquérito policial contra parlamentar independentemente de autorização da respectiva Casa Legislativa?

“4. Considero que sim.

“5. É textual o § 1º do artigo 53 da Constituição Federal, *verbis*:

‘§ 1º — Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, *salvo em flagrante de, crime inafiançável, nem processados criminalmente sem prévia licença de sua casa*’ (grifamos).

“6. Autoriza-se, pois, a prisão em flagrante do parlamentar, autor de crime inafiançável.

“7. Exige-se a prévia licença para o processo criminal.

“8. Processo criminal não se confunde com investigação criminal. Aliás, a própria Constituição Federal bem distingue as duas situações quando, no inciso XII, do artigo 5º, autoriza a quebra das comunicações telefônicas ‘para fins de investigação criminal ou instrução processual penal’.

“9. A investigação criminal é sempre antecedente, não necessária, mas preparatória à ação penal.

“10. Além do mais o quadro investigatório nada define. Dados são coletados à formação, ou não, do ato de acusar.

“11. É, justamente, por isso que só faz sentido exigir-se ‘a prévia licença de sua Casa’, quando contra parlamentar formalizada a denúncia, ou a queixa, que significam o início do processo criminal.

“12. Responde-se, pois, à indagação posta no item 3, assentando-se que:

‘Pode haver instauração de inquérito policial contra parlamentar independentemente de autorização da respectiva Casa Legislativa’.

“13. Nova questão surge, como desdobramento: quem preside o inquérito policial e, firmada na pessoa do Delegado de Polícia tal atribuição,

pode convocar o Parlamentar a depor, e este negar-se a prestar depoimento?

“14. Diz o § 3º do citado artigo 53, *verbis*:

‘§ 3º: No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa respectiva, para que, pelo voto secreto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão e autorização, ou não, a formação de culpa’ (grifamos).

“15. O inquérito policial preside-o o Delegado de Polícia.

“16. Não há texto normativo, em contrário, no que pertine aos membros do Parlamento.

“17. Aliás, a própria redação do § 3º, retrotranscrito, quer a presença dos autos de prisão em flagrante, devidamente formados, para que sobre ele possa acontecer deliberação, no sentido apontado.

“18. Quem preside a lavratura do auto de prisão em flagrante, que é procedimento que inicia o inquérito policial, é Delegado de Polícia.

“19. O parlamentar, como qualquer outra pessoa, deve ser convidado a prestar esclarecimentos sobre o fato em que se envolveu, se posto como indiciado.

“20. Nenhum indiciado pode ser coagido a depor, em qualquer momento do operatório criminal.

“21. É o que se extrai do princípio *nemo tenetur se detegere*, hoje expressamente consagrado na primeira parte, do inciso LXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal.

“22. Convidado o indiciado, seja deputado, seja quem for, irá, ou

não, e indo, responderá, ou não, ao que lhe for indagado.

“23. É certo que os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, por normas pertinentes à sua organicidade (Loman, artigo 33, II, e Lompu, artigo 18, II, D) não respondem a inquérito policial, conduzido pela autoridade policial.

“24. Presos, fruto de flagrante em crime inafiançável, os Magistrados e os membros do Ministério Público são custodiados, enquanto desenvolvidas as diligências pelo Ministério Público, pelo Presidente do Tribunal a que estejam vinculados, no caso dos Magistrados, e pelo Tribunal competente a julgá-los, no caso dos membros do Ministério Público.

“25. Em casos que tais, a investigação sai do âmbito policial pela jurídica razão de que não pode aquele que detém maior atribuição funcional ser investigado pelo que detém menor atribuição funcional, no plano comum do Direito Processual Penal.

“26. Sou pela concessão parcial da ordem para que, preservada a continuidade das investigações policiais, e acaso não concluídas no prazo legal, tenham sua tramitação subsequente ante o Supremo Tribunal Federal, sob o crivo da manifestação do Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral da República, seja assegurado a José Mohamed Janene o direito de não comparecer em Delegacia de Polícia para ser inquirido e, se desejar ir, o direito de calar-se ante qualquer indagação feita”.

2. Acolho, em parte, o parecer.

3. Com efeito, para instauração de Inquérito Policial contra o parlamentar não precisa a autoridade poli-

cial obter prévia autorização da Câmara dos Deputados, nem do Supremo Tribunal Federal.

Precisa, isto sim, submeter o Inquérito, no prazo legal, ao Supremo Tribunal Federal, pois é perante este que eventual ação penal nele embasada poderá ser processada e julgada.

E, no caso, foi o que fez, após as providências referidas nas informações de fls. 63/65.

Tanto que os autos do Inquérito já se encontram em tramitação perante esta Corte, com vista à Procuradoria-Geral da República, para requerer o que lhe parecer de direito.

4. Por outro lado, o parlamentar pode ser convidado a comparecer para o interrogatório no Inquérito Policial (podendo ajustar, com a autoridade, dia, local e hora, para tal fim — art. 221 do Código de Processo Penal), mas, se não comparecer, sua atitude é de ser interpretada como preferindo calar-se.

Obviamente, nesse caso, não pode ser conduzido coercitivamente por ordem da autoridade policial, o que, no caso, até foi reconhecido por esta, quando, nas informações, já transcritas no Relatório, expressamente descartou essa possibilidade (fl. 65).

5. Sendo assim, nem mesmo está demonstrada qualquer ameaça, a respeito, de sorte, que, no ponto, nem pode a impetração ser considerada como preventiva.

6. Enfim, não estando caracterizado constrangimento ilegal contra o paciente, por parte da autoridade apontada como coatora, indefiro o pedido de *habeas corpus* e caso a medida liminar, pois o Inquérito Policial, se houver necessidade de novas diligências, deve prosseguir na mesma Delegacia da Polícia Federal em Maringá/PR, sob controle jurisdicional direto do Supremo Tribunal Federal.

#### EXTRATO DE ATA

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*. Unânime. Falou pelo paciente o Dr. Antônio Carlos de Andrade Vianna. 1ª Turma, 3/4/2001.

Presidência do Ministro Moreira Alves. Presentes à Sessão os Min. Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão e a Ministra Ellen Gracie.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

*Ricardo Dias Duarte,*  
*Coordenador.*

**HABEAS CORPUS N. 80.938-3/CEARÁ****Relator : Min. Carlos Velloso****Paciente: Aníbal Ferreira Gomes****Paciente: José Wilson Alves Chaves****Impetrante: Francisco Irapuan Pinho Camurça****Coator: Procuradoria Regional Eleitoral do Ceará***EMENTA:*

*Constitucional. Penal. Processual penal. Habeas corpus. Inquérito policial. Nulidade. Deputado federal. Tramitação perante Tribunal Regional Eleitoral. Impossibilidade. Remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal. CF, art. 102, I, b.*

*I. — Inquérito policial instaurado pelo Departamento de Polícia Federal para apurar crime eleitoral atribuído a Deputado Federal, em tramitação perante Tribunal Regional Eleitoral.*

*II. — Gozando os Deputados Federais de prerrogativa de função não pode o procedimento investigatório tramitar perante Tribunal Regional Eleitoral.*

*III. — HC deferido, em parte, para determinar que os autos do inquérito policial sejam remetidos ao Supremo Tribunal Federal.*

Brasília, 22 de agosto de 2001.

**ACÓRDÃO**

*Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por decisão unânime, deferir, em parte, o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Marco Aurélio (Presidente), Néri da Silveira e Celso de Mello. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Ilmar Galvão (Vice-Presidente).*

*Ilmar Galvão,  
Presidente;  
Carlos Velloso,  
Relator.*

**RELATÓRIO**

O Sr. Ministro Carlos Velloso: — Trata-se de *habeas corpus* impetrado perante o eg. Tribunal Superior Eleitoral, em favor de Aníbal Ferreira Gomes e José Wilson Alves Chaves, Deputado Federal e Prefeito Municipal de Pacajós/CE, respectivamente, em face da instauração de inquérito policial destinado a apurar a prática de



crime eleitoral tipificado no art. 299 do Código Eleitoral, instauração essa requisitada pelo ilustre Procurador Regional Eleitoral junto à Superintendência da Polícia Federal do Ceará.

Inicialmente, o impetrante atribui ao eg. Tribunal Superior Eleitoral a competência para julgar originariamente o presente *habeas corpus*, em virtude de a autoridade coatora ser Procurador Regional Eleitoral.

Sustenta o impetrante, em síntese, o seguinte:

a) existência de manifesta coação ilegal, fundada no art. 648, VI, do CPP, dado que os pacientes, dentre eles um membro do Congresso Nacional, estariam “sendo investigados em inquérito policial perante autoridades manifestamente incompetentes em razão do foro privilegiado por prerrogativa de função que possui o primeiro paciente e Deputado Federal Aníbal Gomes junto ao Excelso Pretório” (fl. 8);

b) nulidade do inquérito policial instaurado, em face do disposto no art. 648, VI, do CPP.

Ao final, requer o impetrante a concessão do *writ*, para que seja declarada a incompetência dos órgãos que atuaram na instauração do inquérito policial, porque absolutamente incompetentes para investigar membros do Congresso Nacional, com a conseqüente remessa dos autos inquisitoriais ao Supremo Tribunal Federal.

Às fls. 141/142, o eminente Min. Costa Porto, do eg. Tribunal Superior Eleitoral, declinando de sua competência, nos termos do art. 102, I, b, da Constituição Federal, determi-

nou a remessa dos autos a esta Corte.

A medida liminar foi deferida para suspender a tramitação do referido inquérito policial (fl. 163).

A autoridade apontada coatora prestou informações às fls. 187/396, acentuando, em síntese, não se vislumbrar como a instauração do inquérito policial possa afrontar o art. 102, I, b, da Constituição Federal, pois a competência atribuída ao STF pressupõe uma relação jurídica instaurada, restringindo-se ao processamento e julgamento da ação penal.

A Procuradoria-Geral da República, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral Edson Oliveira de Almeida, opina pelo deferimento da ordem, ao argumento de que “está caracterizado o constrangimento ilegal pois, embora ultrapassado o prazo legal, o inquérito não foi submetido ao Supremo Tribunal Federal, Órgão competente para o controle jurisdicional direto sobre as investigações e, portanto, para o exame dos pedidos de prorrogação de prazo” (fls. 398/399).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): A questão pode ser assim resumida: os dois pacientes, Aníbal Ferreira Gomes e José Wilson Alves Chaves, Deputado Federal e Prefeito Municipal de Pacajus, respectivamente, respondem a inquérito policial perante a Superintendência da Polícia Federal do Estado do Ceará, por suposta prática de crime eleitoral tipificado no art. 299 do Código Eleitoral.

Daí a impetração em que se sustenta a incompetência da citada autoridade policial para instaurar, mediante requisição do Procurador Regional Eleitoral daquele Estado, procedimento investigatório contra os pacientes, tendo em vista que o primeiro paciente está sujeito a foro especial por prerrogativa de função.

Inicialmente, cumpre afirmar a competência desta Corte para o julgamento do *habeas corpus*, porquanto se tem, no caso, o envolvimento de Deputado Federal, não obstante ser a autoridade apontada coatora Procurador Regional Eleitoral (CF, art. 102, I, *l*), em suposta prática de crime eleitoral, que a jurisprudência desta Corte considera crime comum (Pet. 673/RJ, rel. Min. Carlos Velloso; HC n. 65.406—RJ, rel. Min. Moreira Alves, RTJ 33/590).

No que concerne à incompetência da autoridade policial para o inquérito policial, assim se pronunciou o ilustre Subprocurador-Geral da República (fls. 398/399):

“1. É esta a questão posta neste *writ*: pode a autoridade policial, diante de requisição do Procurador Regional Eleitoral, instaurar inquérito contra Deputado Federal?

“2. Tal indagação foi respondida pelo Supremo Tribunal Federal, em 1965, no julgamento do HC n. 42.108/PE, impetrado em favor do ex-Governador Miguel Arraes de Alencar, sendo relator o emérito Ministro Evandro Lins e Silva:

‘Não fica imune a qualquer investigação policial ou policial militar o funcionário que tem foro privativo por prerrogativa de função, desde que não esteja mais no exercício do cargo.

‘Quando o funcionário está no exercício da função, à autoridade competente para julgar cabe, também, a investigação do fato criminoso que lhe é atribuído’ (RTJ 33(3):791, set. 1965).

“3. Entretanto, mais recentemente, decidiu a 1ª Turma (HC n. 80.592—PR, rel. Min. Sydney Sanches, DJU 22/6/01): ‘para instauração de Inquérito Policial contra Parlamentar não precisa a Autoridade Policial obter prévia autorização da Câmara dos Deputados, nem do Supremo Tribunal Federal. Precisa, isto sim, submeter o Inquérito, no prazo legal, ao Supremo Tribunal Federal, pois é perante este que eventual ação penal nele embasada poderá ser processada e julgada’.

“4. No caso concreto, o inquérito foi instaurado em dezembro de 1998, tendo sido os pedidos de prorrogação do prazo de encerramento atendidos pelo Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará.

“5. Em tais circunstâncias, mesmo adotando a posição da jurisprudência mais recente, está caracterizado o constrangimento ilegal pois, embora ultrapassado o prazo legal, o inquérito não foi submetido ao Supremo Tribunal Federal, órgão competente para o controle jurisdicional direto sobre as investigações e, portanto, para o exame dos pedidos de prorrogação do prazo.

“6. Isso posto, opino pelo deferimento da ordem”.

Correto o parecer.

A autoridade policial pode instaurar, mediante requisição de Procurador Regional Eleitoral, inquérito contra parlamentar, mas caberá ao juízo

competente para julgar eventual ação penal, no caso o Supremo Tribunal Federal, o exercício do controle jurisdicional sobre o inquérito.

Conforme registra o parecer do Ministério Público, o inquérito foi instaurado em dezembro de 1998. Em 27/8/99, a autoridade policial requereu, ao Presidente do Tribunal Regional Eleitoral/CE, a concessão de novo prazo para conclusão do inquérito (CPP, art. 10, § 3º), o que foi deferido pelo prazo de 45 dias (fls. 269/270). Esse quadro repetiu-se às fls. 279/284, 312/313, 377/378, 395/396.

Considerando que um dos pacientes é Deputado Federal, não pode o procedimento investigatório tramitar perante o Tribunal Regional Eleitoral/CE. Os autos deveriam ser remetidos ao Supremo Tribunal Federal, Órgão competente para o exame do pedido de prorrogação do prazo para conclusão das investigações.

Em caso semelhante, HC n. 76.672/MG, de que fui relator, a 2ª Turma decidiu pela remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal. O acórdão foi assim ementado:

“Ementa: constitucional. Penal. Processual penal. *Habeas corpus*. Indiciamento. Trancamento. Impossibilidade. Deputado federal. Tramitação perante juízo de 1ª instância: Impossibilidade. Remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal. CF, art. 102, I, b.

“I — O mero indiciamento em inquérito policial não constitui constrangimento ilegal que possa ser atacado por *habeas corpus*. Precedentes do STF.

“II — Não se tranca inquérito policial, se há suspeita de crime que

justifique a investigação policial. Precedentes do STF.

“III — Inquérito policial instaurado pelo Departamento de Polícia Federal, para apurar ilícitos penais atribuídos a Deputado Federal, em tramitação perante a Justiça Federal de primeira instância.

“IV — Gozando os Deputados Federais de prerrogativa de função, não pode o procedimento investigatório tramitar perante Juízo de primeiro grau.

“V — HC indeferido. Concessão de *habeas corpus* de ofício para determinar que os autos do inquérito policial sejam remetidos ao Supremo Tribunal Federal” (DJ 5/6/98).

Foi o que decidiu recentemente a 1ª Turma, no julgamento do HC n. 80.592/PR, como bem assinalado pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República.

Em tal precedente, salientou o eminente Ministro Sydney Sanches, Relator, em seu voto:

“(…)”

“3. Com efeito, para instauração de Inquérito Policial contra parlamentar, não precisa a autoridade policial obter prévia autorização da Câmara dos Deputados, nem do Supremo Tribunal Federal. Precisa, isto sim, submeter o Inquérito, no prazo legal, ao Supremo Tribunal Federal, pois é perante este que eventual ação penal nele embasada poderá ser processada e julgada.

“(…)”

Do exposto, defiro, em parte, o *writ*, para determinar sejam os autos do Inquérito Policial 1343/00-SR/DPF-CE encaminhados ao Supremo Tribunal Federal (CF, art.

102, I, *b*), fazendo-se a sua regular distribuição.

### EXTRATO DE ATA

Decisão: O Tribunal deferiu, em parte, o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Ministro-Relator. Decisão unânime. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Marco Aurélio (Presidente), Néri da Silveira e Celso de Mello. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Ilmar Galvão (Vice-Presidente). Plenário, 22/8/01.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Nelson Jobim e Ellen Gracie.

*Dr. Geraldo Brindeiro,*  
*Procurador-Geral da República;*  
*Luiz Tomimatsu,*  
*Coordenador.*



**JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**





## MANDADO DE SEGURANÇA

**MANDADO DE SEGURANÇA N. 7.971/DF (2001/0129851-1)**

**Relator: Ministro Gilson Dipp**

**Impetrante: Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior — Andes — Sindicato Nacional**

**Advogados: Cláudio Santos da Silva e outros**

**Impetrado: Ministro de Estado da Educação**

### DECISÃO

Trata-se de pedido de extensão de liminar, requerido às fls. 243/245, em sede de mandado de segurança impetrado pelo Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior — Andes — Sindicato Nacional, contra ato do Excelentíssimo Sr. Ministro de Estado da Educação.

O pedido atinente à extensão da liminar está estribado na obrigação de o Excelentíssimo Sr. Ministro de Estado da Educação efetuar o repasse de verbas para as universidades federais, justamente para que sejam implementados os pagamentos dos vencimentos dos docentes, mais especificamente quanto ao mês de outubro.

Com o fito de aclarar a trajetória processual do presente *writ*, impõe-se rememorar o seu trâmite, a fim de que a fundamentação relativa ao

provimento jurisdicional faça-se clara e perfeitamente inteligível.

A impetração ataca ato da Excelentíssima Autoridade coatora, consubstanciado na omissão quanto ao repasse de verbas para as universidades federais, como forma de fulminar o movimento grevista, impondo, assim, o retorno das atividades curriculares nas respectivas universidades. Como esteio para a impetração, o Sindicato impetrante aponta irregularidades e ilegalidades perpetradas pelo Exmo. Sr. Ministro de Estado da Educação, que podem ser sintetizadas nos seguintes tópicos: a) o direito de greve encontra previsão constitucional não podendo ser mitigado, por completo, pela ausência de lei regulamentadora, sendo inconstitucional o Decreto n. 1.480/95, que regulamentou matéria não regulada por lei; b) da leitura do Mandado de Injunção n. 20/SC, não restou fixada qualquer punição pelo exercício do direito consti-

tucional de greve; c) a greve não significa mera falta ao trabalho, traduzindo, em verdade, um fenômeno sociolaboral, em que as faltas ao trabalho somente podem ser descontadas após a declaração de sua abusividade, hipótese que não se apresenta; d) que a retenção do numerário relativo ao repasse de verbas traduz ilegalidade e abuso de poder, já que não encontra amparo no princípio da legalidade regulado nos artigos 37, *caput*, e 5º, II, ambos da Constituição Federal de 1988; e) que a intransigência do Estado ao recusar-se negociar com o movimento grevista tem gerado um “estado de miserabilidade” da categoria, que há mais de 7 (sete) anos não foi agraciada com qualquer recomposição salarial; f) que a decisão ora atacada, qual seja, o não repasse de verbas para as universidades, viola o texto constitucional em seu artigo 207, já que retira das aludidas instituições de ensino a autonomia administrativa e gestão financeira.

Ademais, salienta que a recusa do repasse de verbas, referente ao pagamento dos docentes, caracteriza flagrante punição ao exercício constitucional de greve. Aponta, ainda, que “não se está procedendo ao corte de ponto, atribuindo faltas aos docentes grevistas, mas sim retenção pura e simples das remunerações como forma de coagir os grevistas a retornarem ao trabalho. Trata-se de um fato público e notório. Contudo, o ato comissivo da autoridade coatora, que pode até mesmo ser considerado ato omissivo (de não pagar), igualmente passível de ataque por meio do presente *writ*, não encontra amparo nos ordenamentos constitucional e infraconstitucional pátrios” (fl. 9).

O pleito liminar está assim vazado, *verbis*:

“...requer a entidade sindical impetrante a concessão da medida liminar, *inaudita altera pars*, para que a autoridade coatora cumpra a obrigação de fazer e repasse a verba destinada ao pagamento da remuneração dos docentes das instituições de ensino superior referente ao mês de setembro e seguintes, retida de forma inconstitucional, ilegal e arbitrária, abstando-se, ainda, de descontar quaisquer dias parados em virtude de deflagração de movimento grevista de sua categoria, por intermédio de sua entidade sindical representativa, com amparo no Decreto n. 1.480, de 3/5/95, ante a sua absoluta inconstitucionalidade, haja vista a existência concreta de violação ao direito líquido e certo dos servidores públicos federais substituídos pela entidade impetrante de receberem suas remunerações, ante a inexistência da lei regulamentando o exercício de greve no serviço público” (fl. 34).

Às fls. 133/134, concedi a liminar, nos termos formulados, somente para o mês de setembro, por restarem evidenciados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, tendo em vista a natureza alimentar dos vencimentos e a inexistência de diploma legal válido para referendar a constrição ao direito invocado. No mesmo dia, foi expedido telex dando conhecimento da decisão para a II autoridade apontada como coatora (fl. 139).

Às fls. 144/146, o impetrante esclarece que não obstante tenha sido deferida a liminar, o Exmo. Sr. Ministro de Estado recusava-se a cumpri-la, razão pela qual foi lançado novo

despacho reiterando os termos da decisão (fl. 160). Em tempo, foi assinado o prazo de 24 (vinte quatro) horas, a partir do recebimento do segundo telex, para que as informações alusivas ao cumprimento da liminar fossem prestadas.

Incontinenti, foram opostos embargos de declaração contra a decisão concessiva da liminar, ocasião em que restaram rejeitados às fls. 178/179. Ao mesmo tempo, foi requerida a prestação de caução para o efetivo cumprimento da liminar. Ao apreciar a peça, o pleito foi tido como insubsistente, já que a decisão ataca somente determinou o repasse de verbas e não o efetivo pagamento, assegurando, assim, sistemática que já vinha sendo adotada nos meses e anos anteriores (fl. 181).

Não resignada com a concessão da liminar no presente *mandamus*, a Advocacia-Geral da União agitou a Suspensão de Segurança n. 2.061-7/DF, perante o Supremo Tribunal Federal. Submetida ao crivo do Ministro Vice-Presidente, no exercício da Presidência, foi deferido o pedido de suspensão, até o trânsito em julgado da decisão proferida nos autos principais, ocasião em que o seu prolator adotou com razão de decidir o parecer do Procurador-Geral da República.

Todavia, a r. decisão restou reconsiderada pelo Ministro Presidente, quando do julgamento do agravo regimental. Naquela assentada, Sua Excelência restabeleceu a plena eficácia da liminar deferida por este Tribunal, nos autos deste mandado de segurança, por entender presentes os seus pressupostos.

Às fls. 193/203, o Ministro de Estado prestou as informações alusivas ao mérito do *writ*, oportunidade em que rechaçou a concessão da liminar por entender que a sua satisfatividade configura óbice intransponível, sem falar na grave lesão à ordem pública administrativa e desrespeito ao *decisum* proferido no Mandado de Injunção n. 20/SC, julgado pelo Pretório Excelso. Por último, refuta a decisão liminar ao argumento de não coexistirem os requisitos necessários para a sua concessão.

Nesse contexto, foi protocolizada a petição do Sindicato noticiando que, até aquela data, a autoridade ainda não tinha cumprido a decisão primeira, momento em que foram solicitadas providências, bem como foi requerida a extensão da liminar para que o repasse de verbas alusivo ao mês de outubro fosse providenciado, haja vista persistirem os mesmos argumentos e fundamentos da decisão pretérita, qual seja, a de fls. 133/134.

Em resposta à petição retro mencionada, foi lançado despacho informando ao Excelentíssimo Sr. Ministro de Estado da Educação que a decisão concessiva da liminar referente ao repasse de verbas do mês de setembro fora restabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, razão pela qual foi reiterado o segundo telex, nos exatos termos do despacho de fl. 160.

Às fls. 266/267, a Advocacia-Geral da União informou que a decisão restara cumprida, bem como alertou sobre a impossibilidade do repasse de verbas para os meses subsequentes, salientando o seguinte:

“Quanto aos meses vindouros, tendo em vista o disposto no art. 462

do Código de Processo Civil e, especialmente, as razões expostas por Vossa Excelência quanto à caracterização do *fumus boni iuris* ('...inexistência de diploma legal que autorize a autoridade apontada como coatora a não proceder ao repasse de verbas'), cabe noticiar a publicação do Decreto n. 3.962, de 10 de outubro de 2001 (anexo), diploma que, em seu art. 1º, confere ao Ministro de Estado da Educação a competência para autorizar a liberação de recursos para pagamento dos servidores públicos federais, no âmbito da Administração Federal direta, autárquica e fundacional. Ademais, referido Decreto confere ao Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão 'determinar o processamento da folha de pagamento dos servidores de que trata o art. 1º' (fl. 267).

Por fim, o Excelentíssimo Sr. Ministro de Estado da Educação encaminhou o Aviso n. 654/2001, noticiando que a decisão quanto ao repasse de verbas de setembro foi cumprida, a teor do documento de fls. 274/278.

Conclusos os autos, decido:

Conforme acima relatado, verifica-se que a decisão concessiva da liminar relativa ao mês de setembro, lançada em 1º de outubro deste ano (fls. 133/134), restou cumprida, assim como os seus fundamentos tiveram ressonância perante a autoridade impetrada, haja vista a edição do recentíssimo Decreto n. 3.962, de 10 de outubro de 2001, que, casuisticamente, após a propositura da ação e deferimento da liminar, pretendeu sanar lacuna relativa à "inexistência de diploma legal que autorize a autoridade

apontada como coatora a não proceder ao repasse de verbas" (fl. 134).

Ocorre, porém, que paralelamente ao Decreto n. 3.962, de 10 de outubro deste ano, coexiste o comando constitucional inserido no artigo 207 da Carta Magna, que versa sobre a autonomia das universidades. O texto é claro, *verbis*:

"Artigo 207 — As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão".

Nesse contexto, chega-se à seguinte conclusão: não pode um Decreto Presidencial dispor em sentido contrário ao Texto Maior. Prepondera, num Estado Democrático de Direito, a hierarquia das leis. Em sendo assim, o papel do Decreto está, indiscutivelmente, condicionado à existência de lei preexistente. Não faz sentido um Decreto, seja ele inominado ou regulamentador, tentar dispor sobre matéria de modo diverso do preceituado na Constituição Federal. Tal raciocínio apresenta-se insustentável. A esse respeito, vale lembrar o ensinamento de Michel Temer, que em sua obra "Elementos do Direito Constitucional", 17ª edição, esclarece a questão, *verbis*:

"Tema controvertido é o que atina ao poder regulamentar que a Constituição confere ao Presidente da República para que estabeleça fórmulas que viabilizem a aplicação da lei. Sua atividade, nesse passo, consiste em tornar operativa a lei, facilitando a sua execução e dispondo normas destinadas à Administração para a boa observância da preceituação legal.

É faculdade do Chefe do Poder Executivo haurida do Texto Constitucional. Não pode o legislador restringir o exercício desse poder. O conteúdo do regulamento, entretanto, é predefinido pela lei. Não pode, assim, desbordar dos limites legais, sob pena de imediata ilegalidade e mediata inconstitucionalidade.

O Executivo, ao regulamentar a lei, não a interpreta. Busca dar-lhe aplicação, simplesmente" (págs. 156/157).

Ademais, o provimento jurisdicional do Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal afasta a tese ministerial relativa à impossibilidade da concessão da liminar. Da decisão proferida no Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 2.061-7, extraio os seguintes excertos, *verbis*:

"A gravidade dos acontecimentos afigura-se ainda maior quando o ato que obsta a satisfação de prestação alimentícia tem como protagonista o Estado, ente organizacional que deve fugir a radicalismos (...). A greve tem como consequência a suspensão dos serviços, mostrando-se ilógico jungi-la — como se fosse fenômeno de mão dupla, como se pudesse ser submetida a uma verdadeira Lei de Talião — ao não-pagamento dos salários, ao afastamento da obrigação de dar, de natureza alimentícia, que é a satisfação dos salários e vencimentos, incondutível com a obrigação de fazer.

"(...)

"Vê-se, portanto, o quão imperitante afigura-se a suspensão do pagamento em questão, medida de caráter geral a abranger não só os diretamente ligados ao movimento, como também aqueles que, sob o ângulo

da mais absoluta conveniência, da solidariedade quase que involuntária, viram-se atingidos pelo episódio. A greve suspende a prestação dos serviços, mas não pode reverter em procedimento que a inviabilize, ou seja, na interrupção do pagamento dos salários e vencimentos. A consequência da perda advinda dos dias de paralisação há de ser definida uma vez cessada a greve. Conta-se, para tanto, com o mecanismo dos descontos, a elidir eventual enriquecimento indevido, se é que este, no caso, possa se configurar.

"(...)

"A falta de repasse de verbas às universidades resulta na realização da justiça com as próprias mãos, na formalização de ato omissivo conflitante com a autonomia administrativa e de gestão financeira prevista no artigo 207 da Constituição Federal, havendo-se o Ministério da Educação no mister de gerenciar as folhas de pagamento do pessoal. Por isso mesmo, a suspensão de ato judicial que garantiu tal repasse não pode ser tida como enquadrável na ordem jurídica em vigor, uma vez que antecipa definição que não está sequer submetida, em ação própria, ao Judiciário. Assim, descabe potencializar o fato de o direito de greve, assegurado constitucionalmente aos servidores, não se encontrar regulado, mesmo que passados mais de dez anos da promulgação da Carta de 1988. Vale frisar que, enquanto isso não acontece, tem-se não o afastamento, em si, do direito, mas a ausência de balizas que possam, de alguma forma, moldá-lo. O que cumpre pesar é a inexistência de um dos pressupostos à suspensão da liminar — ameaça de grave lesão à ordem pública e administrativa.



“Aliás, sob esse aspecto, o risco maior, levando-se em conta a busca do entendimento e a autonomia universitária, está, justamente, na supressão do repasse de verba às universidades” (fls. 263/264).

Assim, não vislumbro qualquer fato jurídico ou social que venha a expungir os pressupostos autorizadores para o atendimento do pedido, pois persistem os mesmos fundamentos da decisão de fls. 133/134.

Ante o exposto, concedo a liminar, para que se faça o repasse de verbas às universidades federais, nos termos postulados na exordial, para o mês de outubro.

Esclareça-se, ainda, que a concessão desta liminar autoriza, tão-somente, o repasse de verbas para cada uma das universidades federais, competindo ao respectivo Reitor, dentro

de suas atribuições, aferir a pertinência do efetivo pagamento ao corpo docente, a teor do disposto no multicitação do artigo 207 da Constituição Federal.

Por fim, expeça-se telex, com urgência, para a Excelentíssima Autoridade apontada como coatora, noticiando o teor desta decisão, ficando esta compromissada à prestação de informações sobre o seu cumprimento, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a partir do recebimento do telex.

Findo o prazo assinado, com ou sem informações, retornem conclusos os autos. Certifique a Coordenadoria da eg. Terceira Seção quanto ao cumprimento da última parte desta decisão.

Brasília, 8 de novembro de 2001.

*Ministro Gilson Dipp,*  
*Relator.*

## MEDIDA CAUTELAR

### MEDIDA CAUTELAR N. 4.508/SP (2001/0192878-0)

**Relator: Ministro Garcia Vieira**

**Requerente: Auto Posto Casarão da Facó Ltda.**

**Requerente: Auto Posto Tiencontrolá Ltda.**

**Advogados: Paulo Sérgio Santo André e outros**

**Requerida: Fazenda do Estado de São Paulo**

### DECISÃO

*Vistos.*

Cuida-se de medida cautelar, com pedido de liminar, ajuizada pelos Auto Posto Casarão da Facó e Auto Posto Tiencontrolá Ltda., contra a Fazenda do Estado de São Paulo, visan-

do a obter efeito suspensivo a recurso especial já interposto, com a finalidade de reformar a decisão, proferida em sede de agravo regimental, em que a Sessão Plenária do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo confirmou a suspensão da ordem de segurança concedida pelo juízo de primeira instância, no sentido de reconhecer o direito dos impetrantes, ora requerentes, ao ressarcimento dos valores pagos a maior e a utilização de tais créditos retidos, correspondentes ao recolhimento antecipado do ICMS, sob o regime de substituição tributária.

Para justificar a existência do *fumus boni iuris*, os requerentes alegam, em síntese, que se impõe a concessão da liminar, para que “possam preservar um direito que têm, tornando útil a decisão que será proferida a final”, aduzindo, ainda, que, a justificar o cabimento da medida e sua imprescindibilidade “está o fato de que lhes foram deferidas as seguranças, reconhecendo-se a excelência de seus argumentos e o incrível ato arbitrário do Fisco Paulista, que se nega insistentemente a cumprir qualquer determinação judicial que passe pela devolução do ICMS recebido a maior” (fls.17/18).

Já o *periculum in mora* justificar-se-ia no fundado receio de dano e de duvidosa reparação que poderão ocorrer até a solução definitiva da causa. Isso porque, “ante a morosidade do desfecho da ação mandamental e dos recursos, então interpostos, e de seus naturais sobressaltos, os requerentes correm o risco de sofrer gravame ainda maior, aumentando, mais e mais, os sensíveis prejuízos que já suportaram” (fls.17/18).

Com efeito, em casos especiais, este Superior Tribunal de Justiça tem deferido liminares em medidas cautelares para conferir efeito suspensivo a recurso especial já interposto, desde que preenchidos os requisitos indispensáveis à concessão da medida acautelatória *intio litis*.

Constatada a comprovação de que o recurso já foi interposto, como ocorre no caso *in examine* (fls.133/148), cumpre perquirir sobre a aparência do bom direito, cuja tutela se postula no processo vinculado e a existência de fundado temor de que, enquanto se aguarda a confirmação da providência tutelar reclamada, venha a ocorrer o risco de uma situação irreversível e desfavorável à própria tutela. Nesse sentido, há de se aferir se há a possibilidade da configuração da aparência do bom direito, com evidente plausibilidade, e se ocorre a iminência de dano irreparável ou de difícil reparação.

Como é cediço, consoante o disposto no artigo 288 do Regimento Interno do STJ, as medidas cautelares são admitidas, no âmbito deste Tribunal, nas hipóteses e na forma da lei processual.

Já o Código de Processo Civil, ao estabelecer as disposições legais sobre as medidas cautelares, inseriu no parágrafo único do artigo 800 dispositivo, segundo o qual, “interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal”, o que leva à inafastável conclusão de que, na espécie, só é instaurada a jurisdição cautelar do Superior Tribunal de Justiça nas hipóteses em que a medida postulada tiver vinculação

com o recuso da área de competência desta Corte Superior.

Dentro dessa permissão legal é que a medida cautelar incidental pode ser ajuizada com o objetivo de atribuir efeito suspensivo a recurso especial que não o tem, resultando, se acolhida, na suspensão do cumprimento da decisão objeto de irrisignação recursal.

A fumaça do bom direito a ser configurada, na hipótese, além do atendimento de outras exigências, está diretamente vinculada à razoável possibilidade de que o recurso, para o qual se pretende imprimir efeito suspensivo, tenha chance de êxito na instância superior.

Ora, *in casu*, adstrito o exame preliminar da medida acautelatória aos aspectos versados no recurso especial interposto contra o acórdão recorrido, verifica-se que não se apresentam plausíveis os fundamentos deduzidos, com o fito de demonstrar a presença do bom direito.

É que, conforme reconhecem os próprios requerentes, em suas razões recursais do especial, “malgrado abalizadas vozes sustentem o descabimento do recurso nesses casos, ou seja, quando se tratar de decisão atinente a suspensão de liminar ou de sentença deferidas em mandado de segurança — sustentando-se, para tanto, que em razão do cunho eminentemente político da decisão que autoriza a suspensão dos efeitos da segurança não haveria ‘legalidade’ a

ser controlada através de recurso especial —, o certo é que não há razão jurídica, sobretudo constitucional, que autorize tal entendimento” (fl. 135).

De fato, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça tem-se inclinado, no sentido favorável ao abalizado entendimento contra o qual se insurgem os recorrentes no recurso para o qual ora buscam obter efeito suspensivo. São exemplos dessa tendência os julgados nos REsp ns. 38.867/RJ, DJ 13/3/96, e 116.832/MG, DJ 28/2/2000.

Dessarte, não há como vislumbrar, desde logo e em razão dos argumentos jurídicos invocados pelos recorrentes, perspectiva de êxito no acolhimento do recurso especial. Nem restou comprovada, de outra parte, inequívoca existência do perigo da demora, que possa resultar em dano irreparável ou de difícil reparação, acaso não concedida a pretendida liminar.

Com essas considerações, indefiro o pedido de liminar.

Cite-se a requerida, para que ofereça defesa no prazo legal.

Publique-se.

Brasília (DF), 10 de dezembro de 2001.

*Ministro Garcia Vieira,*  
*Relator.*

## SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

### SUSPENSÃO DE SEGURANÇA N. 961/CE (2001/0133218-4)

**Requerente: União**

**Requerente: Banco do Nordeste do Brasil S.A.**

**Advogados: Everaldo Nunes Maia e outros**

**Requerido: Desembargador Relator do Mandado de Segurança n. 2001/000077126 do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará**

**Impetrante: Arisa Agroindustrial e Reflorestadora S.A.**

**Advogados: José Bernardo Júnior e outro**

### DECISÃO

Requerem a União e o Banco do Nordeste do Brasil S.A. a suspensão da execução da liminar concedida pelo Desembargador Relator do Mandado de Segurança n. 2001.0000.7712-6/0, do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, que determinou o cumprimento de carta precatória objetivando a execução de tutela antecipada deferida em favor da impetrante, nos autos de ação indenizatória.

Em 11/1/1999, esta Presidência apreciou a Suspensão de Segurança n. 717/CE, promovida pelos mesmos requerentes, tendo deferido o pedido, e ordenado a suspensão da eficácia da decisão liminar proferida nos autos do Mandado de Segurança n. 98.08400-0, que ordenou o cumprimento de tutela antecipada contra o BNB, mediante a apreensão de recur-

sos no montante de R\$ 32.700.000,00, nos termos da carta precatória, expedida pelo Juiz de Direito de Itaiçaba.

O mandado de segurança cuja liminar se pretende suspender foi impetrado contra despacho de expediente do Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará que determinou a devolução daquela carta precatória devido à perda de seu objeto, porquanto suspensa a ordem deprecada em razão do julgamento do pedido de suspensão de execução de tutela antecipada efetuada pelo Tribunal de Justiça do Ceará.

Aduzem os requerentes, em síntese, que:

— a liminar atacada possui o mesmo objetivo do ato anteriormente suspenso, qual seja, executar o provimento antecipatório já cassado por esta Corte nos autos da SS n. 717/CE;

— se os R\$ 32.700.000,00 forem liberados e for julgada improcedente a ação indenizatória, o elevado montante jamais retornará aos cofres públicos;

— o cumprimento da ordem constituirá prejuízo irreparável para o BNB, instituição pública federal, e conseqüentemente para a própria região Nordeste, o que forçará a União ao aporte de novos capitais a fim de não prejudicar a ação governamental para o desenvolvimento econômico regional;

— as mesmas razões fáticas e jurídicas que fundamentaram a SS n.717/CE mostram-se revigoradas com a liminar que se busca suspender.

Relatei. Decido.

Consoante se verifica dos autos, a pretensão tem lastro em contencioso de natureza constitucional, conforme se depreende da decisão ora hostilizada, assim vazada:

“Com efeito, o ato judicial impugnado, explicitado acima e, ressalte-se, de evidente conteúdo decisório, além de causar grave lesão à esfera

jurídica da impetrante, ao determinar a devolução da Carta Precatória expedida para o Rio de Janeiro/RJ e, repita-se, destinada à execução da tutela antecipatória deferida em favor da ora requerente, foi proferido à mingua da mais mínima fundamentação, violando, pois, o preceito constitucional a que alude o art. 93, IX, da CF/88 — ‘todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...’ (fl.11).

Assim sendo, afigura-se afastada a competência desta Presidência para examinar a pretensão, ao tempo em que é atraída a do eminente Ministro Presidente do Excelso Pretório, na forma do art. 25 da Lei n. 8.038/90.

Isso posto, declaro-me incompetente e, por conseguinte, determino a remessa dos autos à Presidência do Supremo Tribunal Federal.

Intimem-se.

Brasília, 16 de outubro de 2001.

*Ministro Paulo Costa Leite,  
Presidente.*

**VICE-PRESIDÊNCIA  
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**





## PEDIDO DE SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA

### PEDIDO DE SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA N. 01.021220-0, DE CANOINHAS

**Requerente:** Município de Canoinhas

**Advogado:** Dr. Paulo Henrique B. Glinski

**Interessado:** Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Canoinhas — SISPUC

**Advogado:** Dr. Neuzildo Borba Fernandes

O município de Canoinhas, com fundamento no art. 4º da Lei n. 4.348/64, requer a suspensão dos efeitos da sentença proferida no Mandado de Injunção Coletivo n. 01599.003866-6, que reconheceu a inexistência de norma regulamentadora municipal do direito previsto no art. 37, inciso X, da CF e no art. 17, § 2º, I da Lei Orgânica do Município, determinando fosse dada ciência da decisão ao Sr. Prefeito Municipal, “a fim de que, em 45 (quarenta e cinco) dias, possa encaminhar projeto de lei fixando a data-base dos reajustes dos vencimentos dos servidores, em índice compatível com os índices de inflação do período, bem como os demais critérios e condições dos reajustes”.

Diz que após o ajuizamento do mandado de injunção coletivo, antes mesmo da sentença, entrou em vigor a atual Lei Orgânica do Município, repetindo o comando do inciso X do art. 37 da CF, seguindo-se a regulamen-

tação da norma pela Lei n. 3.320, de 9/7/2001, prevendo “o dia mundial do trabalho, dia 1º de maio de cada exercício, como a data-base para efeitos de revisão geral prevista no inciso X do artigo 16 da Lei Orgânica do Município”, pelo que restou prejudicado o mandado de injunção, o que foi requerido na apelação cível que interpôs da sentença.

Alega que a sentença causará grave lesão à ordem e à economia públicas.

A primeira, por levar ao total descumprimento de determinações constitucionais e legais relativas aos limites de gastos com pessoal e com a educação infantil e o ensino fundamental [CF, arts. 169 e 212 e LC n. 101/2000 (LRF)].

O prejuízo à economia pública, diz, decorre da incidência dos índices inflacionários que, aplicados ao período atingido pela sentença, ultrapassa 44%, podendo afetar áreas essenciais

ao atendimento da população, tais como a saúde, educação e assistência social.

Anexo relatório de gestão fiscal para demonstrar que o Executivo Municipal “vem consumindo 50,49% da Arrecadação/Receita Corrente Líquida em gastos com pessoal” e, com o cumprimento da sentença, a folha de pagamento atingirá aproximadamente 75% da Receita Corrente Líquida.

Requer, ao final, sejam suspensos, até o trânsito em julgado, os efeitos da sentença e, alternativamente, a suspensão parcial, permitindo ao Município, independentemente dos índices inflacionários do período, apresentar reajuste “obtido após a análise de todas as disposições legais vigorantes acerca do assunto, inclusive a Lei de Responsabilidade Fiscal”.

É o relatório.

O pedido de suspensão dos efeitos da sentença proferida em mandado de injunção coletivo, analogamente ao que ocorre quanto ao mandado de segurança, deve ser admitido (art. 4º da Lei n. 4.348/64), se a decisão puder causar lesão grave à economia, à saúde, à segurança e à ordem públicas.

A hipótese cuida de mandado de injunção coletivo requerido pelo Sindicato dos Servidores Públicos do Município de Canoinhas por alegada omissão do Prefeito daquele Município no encaminhamento de projeto de lei à Câmara de Vereadores, “fixando a data-base para a reposição salarial dos seus integrantes, de acordo com o índice de inflação do período...”.

*Destaque-se que a jurisprudência do STF, “a partir do julgamento do MI n. 342, rel. Min. Moreira Alves, e MI*

*n. 362, rel. Min. Néri da Silveira, reconheceu às organizações sindicais legitimidade ativa ad causam para a instauração do processo injuncional em favor de seus membros ou associados” (MI n. 20, RTJ 166/751, rel. Min. Celso de Mello); que o Juízo de Canoinhas mostra-se competente para o conhecimento e julgamento da ação injuncional, pois a competência, em tal caso, “é fixada racione personae, ou seja, em razão da condição dos Poderes, órgãos, entidades ou autoridades a que seja imputada a omissão regulamentadora...” (MI n. 107, RTJ 133/31, rel. Min. Moreira Alves) e, finalmente, que o STF, no MI n. 571, RTJ 168/45, rel. Min. Sepúlveda Pertence, decidiu que, em se tratando de “omissões normativas imputadas à autarquia federal (Banco Central do Brasil)”, a competência originária para o mandado de injunção é “do Juiz Federal”.*

*Quanto à fixação da data-base não haveria falar em eventual lesão grave à economia ou à ordem pública, pois além de se tratar de uma imposição constitucional, ela não traz, por si mesma, nenhum gravame às finanças ou à economia públicas. A par disso, já foi fixada essa data-base.*

No que tange à determinação para que o Prefeito encaminhe projeto de lei em índice compatível com os índices de inflação do período, sim, pode haver tal lesão. Esta, no caso, aliás, não somente foi alegada como igualmente demonstrada pelo Município, com o documento de fl. 144, no sentido de que as despesas com o pessoal já atingiram 50,49% da RCL (receita corrente líquida).

*Se é certo que além de declarar o Poder Público em mora, deve o Judi-*

ciário dar ciência à autoridade competente, “para que adote as providências necessárias” (MI n. 107, já citada, RTJ 133/39), não é menos certo, consoante lição de Calmon dos Passos (Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data, págs. 112/3), citada pelo Min. Moreira Alves no voto que proferiu no MI (revista citada, pág. 32), que descabe o mandado de injunção quando o adimplemento “envolve a organização prévia de determinados serviços ou a alocação específica de recursos”. É que “a competência deferida ao Judiciário, de substituir-se ao Legislativo para edição da norma regulamentadora, não derroga todos os preceitos que disciplinam a organização política do Estado, sua administração financeira, as garantias orçamentárias e a definição de políticas e estratégias de melhor aplicação dos dinheiros públicos alocados para atendimento das necessidades de caráter geral”.

Tal orientação deve ser aplicada em termos, admitido o mandado de injunção até o ponto em que não con-

trarie normas constitucionais ou lei de hierarquia superior à lei municipal.

*Em tais condições, é de se deferir o pedido alternativo do Município no sentido de, prejudicada que está a suspensão de ele vir a fixar a data-base, pois dela já cuidou, embora somente às vésperas da sentença, fugindo, de qualquer forma, à mora nesse particular, dever cumprir a determinação contida na segunda parte do decisum, quanto ao envio de projeto de lei de fixação de níveis de reajuste, respeitando, contudo, na definição de tais índices, “as disposições vigorantes acerca do assunto, inclusive a Lei de Responsabilidade Fiscal”, até porque tem esta assento constitucional.*

Comunique-se com urgência.

Intime-se.

Florianópolis, 5 de novembro de 2001.

*João José Schaefer,  
1º Vice-Presidente.*

## RECURSO ESPECIAL CRIME

### RECURSO ESPECIAL CRIME N. 97.006168-4, DE ITAJAÍ

**Recorrente:** Cídio Sandri

**Advogados:** Dr. Napoleão Xavier do Amarante e outros

**Recorrido:** Ministério Público

**Procurador:** Dr. Odil José Cota

Cídio Sandri, com fulcro no art. 105, inc. III, alíneas a e c, da Constituição Federal, interpôs recurso especial da decisão unânime da colenda 2ª Câmara Criminal que: indeferiu os pedidos de retirada de pauta e vista dos autos, rechaçou as preliminares argüidas pela defesa, e, no mérito, deu 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; deu provimento ao apelo do Ministério Público para adequar as reprimendas atribuídas a Cídio Sandri e Antônio Sandri, substituídas, de ofício, por duas penas restritivas de direitos, por infração ao art. 1º, II, c/c art. 11, da Lei n. 8.137/90, c/c arts. 29 e 71, ambos do Código Penal; e manteve o seqüestro de bens ordenado na sentença; confirmada no julgamento dos embargos de declaração opostos (fls. 1.730/1.751).

Alegou, para tanto, contrariedade à lei federal, nos seguintes termos: a) inépcia da denúncia, por acusação genérica — art. 41 do CPP; b) falta de justa causa para a ação penal, tendo em vista a tramitação de recur-

so administrativo — art. 83 da Lei n. 9.430/96; c) imprestabilidade da notificação fiscal como prova — art. 158 do CPP, e arts. 142 e 145 do CTN; d) ausência de prova da materialidade do delito, dada a inutilidade do laudo pericial — arts. 160 e 181 do CPP; e) nulidade na inquirição das testemunhas de acusação — arts. 204, 210, 213, 215 e 216 do CPP; f) cerceamento de defesa, porque não submetidas, aos testigos ouvidos por carta precatória, às perguntas formuladas pela defesa no Juízo deprecante; g) ofensa ao contraditório e ampla defesa, em face da inação do defensor nomeado no Juízo deprecado durante a inquirição de testemunhas; h) não individualização da conduta do recorrente — art. 29 do CP; i) apreciação equivocada das circunstâncias judiciais e da causa especial de aumento da continuidade delitiva; j) carência de motivação e motivação inadequada na determinação da pena-base e do aumento especial pela continuidade delitiva — arts. 5º, XLVI, e 93, IX, da CF.

Aduziu, outrossim, dissídio jurisprudencial acerca dos seguintes temas: a) inépcia da denúncia, por acusação genérica (RT 786/585; RT 715/526; RTJ 171/584; RTJ 163/274); b) falta de justa causa para a ação penal, na pendência de procedimento

administrativo (TRF, 3ª RHC n. 96.03.060711-8, rela. Desa. Sylvia Steiner, DJU 9/10/96); c) a exacerbação da pena-base em razão da lesividade da infração e da continuidade delitiva (RT 166/553; RTJ 165/668; TACrimSP, AC- Rel. Cid Vieira — JUTACrim 71/333; RT 444/418; RT 497/371; STF/HC, rel. Xavier de Albuquerque, DJU 15/5/75; TARS-AC- rel. Nério Letti, RT 622/545; STF/HC, rel. Aliomar Baleeiro, DJU 14/3/75; TJGB-AC- rel. Pedro Soares Correa, RTJE 33/268; TACrimSP— Rev. — Rel. Nigro Conceição, JUTACrim 40/35; TACrimSP—AC — Rel. Manuel Pedro Pimentel, JUTACrim 30/416; STJ-RE 11.517, rel. Vicente Cernicchiaro); d) aumento da pena, em razão da continuidade delitiva pelo número de crimes (RJD 11/20); e) nulidade do seqüestro, por ausência de fundamentação e de demonstração do liame entre a aquisição dos bens imóveis e o crime (RT 756/706; RT 594/333; RT 756/707; RT 751/563).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela inadmissão do recurso, “haja vista a ausência de contrariedade aos dispositivos invocados e a não comprovação da existência de dissídio jurisprudencial sobre as questões aduzidas”.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre destacar que, sobre a suscitada inépcia da denúncia no presente processo, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do RHC n. 5.637/SC, DJU 21/10/96, relatado pelo eminente Ministro Vicente Leal, no qual, por unanimidade, decidiu “Não é inepta a denúncia que des-

creve fatos que, em tese, apresentam a feição de crime e oferece condições plenas para o exercício de defesa”.

De qualquer modo, não há falar em contrariedade ao art. 41 do CPP se o Superior Tribunal de Justiça uniformizou entendimento no sentido de “Não há inépcia da denúncia que, ao imputar a prática de delito societário aos acusados, deixa de individualizar pormenorizadamente a conduta de cada um deles, mas fornece dados suficientes à admissibilidade da acusação, permitindo a adequação típica (Precedentes)” (REsp n. 221723/SP, rel. Min. Félix Fischer, DJU 20/8/01).

O alegado dissídio, por conseguinte, não dá ao especial condições de ascensão, incidindo no caso o verbete da Súmula 83 do STJ.

A dita falta de justa causa para a ação penal também não encontra ressonância na interpretação dada pela Corte Superior sobre o tema, senão vejamos: “A conclusão do procedimento administrativo-tributário não constitui pressuposto, nem condição jurídica para a atuação do órgão ministerial que, dispondo de outros meios probatórios, poderá oferecer denúncia, visto que as esferas administrativa e penal são autônomas” (STJ/RHC n. 10163/PA, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 5/3/01).

No mesmo sentido, o dissídio também não é de ser conhecido, por incidência do enunciado da Súmula 83 do STJ.

Quanto à suposta ausência de provas acerca da materialidade do delito, a pretensão do recorrente requer o exame do acervo probatório, incidindo, pois, o teor da Súmula 7 do STJ.



No tocante à alegada eiva de nulidade na inquirição das testemunhas de acusação, urge salientar, preliminarmente, que o Código de Processo Penal adotou o princípio de que nenhuma nulidade se declara se não há prejuízo para a acusação ou a defesa – *pas de nullité sans grief*.

Por sua vez, não se vislumbra a alegada violação à lei federal passível de reforma pelo STJ, pois o procedimento se deu com a observância do art. 222 do CPP.

Além disso, “A jurisprudência pátria firmou entendimento de que, se o advogado foi intimado da expedição da carta precatória, não há necessidade de ser novamente intimado da data da audiência de inquirição da testemunha a ser realizada no juízo deprecado (Precedentes do STF e desta Corte)” (STJ/HC n. 17916/SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 12/11/2001).

Outrossim, colhe-se do acórdão impugnado: “afigura-se a circunstância decorrente da utilização dos recursos que a tecnologia contemporânea oferta ao desenvolvimento mais ágil das tarefas forenses (...).

“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” (fl. 1.627).

Já no que se refere à violação aos arts. 5º, incisos XLVI, LV, e 93, inciso IX, ambos da CF, não pode ser analisada em sede de apelo raro, porquanto refoge ao âmbito do recurso

especial o exame de matéria de divergadura constitucional.

Sobre a não individualização da sua conduta, sem razão o recorrente pois, conforme se observa no acórdão objurgado: “o edito condenatório, não obstante de forma sucinta, explicitou em que se fundava para condenar cada um dos réus” (fl. 1.628).

E, por sua vez: “Em tema de crime de sonegação de tributos a responsabilidade, em tese, é dos dirigentes da empresa, certo, ainda, por outro lado, que nos crimes societários, em que não se mostre de logo possível a individualização dos comportamentos, tem a jurisprudência admitido, em atenuação aos rigores do art. 41 do CPP, que haja uma descrição geral, calcada em fatos, da participação dos pacientes no evento delituoso. Precedentes do STJ e do STF” (STJ/EDRESP n. 205257/DF, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 23/4/01).

No que diz respeito à exacerbação da pena-base, com fundamento no alto grau de lesividade do ilícito, em função do expressivo montante sonegado, não está caracterizada a contrariedade ao art. 59 do CP.

Tem-se, aqui, analogicamente, a mesma situação do ilícito descrito no art. 12 da Lei de Tóxicos, em que a grande quantidade de entorpecente, na avaliação das circunstâncias legais, justifica o aumento da pena-base (STJ/HC n. 13231/MS, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 9/10/00).

Por seu turno, ao contrário do alegado, o tempo da persistência do ilícito (quatro anos) não foi sopesado na fixação da pena-base, como alto grau de reprovabilidade, mas sim o

montante expressivo sonogado pelo recorrente é que foi sopesado como alto grau de reprovabilidade.

No que concerne à afirmada divergência jurisprudencial também sobre a exacerbação da pena-base, impossibilitada a subida do especial, eis que os casos confrontados não guardam semelhança com a decisão objugada, a teor do art. 541, parágrafo único, do CPC, e art. 255, § 2º do RISTJ.

Quanto ao dissídio acerca do aumento da pena, na terceira fase, pela continuidade delitiva não poder ser “projetado somente com apoio no número de infrações”, encontra óbice no enunciado da Súmula 83 do STJ, porquanto é justamente esse o critério adotado pelo STJ, senão vejamos: “O aumento pela continuidade delitiva se dá levando-se em conta o número de infrações cometidas (Precedentes do

STF e STJ)” (REsp n. 232900/MG, rel. Min. Félix Fischer, DJU 20/8/01).

Finalmente, a divergência pretoriana, no que tange à nulidade do seqüestro, também não permite a elevação do presente recurso, porque não atendido o disposto no art. 541, parágrafo único, do CPC, e no art. 255, § 2º, do RISTJ. Os julgados de RT 756/706, RT 594/333 e RT 756/707 não guardam identidade com a decisão combatida, já que a medida se deu com base no Decreto-Lei n. 3.240/41, e o julgado da RT 751/563 não foi submetido ao cotejo analítico.

Ante o exposto, *inadmito* o recurso.

Intimem-se.

Florianópolis, 20 de dezembro de 2001.

*Des. Alberto Costa,  
2º Vice-Presidente.*



**PRIMEIRA INSTÂNCIA**



## SENTENÇAS

### JUÍZO DE DIREITO DE CRICIÚMA

Primeira Vara Criminal

Autos n. 57/97

Autora: A Justiça Pública

Réus: Jorge Martinelli de Souza

*Crime contra o patrimônio. Furto qualificado pelo rompimento de obstáculo da coisa subtraída e escalada (art. 155, § 4º, I e II, do CP). Recurso defensivo colimando absolvição pela fragilidade da prova — res furtiva — subtraída encontrada em poder do agente. Alegações evasivas. Alibi não comprovado. Crime caracterizado. Condenação mantida.*

*“O furto é delito praticado na clandestinidade, a presença da vítima inibe o agente. Para perpetrar a subtração, precisa de tranquilidade, e por isso o furto, em regra, é praticado em lugares desprovidos de testemunhos. Daí surgir como valor incontestável a detenção da coisa furtada em poder de quem não oferece explicações lógicas para essa posse gerando presunção válida de responsabilidade, em verdadeira inversão do ônus da prova” (RT 717/406).*

*Não podem ser consideradas na hipótese de furto, duas qualificadoras, uma delas para fixar a pena-base acima do mínimo e a outra como causa de especial aumento por não se encontrarem arroladas como agravantes no art. 61 do CP.*

Vistos etc.

I.

1 — O representante do Ministério Público em exercício neste Juízo (1ª Vara) ofereceu denúncia contra Jorge Martinelli de Souza, brasileiro, solteiro, serralheiro, residente e domi-

ciliado nesta cidade e comarca de Criciúma (SC), dando-o, como incurso nas sanções do artigo 155, § 4º, I e II, do Código Penal, em razão dos seguintes fatos, *in verbis*:

“No dia 25 de abril do corrente ano (1997), por volta de 1h30min da madrugada, o denunciado Jorge Mar-



tinelli de Souza, em esforço anormal, logrou êxito em subir no telhado do 'Mercado Ferreira', sito no Bairro São Cristóvão, nesta Cidade, oportunidade em que, após remover uma telha do tipo Brasilit, adentrou na referida casa comercial e subtraiu para si R\$ 139,19, em espécie; 9 (nove) maços de cigarro marca Charm, 3 (três) maços de cigarro marca Belmont, 5 (cinco) maços de cigarro Ritz, 2 (dois) maços de cigarro marca Star, 1 (um) maço de cigarro marca Plana, 8 (oito) maços de cigarro marca Carlton, 6 (seis) maços de cigarro marca Hilton, além de 21 (vinte e um) pacotes contendo cada um 10 (dez) maços do mesmo produto, de marcas diversas, e 3 (três) quilos de café marca Pinheirinho. De posse da *res furtiva*, o denunciado, usando de força física, arrombou uma porta lateral do referido mercado e deixou o local".

2 — A preambular acusatória foi recebida na data de 2 de março de 1997, acompanhada do respectivo Auto de Prisão em Flagrante devidamente homologado. Citado, o acusado compareceu a Juízo, ocasião em que foi interrogado. Em seguida, por intermédio de Defensor constituído, foi apresentada a defesa preliminar, desacompanhada de rol de testemunhas.

Na fase instrutória do feito ocorreu a oitiva da vítima, bem como a inquirição de três das testemunhas apresentadas pelo Ministério Público, tendo havido desistência de uma delas.

No prazo do artigo 499 do Código de Processo Penal, nada foi requerido. E, no do artigo 500 do mesmo diploma legal, as partes ofereceram suas razões finais. O Ministério Públi-

co propugnou pelo acolhimento da exordial acusatória, em razão do conjunto de provas carreado aos autos. A douta Defesa, a seu turno, clamando ausência de provas, postulou a absolvição.

É o breve relatório.

Conclusos.

II.

3 — Trata-se de persecução criminal incondicionada, instaurada mediante denúncia do Ministério Público, visando a apurar a responsabilidade de Jorge Martinelli de Souza, pela prática do delito de furto qualificado, ocorrido nesta cidade e comarca de Criciúma (SC).

As cautelas próprias do processo penal têm por finalidade só impor responsabilidade — *obrigação de suportar os efeitos jurídicos da prática da infração penal* — a quem tenha realizado a conduta típica e antijurídica.

Segundo a redação do artigo 155, *caput*, do Código Penal, a figura típica e antijurídica do furto consiste em: "subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel". Na espécie, qualificado pelo rompimento de obstáculo à subtração e escalada (§ 4º, incisos I e II).

4 — Passo à análise dos fatos e das provas produzidas nestes autos. Assiste razão, em parte, ao digno representante do Ministério Público quando, em suas alegações finais, propugna pelo acolhimento da exordial acusatória.

No tocante à responsabilidade criminal do acusado Jorge Martinelli de Souza, relativamente ao delito narrado na denúncia, esta restou demonstrada, não obstante os argumen-

tos da douda Defesa, por ocasião de suas razões finais.

Segundo o termo de apreensão de fl. 11, com o acusado foram encontrados todos os objetos ali descritos, justamente aqueles subtraídos da esfera de vigilância da vítima.

Em Juízo, como na fase indiciária, Jorge Martinelli de Souza negou, como lhe era conveniente, qualquer participação no evento mencionado na exordial acusatória.

Existem indicações seguras de que a subtração dos objetos, da esfera de disponibilidade da vítima, descritos no termo de apreensão de fl. 11, foi obra de Jorge Martinelli de Souza. Suas declarações em Juízo não esclarecem a origem das mercadorias apreendidas na residência de sua mãe.

"(...) que estava na residência de sua mãe, ali também se encontravam todas as mercadorias descritas no termo de apreensão de fl. 11; que não foi o interrogando o autor dos fatos descritos na peça acusatória; que o interrogando foi detido na sua residência, local de onde foram apreendidas todas as mercadorias descritas; que o interrogando não sabe explicar como as mercadorias foram aparecer em sua casa" (termo de fl. 28).

José Carlos Haverroth, policial civil que participou da operação que culminou com a prisão do acusado Jorge Martinelli de Souza, ao ser inquirido, em Juízo, sob o crivo do contraditório, afirmou que: "(...); que o acusado, quando questionado na residência de sua mãe, confessou a prática dos fatos descritos na peça acusatória; que se recorda quando da lavratura do flagrante e tomada do depoimento do acusado, naquela oca-

sião o mesmo, ao pressentir as consequências, negou a prática dos fatos, desdizendo as declarações firmadas na casa; que confirma o termo de apreensão de fl. 11, asseverando que todo o material ali mencionado foi encontrado na residência do acusado; que o interrogando é bem conhecido no meio policial; que todos os fatos são notadamente pela prática do delito contra o patrimônio (...)" (termo de fl. 41).

Cláudio Roberto Tancredo, também policial civil, no dia dos fatos cumprindo escala de plantão no 1º Distrito Policial, confirma a prisão do acusado bem como o recebimento dos bens apreendidos na residência. Afirmou que Jorge Martinelli de Souza possui várias passagens pela Delegacia de Polícia, por furto e consumo de drogas (termo de fl. 42).

Esclarecedor e importante, o depoimento de Giovane Bianchi Ferreira, prestado à fl. 44.

"(...); que na noite dos fatos estava retornando para a casa do seu pai, Antônio Ferreira, quando, na rua, percebeu o elemento com um saco nas costas bem como uma sacola preta, mas continuou o seu trajeto e quando chegou em casa, não percebeu nada de estranhamente anormal; que de manhã cedo a pessoa que entrega verduras comunicou que a porta lateral estava aberta, verificando então que o estabelecimento comercial fora arrombado; que confirma que na noite dos fatos o elemento que descia a rua com as sacolas é o acusado aqui presente; que uma das sacolas era, na verdade, um saco de alinhagem grande onde se tinha farinha".

Os elementos de provas coligidos são suficientes para acolher os

termos da exordial. O acusado, na noite dos fatos, foi visto, na rua onde está situado o Mercado Ferreira, levando consigo um saco nas costas e uma sacola preta na mão. O saco era de alinhagem do tipo grande, onde estava acondicionada farinha. Os objetos subtraídos e descritos no termo de apreensão de fl. 11 foram encontrados na residência da mãe do acusado, onde também foi localizado.

Os objetos foram reconhecidos pelo proprietário do Mercado Ferreira, segundo o termo de fl. 13. O acusado não soube explicar como todo o material foi *localizado* no interior da residência de sua mãe.

No primeiro contato com a polícia civil, o acusado asseverou ter praticado os fatos narrados na denúncia. Contudo, nas fases seguintes, negou tal situação, sem apresentar esclarecimentos convincentes quanto à origem dos bens.

É certo que os antecedentes, por si só, não são elementos suficientes para fundamentar um decreto condenatório. Contudo, na espécie, servem para demonstrar que o comportamento do acusado Jorge Martinelli de Souza não representou episódio esporádico, mas sim um modo de proceder. Não podem ser considerados como meio de prova, mas reforçam a convicção da culpabilidade.

Negou, como lhe era conveniente, a subtração. Contudo, tal circunstância, não lhe socorre.

Não obstante os argumentos apresentados pela nobre Defesa do acusado, certeza é que ele foi o autor da subtração, apesar da negativa. Como se acreditar em uma situação dessa natureza, sem que haja qualquer

prova nos autos a sustentar a versão, mormente quem, no passado, já restou condenado pela prática do delito de furto.

Além disso, “o *álibi*, não demonstrado iniludivelmente, não pode afastar a possibilidade da autoria” (Apelação Criminal n. 28.069, Itajaí, rel. Des. José Roberge, *in* DJ n. 8.524, de 24/6/92, pág. 21).

A douda Defesa, no mínimo, deveria, como lhe competia, apresentar provas acerca da alegação mencionada pelo acusado. O Ministério Público, ao contrário, além de enunciar o fato criminoso, produziu provas suficientes a fundamentar a exordial acusatória.

A tese da douda Defesa, de que inexistem elementos seguros para fundamentar decreto condenatório, restando, via de consequência, dúvida, não encontra ressonância nos presentes autos. De outra parte, mesmo considerando tal circunstância, apenas a título de consideração, situação de tal ordem não força o Magistrado proclamar o *non liquet*, especialmente se, pelo seu livre convencimento, a versão verdadeira é contrária ao réu.

A qualificadora do rompimento de obstáculo à subtração, prevista no § 4º, inciso I, do artigo 155, do Código Penal, restou devidamente configurada. O estabelecimento comercial citado na denúncia teve uma de suas telhas de cobertura removida mediante a retirada dos parafusos de fixação, consoante demonstra laudo pericial de fls. 33/35.

“Furto qualificado — Arrombamento — Recurso visando à absolvição do agente e a desclassificação do delito — Confissão nas fases investigatória e judicial — Perícia confirma-

tória do arrombamento — Recurso desprovido. A confissão extrajudicial e judicial do réu, sufragada pela prova oral e demais elementos dos autos, autoriza a prolação de decreto condenatório. Tendo sido o arrombamento apurado por perícia regularmente realizada, autorizado restou o reconhecimento da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal” (Apelação Criminal n. 27.031, de Brusque, rel. Des. Alberto Costa, *in* DJ n. 8.248, de 10/5/91, pág. 8).

O Laudo Pericial, exame necessário à configuração da qualificadora, observou os requisitos previstos no artigo 171 do Código de Processo Penal:

“Art. 171 — Nos crimes cometidos com destruição ou rompimento de obstáculo a subtração da coisa, ou por meio de escalada, os peritos, além de descrever os vestígios, indicarão com que instrumentos, por que meios e em que época presumem ter sido o fato praticado”.

No tocante ao reconhecimento da qualificadora da escalada, ínsita no inciso II do parágrafo 4º do artigo 155 do Estatuto Repressivo Penal, razão assiste ao Ministério Público, pois, com a realização de prova técnica para a comprovação da militância da qualificadora do rompimento de obstáculo, demonstrado restou, claramente, que o acusado empreendeu esforço incomum para alcançar a cobertura do Mercado Ferreira. A fotografia de fl. 35, inclusa, dá a exata noção do esforço empreendido por Jorge Martinelli de Souza.

É certo que a prova pericial não é condição *sine qua non* para o reconhecimento da qualificadora da esca-

lada, visto que ela nem sempre deixa vestígios. Contudo, claro ficou, na espécie, que o acusado efetuou esforço incomum para ter acesso ao interior do Mercado Ferreira.

Para a condenação criminal é preciso que as provas ou indícios não deixem dúvidas. Necessitam ser claras, não ensejando incertezas. Nunca é demais repetir orientação jurisprudencial de nosso Tribunal de Justiça que diz: “os indícios quando concludentes e todos desfavoráveis aos réus, autorizam uma sentença condenatória” (JC 13, pág. 341). É o caso dos presentes autos.

A douta Defesa, ao asseverar que o acusado não foi o autor do furto duplamente qualificado, tinha a incumbência, a teor do disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal, do *onus probandi*.

### III.

5 — Passo à aplicação da reprimenda corporal. O réu Jorge Martinelli de Souza apresenta reprovável *conduta social*. Sua *culpabilidade* está estampada nos autos. Maior, mentalmente são, ao assacar contra patrimônio alheio, sabia estar agindo contrariamente à lei. É *reincidente*, registrando condenação. Contudo, tal circunstância será verificada na fase própria da dosimetria. Os *motivos* que o levaram à prática do delito foram escusos, buscando o lucro fácil, enquanto que as *circunstâncias* do crime restaram já analisadas. As *conseqüências* não foram de todo graves, visto que a vítima logrou recuperar parte dos objetos subtraídos. O seu comportamento, de outro lado, em nada contribuiu para o evento.

Assim, analisadas as circunstâncias ditas judiciais, estabeleço a pena-base em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em razão da prática do delito de furto qualificado. Considerando as circunstâncias legais, observo a existência da *agravante da reincidência* (art. 61, inciso I, do CP), motivo pelo qual *acrescento* mais 6 (seis) meses de reclusão. Inexistem, a considerar, nesta fase, outras agravantes ou atenuantes. Por outro lado, na terceira e última fase da dosimetria, observo a existência da qualificadora prevista no § 4º, inciso II, do Código Penal, motivo pelo qual *aumento* a reprimenda em mais 6 (seis) meses, totalizando 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Em idênticos parâmetros, *fixo* a pena de multa em 20 dias (art.59, c/c art.49, ambos do CP). Cada dia-multa no valor de 1/30 (um trigésimo) do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos, considerando, ainda, a situação financeira do réu.

A pena de multa deverá ser paga no prazo do artigo 50 do CP, e de acordo com os arts. 168 e 169 da Lei de Execução Penal.

*Fixo* o regime fechado em razão da reincidência para o início do

cumprimento da reprimenda corporal ora irrogada. Estabeleço a Penitenciária Estadual de Florianópolis para o seu recolhimento. Nego, pelos motivos e circunstâncias já ponderadas, na primeira fase da dosimetria, o direito de recorrer em liberdade.

6 — Ante o exposto, *julgo procedente* a peça acusatória e condeno *Jorge Martinelli de Souza*, já qualificado, à pena privativa de liberdade de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, por infringência ao disposto no artigo 155, § 4º, incisos I e II, c/c o artigo 61, inciso I, ambos do Código Penal, com multa. Arca, também, com o pagamento das custas e despesas processuais. Transitada em julgado, expeça-se competente mandado de prisão. Inscreva-se o nome do réu no Rol dos Culpados, oficiando-se a dou-ta Corregedoria-Geral da Justiça. Fixo, em 15 URH, a remuneração do Sr. Defensor nomeado. Expeça-se certidão.

P.R.I.

Criciúma (SC), 7 de outubro de 1997.

*Dr. Júlio César Knoll*  
*Juiz de Direito*

## JUIZO DE DIREITO DE CRICIÚMA

Primeira Vara Criminal

Autos n. 59/97

Autora: A Justiça Pública

Réu: José Amilton da Rocha, vulgo Zé Beleca

Art. 12 da Lei n. 6.368/76

*Penal e processual. Tóxicos. Uso de entorpecentes. Autoria demonstrada. Recurso desprovido. Precedentes jurisprudenciais. Decreto condenatório mantido.*

*Se os depoimentos dos policiais, bem como as circunstâncias em que ocorreu a prisão, levam à certeza moral do delito, só resta o decreto condenatório.*

*“Nenhum condenado tem direito público subjetivo à estipulação da pena-base em seu grau mínimo. É lícito ao Magistrado sentenciante, desde que o faça em ato decisório adequadamente motivado, proceder a uma especial exacerbação da pena-base” (STF).*

*Vistos etc.*

I.

1 — O representante do Ministério Público, em exercício neste Juízo (1ª Vara), ofereceu denúncia contra José Amilton da Rocha, conhecido por “Zé Beleca”, brasileiro, separado, pintor, residente e domiciliado no Bairro São Luiz, nesta cidade e comarca de Criciúma (SC), atualmente recolhido ao Presídio de Santa Augusta, dando-o como incurso nas sanções do art. 12 da Lei n. 6.368/76, em razão dos seguintes fatos, *in verbis*:

“No dia 5 de maio do corrente ano (1997), por volta das 20 horas, na área invadida do Bairro São Luiz, nes-

ta Cidade, o denunciado José Amilton da Rocha foi surpreendido pelos Policiais Militares Reginaldo dos Passos Colaço e Everaldo Martins trazendo consigo, no interior das vestes, para os fins de tráfico, 3 (três) invólucros plásticos contendo 14 gramas da substância entorpecente denominada *Cannabis Sativa*, conhecida vulgarmente como maconha, substância esta capaz de causar dependência física e/ou psíquica, com uso proibido em todo o território nacional.

“Cumpre ainda ressaltar que o denunciado havia, momentos antes de sua prisão em flagrante delito, vendido ao menor A. M. C. B., na área in-



vadida do Bairro São Luiz, pequena quantidade da substância entorpecente anteriormente citada”.

2 — A preambular acusatória foi recebida na data de 13/5/97, e veio acompanhada do respectivo auto de prisão em flagrante, devidamente homologado. Laudo de constatação.

Citado (fl. 33), o acusado compareceu em Juízo, ocasião em que foi interrogado. Apresentada defesa preliminar, por intermédio de defensor constituído, acompanhada de rol de testemunhas (fls. 42/43). Indeferida a solicitação de liberdade provisória por meio de despacho fundamentado às fls. 38/41. Laudo pericial de fls. 49/52.

Na fase instrutória do feito foram ouvidas as testemunhas apresentadas pelo Ministério Público bem como as indicadas pela douda Defesa. Em alegações finais, o órgão do Ministério Público clamou pela procedência da exordial acusatória, visando à condenação do réu como incurso nas sanções do art. 12 da Lei n. 6.368/76. A douda Defesa, a seu turno, propugnou pela absolvição, por ausência de provas, ou a desclassificação para o artigo 16 da Lei supra-mencionada.

É o breve relatório.

Conclusos.

II.

3 — Trata-se de persecução criminal incondicionada, instaurada mediante denúncia do Ministério Público, objetivando apurar a responsabilidade do acusado José Amilton da Rocha, vulgo “Zé Beleca”, já qualificado, por infringência ao art. 12 da Lei n. 6.368/76.

A figura prevista no dispositivo legal pelo qual o acusado foi denunciado consiste, segundo a sua redação, em: “importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

4 — As cautelas próprias do processo penal têm por finalidade só impor responsabilidade — *obrigação de suportar os efeitos jurídicos da prática da infração penal* — a quem tenha realizado a conduta típica e anti-jurídica.

5 — Feitas as necessárias considerações, passo à análise das provas produzidas durante o processamento do feito.

Registre-se, de plano, que apesar do louvável esforço do nobre Defensor do acusado, em suas razões finais, a absolvição pretendida não pode ser acolhida, em razão do material cognitivo presente nos autos.

A substância apreendida foi submetida a exame químico toxicológico. Os peritos subscritores do laudo concluíram que se tratava de *cannabis sativa L.*, vulgarmente conhecida como “maconha”, e que o elemento responsável pelos efeitos farmacológicos da erva, tetrahidrocannabinol, se fazia presente.

Assim, quanto à materialidade delitiva, esta restou devidamente comprovada, em face do auto de

apreensão da erva, bem como dos lados de constatação e de laboratório anexados.

A autoria do delito apresenta-se clara posto que a droga foi apreendida em poder do acusado quando da revista levada a efeito pelos policiais militares.

Os contornos da prova são por demais evidentes que permitem concluir que no dia em que foi surpreendido com a droga, o acusado tinha plena ciência da ilegalidade de sua conduta. Ressalte-se que no tocante à autoria esta é confessada, quer na fase indiciária, quer em Juízo. Contudo, asseverou que a adquiriu para consumo próprio.

Registre-se que, apesar da negativa quanto à figura delitiva constante da denúncia, conclui-se em análise pormenorizada nos autos que esta restou comprovada de forma indubitosa, delitiva. Ademais, ela é respaldada pelos depoimentos das testemunhas em Juízo.

Extrai-se das declarações de A. C. B., na fase judicial que, "...no dia dos fatos, aproximadamente 20h30min comprou uma pequena quantidade de maconha embrulhada num plástico comum (baseado) de José Amilton, conhecido por Zé Beleca; que pagou um real pela maconha; que faz quase um ano que é viciado em maconha; que comprou a maconha do Zé Beleca na área invadida do bairro São Luiz, nesta Cidade, onde sempre vai comprar tal droga; que em seguida, quando já estava fumando, já no bairro Santa Bárbara, foi detido pela polícia militar; que informou à polícia quem havia vendido a maconha para o informante e sendo assim, foi até

onde ele se encontrava; que logo em seguida a polícia militar foi com o declarante até a área invadida no bairro São Luiz, e em um bar localizaram o acusado e o prenderam; (...); que essa não teria sido a primeira vez que adquiriu do acusado a substância entorpecente conhecida como maconha e que já teria realizado tal operação, ou seja, comprado a substância do acusado em várias oportunidades..." (termo de fl. 60).

Reginaldo dos Passos Colaço Nunes, policial militar que participou da operação que culminou com a detenção do acusado José Amilton, ao prestar depoimento, asseverou que: "...acusado aqui presente na data de 5 de maio último, onde com o mesmo foi encontrado o material apreendido de fl. 13; que estava na viatura da Polícia Militar no bairro Santa Bárbara, mais precisamente próximo da Praça, quando sentiram forte odor da substância conhecida como maconha; que ao verificarem no local abordaram o menor A. M. C. B., consumindo a referida substância e, além disso, trazia consigo mais uma paranga; que após conversarem com o menor o mesmo informou ter comprado a substância entorpecente de um elemento conhecido como Zé Beleca, no bairro São Luiz, área verde; que então com o menor na viatura foram (...), e ao passarem defronte a um bar e em razão da descrição fornecida, identificaram o acusado; que ao procederem uma revista no mesmo, encontraram em uma das pernas, mais precisamente a que tem defeito físico, três parangas de substâncias entorpecentes comumente conhecida como maconha.." (termo de fl. 57).

No mesmo sentido, as declarações firmadas pelo policial militar Everaldo Martins (termo de fl. 58), companheiro de Reginaldo dos Passos Colaço Nunes.

Dessa forma, nenhuma dúvida existe quanto à autoria do fato, sua materialidade delitiva e tipicidade.

É entendimento jurisprudencial de nosso Tribunal de Justiça que: “Para formação de um juízo de certeza razoável sobre o comércio de drogas do agente devidamente processado, não é indispensável a prova efetiva do tráfico. Tal convencimento pode resultar satisfatoriamente comprovado pelo conjunto de indícios e circunstâncias que cercam o agente envolvido” (JC 53/464).

Cumpra, observar que o acusado foi preso em flagrante, após terem sido encontradas, na revista pessoal, três parangas de maconha embrulhadas em um plástico comum, cada uma (termo de apreensão de fl. 13), restando, dessa forma, no caso vertente, para inteira satisfação do núcleo do tipo básico (art. 12), comprovado que o acusado estava comercializando a droga, e ressalte-se, não era para uso próprio, mas, sim, para venda a terceiro.

A prova da mercancia é desnecessária para caracterização do tipo penal, na sistemática da Lei n. 6.368/76, conforme a melhor hermenêutica. Trata-se, isso sim, de crime de ação múltipla, contendo o tipo 18 modalidades de conduta delituosa, que podem ser praticadas de forma isolada ou seqüencial, exaurindo, qualquer delas, o delito em apreço. Ora, provou-se que o acusado tinha consigo para a venda, de que o trazer consigo é mera modalidade, a maco-

na apreendida, que, periciada, deu resultado positivo. E é evidente que não o fazia com a finalidade exclusiva do uso próprio.

Vejam os entendimentos da jurisprudência pátria:

“Constatado que o réu transportava a maconha apreendida e que não o fazia com a finalidade exclusiva de uso próprio, configurado se encontra o delito de tráfico ilícito de substância entorpecente, que é de caráter permanente” (TJMG, Ap. Crim. n. 13.673, rel. Des. Sylvio Lemos).

Ainda:

“O transportador também se enquadra no tipo descrito no art. 12 da Lei n. 6.368/76, porquanto ali está previsto o ato de ‘transportar’” (Rev. Crim. n. 384 — Santa Catarina. Revis. Ministro Torreão Braz).

Registre-se que, pelo material cognitivo constante dos autos, é suficiente para se impor um decreto condenatório sem margem nenhuma de dúvida quanto à culpabilidade do acusado, tudo respaldado pelas declarações dos policiais que efetuaram a prisão e a do menor que adquiriu a substância entorpecente.

Veja-se que os policiais que procederam à prisão são coerentes e firmes em suas declarações quando afirmam que a droga foi encontrada escondida na parte da calça dobrada da perna que possui defeito físico. Observe-se, que o acusado de início admitiu a sua posse.

Frise-se, portanto, que a prova produzida em Juízo, basicamente fundada nos depoimentos dos policiais e laudo pericial, não foi objeto de efetiva e válida contrariedade, sendo sempre

bom lembrar que o depoimento da autoridade ou de seus agentes, participantes da diligência, não deve ser descartado, sem que se demonstre motivo sério e concreto para tanto, o que aqui não se verifica.

Para arrematar, o próprio acusado, ao ser judicialmente interrogado, culminou por implicitamente admitir a posse da droga, embora tentando convencer que era para consumo próprio, asseverou não ser dependente desta.

“Nos chamados crimes de tóxicos (Lei n. 6.368/76), que têm início com o flagrante lavrado por policiais, a palavra deste tem força probante, salvo comprovação em contrário” (RT 541/408).

“Crime contra a saúde pública — Tráfico — Negativa da autoria afastada — Prisão quando do transporte da maconha — Réu que conduz a substância tóxica e diz dela não se utilizar — Depoimentos de policiais cuja veracidade não foi maculada durante a instrução — Validade. À configuração do delito de tráfico basta que o agente aguarde ou tenha consigo, ainda mais ao confirmar, de forma enfática, que dela não se utiliza para uso próprio.

“Os depoimentos de policiais quando coerentes, firmes e consoantes com os demais elementos carreados aos autos, são suficientes a embasar um decreto condenatório” (JC 68/397).

A pretendida desclassificação, quanto à conduta do acusado, não pode prosperar. A natureza, a quantidade da substância apreendida, e principalmente pelo modo como estava acondicionada, bem como pelas declarações de A. M., levam à certeza de que se destinava ao comércio ilegal.

### III.

6 — Passo à aplicação da reprimenda corporal. Agiu, José Amilton da Rocha, com *culpabilidade* de grau médio. É primário. Sua *conduta social* é normal. Tem *personalidade* normal. Os *motivos* da sua atuação infracional foram ditados pela irresponsabilidade. As *conseqüências* normais à espécie, notadamente quanto à disseminação da substância entorpecente. O tráfico de substância entorpecente em qualquer de suas formas é um câncer que deve ser extirpado do seio da sociedade.

Dessa forma, analisadas as circunstâncias ditas judiciais do artigo 59 do Código Penal, fixo a pena-base em 3 (três) anos de reclusão. Inexistem agravantes ou atenuantes a considerar. Considerando que inexistem causas de especial aumento ou diminuição da reprimenda, torno a pena em definitivo em 3 (três) anos de reclusão, ante a inexistência de outras circunstâncias a considerar.

Em idênticos parâmetros, fixo a pena de multa em 50 (cinquenta) dias-multa. Cada dia-multa a R\$ 2,50 (dois reais e cinquenta centavos), que torno definitiva na razão direta da ausência de causas de especial aumento ou diminuição. A pena de multa deverá ser paga de conformidade com o art. 170 da Lei n. 7.130/84, devidamente corrigida.

A teor do disposto na Lei n. 8.072/90, estabeleço, para o completo cumprimento da reprimenda corporal irrogada, o *regime fechado*, designando o Presídio de Santa Augusta. Incabível, por outro lado, qualquer benefício previsto na legislação penal

específica vigente, em razão dos motivos já mencionados. Nego o direito de recorrer em liberdade.

7 — Ante o exposto, *julgo procedente* a preambular acusatória e, em conseqüência, *condeno José Amilton da Rocha*, já qualificado na inicial, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 3 (*três*) anos de reclusão, *com multa*, por infringência ao disposto no art. 12 da Lei n.

6.368/76. O réu deverá permanecer recolhido em caso de interposição de recurso. Transitada em julgado lancem o nome do réu no rol dos culpados, oficiando-se a Corregedoria-geral de Justiça. Custas na forma da lei.

P.R.I.

Criciúma (SC), 25 de junho de 1997.

*Dr. Júlio César Knoll*  
*Juiz de Direito.*

# NOTICIÁRIO





## **PALESTRA PROFERIDA EM 1º DE OUTUBRO DE 2001 COMO PARTE DAS COMEMORAÇÕES DO 110º ANIVERSÁRIO DE INSTALAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA**

*Gunther Axt  
Doutor em História*

Bom dia, Excelentíssimas autoridades presentes, Sras. e Srs.

Antes de qualquer coisa, gostaria de agradecer ao gentil convite do Tribunal de Justiça de SC para falar sobre a História do Poder Judiciário no Brasil. Convite que muito me honra, considerando o quão solene e, ao mesmo tempo, afetivo apresenta-se este momento para a egrégia Corte do Estado de Santa Catarina.

Não vou negar, porém, que a incumbência deixou-me um tanto apreensivo. Perguntava-me: como resumir a riqueza, a complexidade da história da Justiça no Brasil em alguns minutos, e diante de uma platéia tão exigente? Não é segredo, a propósito, Sr. Presidente, que a Justiça do Estado de Santa Catarina apresenta um dos melhores desempenhos do País. Basta lembrar que aqui cada juiz costuma julgar em média mais de mil processos por ano, ou ainda que um Estado com apenas 3% da população nacional responde por 5% do total de processos entrados nas cortes de segunda instância do País.

O desafio de caracterizar a História da Justiça brasileira complexificava-se ainda mais quando considerada a relativa escassez e dispersão da produção historiográfica sobre o Poder Judiciário. A História Nacional vem sendo majoritariamente contada na perspectiva de eventos que tinham como protagonista o Poder Executivo. Nossa cultura historiográfica foi caudatária de uma concepção específica de poder, que sempre se estribou na apologia do presidencialismo forte e voluntarista, freqüentemente sobreposto às demais instâncias. O Estado, ao invés de ser entendido como uma das agências de poder na sociedade sobre a qual incide a pluralidade da cidadania, era sistematicamente caracterizado como um veículo funcional, cuja prática seria ou providencial ou retrógrada, dependendo da perspectiva ideológica do analista.

Apenas recentemente esse quadro vem alterando-se, sobretudo em virtude das transformações que agitaram a sociedade brasileira nos últimos 20 anos e que trouxeram em seu bojo uma reengenharia constitu-

cional. Os poderes Legislativo e Judiciário foram convocados a assumir e desempenhar um novo papel no processo político e na determinação dos rumos escolhidos pela Nação. Paralelamente, cresceu a curiosidade da historiografia pela manipulação de novos corpos documentais e pela construção de novas abordagens. Temas como problemas sociais, cultura política e formas de expressão da cidadania ganharam destaque. A Justiça, desse modo, começou a ser estudada de forma mais detida, o que vem contribuindo a difusão dos programas de memória institucional no País.

O debate em torno do papel histórico do Poder Judiciário ganha especial relevo, creio, no momento em que se discute uma Reforma no Congresso Nacional; em que a Justiça tem sido alvo de críticas de setores da imprensa e, mesmo, de outros poderes constituídos da Nação; críticas, algumas vezes procedentes, mas em geral anedóticas e desvinculadas de sérias históricas; enfim, nesse momento em que a sociedade volta seus olhos para o papel desempenhado pela Justiça e pelo Poder Judiciário entre nós.

Longe de meu horizonte tentar abranger aqui a essência historiográfica do Poder Judiciário brasileiro: esta é sem dúvida tarefa para toda uma vida; para toda uma geração de pesquisadores. E não será, aliás, jamais encerrada, pois a História, como campo emergente da cultura humana, está sempre em movimento. Posso, enfim, procurar cercar alguns elementos que contribuam para resumir aspectos da questão proposta.

Sob esta ótica, ocorreu-me ter algumas considerações em torno de um ponto central para a historiografia: a relação entre a Justiça e o campo da política. Afinal, é possível divisar uma contribuição específica da Magistratura para a construção do Estado e da Nação brasileira? Quais os limites históricos entre a Administração Pública e o Poder Judiciário? A Justiça foi sempre praticada com garantias de autonomia e independência? Sempre alcançou todos os segmentos sociais e abrangeu a diversidade de temas de litígio?

A Justiça europeia chegou ao Brasil com as primeiras naus. No dealbar do Descobrimento foi aplicada sobre a novel Colônia a lei de bordo dos capitães de navios e dos líderes das expedições exploratórias.

Com a implantação do sistema de capitánias hereditárias, em 1533, os donatários foram investidos de competências sobre as alçadas cíveis e criminais, as quais eram exercidas por um ouvidor e demais oficiais. Apelações, embora raras, podiam ser dirigidas à Casa de Suplicação ou, ainda, ao Desembargo do Paço, em Lisboa.

A partir de 1548 a Justiça dos senhores da terra começou lentamente a ceder terreno para a Justiça do Rei, com a implantação do Governo-Geral por Dom João III. Essa reforma estruturou em linhas básicas a organização judicial da Colônia. O ouvidor-geral constituiu-se em instância de apelação e agravo para as sentenças dos ouvidores das capitánias, que eram nomeados pela Coroa ou pelos donatários. Abaixo dos ouvidores atuavam na primeira instância os juizes ordinários e os juizes de vinte-

na, ambos eleitos pelas câmaras municipais, que acumulavam então funções administrativas, judiciais, legislativas e policiais.

Importante destacar aqui a grande confusão de atribuições entre os cargos e as instituições. Em um território imenso, de população rarefeita, distante dos centros de decisão e governado por um estado metropolitano infra-estruturalmente frágil, o choque de competências e a superposição de funções facilitavam o controle central sobre a burocracia colonial. *Justiça e Administração eram, então, praticamente uma coisa só.*

Esta simbiose tornou-se ainda mais evidente com a instalação do Tribunal da Relação da Bahia, em 1609, dando início ao chamado “governo magistrático”. A primeira Corte a operar em solo brasileiro foi moldada à feição da Casa da Suplicação de Portugal, com os desembargadores atuando individual e coletivamente.

Mas o Direito régio, a Justiça dos senhores de terras e a Justiça das Câmaras Municipais não estavam sozinhos. Na complexa sociedade do Antigo Regime, a Igreja tinha também seus tribunais. Desde 1676 funcionava em Salvador a Relação Eclesiástica. O povo, por seu turno, tinha seu direito consuetudinário, que muitas vezes não encontrava reprodução nas Ordenações reais.

Não foram poucos os conflitos entre essas esferas. Os desembargadores em correição pelo interior intervinham nas Câmaras Municipais, reformando leis, anulando eleições, cassando funcionários, glosando relatórios. Por mais de uma vez as Câma-

ras, sobretudo através de seus procuradores, sublevaram-se.

Por seu turno, os procuradores da Coroa confrontavam com certa frequência os promotores eclesiásticos, evitando deportações, penas de morte e de tortura e discutindo limites entre a autoridade real e a autoridade espiritual. Os Juizes de Fora — nomeados pela Coroa a partir de 1696 — reformavam sentenças de juizes ordinários e ouvidores. Mas o mandonismo senhorial escapava freqüentemente ao controle do corpo de magistrados, como no caso da proibição à escravização de indígenas. Finalmente, os contornos do direito consuetudinário aparecem, por exemplo, nas rebeliões das Câmaras Municipais contra reformas fiscais tentadas pela Coroa, indicando que o respeito aos princípios do costume era fundamental para a manutenção do equilíbrio nas relações entre Metrôpole e Colônia.

A partir da Independência esta superposição de esferas judiciais tendeu a ser racionalizada. A competência do direito canônico foi confinada à esfera da Igreja. A Justiça deu também importante passo no caminho da separação dos outros poderes. Em 1828 foi criado o Supremo Tribunal de Justiça e algumas províncias foram providas com Cortes recursais denominadas Tribunais de Relação.

A organização judiciária foi fundamentalmente estruturada pelo Código de Processo Penal de 1832 e pelas reformas de 1841 e de 1871. Na primeira instância operavam os juizes de paz, eleitos pelas Câmaras Municipais e que tiveram sua esfera de competência sensivelmente limitada com as reformas conservadoras de 1841.

Em seguida vinham os Juizes municipais e os de órfãos, nomeados pelo Ministério da Justiça. A Magistratura togada chegava às comarcas através dos juizes de direito. Apenas para eles e para os desembargadores existiam certas garantias funcionais. Os promotores públicos, por sua vez, nomeados também ao talante do Ministério da Justiça, eram considerados quase como parte da estrutura policial, sendo muitas vezes indicados pelos chefes de polícia os quais existiam em número de um para cada província.

Os conflitos entre os cargos, embora menos expressivos do que durante a Colônia, continuavam latentes. Os juizes de direito continuamente chocavam-se com a magistratura leiga e com as autoridades policiais. Em parte porque as atribuições nem sempre eram perfeitamente explícitas e os abusos de autoridade aconteciam com certa freqüência. Em parte, também, porque a atividade judicante era encharcada pela política.

No Império, praticamente todos os funcionários e autoridades públicas — incluindo a Magistratura com estabilidade — eram filiados a um dos dois partidos políticos: o Liberal e o Conservador. Desse vínculo partidário e do aporte de influências muitas vezes dependia o rumo de um processo. Promotorias públicas, juizados municipais e de órfãos eram, nesse contexto, considerados quase como estágios para a Magistratura. A ascensão na carreira tinha estreita relação com influências político-partidárias. A Magistratura, por sua vez, constituía-se com freqüência num trampolim para cargos eletivos, nas Assembléias e no Congresso Geral, ou administrativos,

como as presidências das Províncias e as chefias de polícia.

Não existiam Justiças regionais e os Tribunais de Relação eram diretamente vinculados ao Ministério da Justiça, que tinha a última palavra quanto aos orçamentos, às nomeações e às aposentadorias. Além disso, inúmeros campos não eram alcançados pela atividade judicante. Basta lembrar: que todos os litígios trabalhistas do funcionalismo público eram julgados pelo Conselho de Estado — órgão ligado ao Imperador —; ou então que o Ministério Público não tinha qualquer autonomia e era um pálido espectro daquilo em que hoje se constitui; ou ainda, que não existiam justiças especiais — como a do Trabalho e a Eleitoral — e que o Supremo era apenas *mais* uma instância recursal, não empunhando a atribuição de *velar* pela constitucionalidade do País. Finalmente, num País em que menos de 2% da população tinha direito ao voto, não é difícil imaginar as dificuldades interpostas para o acesso à Justiça dos 98% restantes, boa parte dos quais eram escravos.

Mas nem tudo nesse quadro eram mazelas. O Poder Judiciário avançara consideravelmente em relação à estrutura existente na Colônia. Essa tendência foi processual e gradual. A Magistratura togada, por exemplo, fortalecera-se com a Reforma de 1841, conquistando garantias em relação ao Código de 1832. A própria indistinção entre a Magistratura e a classe política teve seus benefícios, pois ajudou a manter a unidade ideológica e territorial de um País imenso, com grandes diferenças regionais e com fraca presença infra-estrutural do Poder Público. Além disso, a adesão

estratégica da Magistratura ao projeto centralizador imperial não foi necessariamente autoritária, nem conservadora, uma vez que ajudou a coibir certos excessos do poder privado local, contribuindo sobremaneira, portanto, na formação do estado nacional brasileiro. É por isso que os magistrados durante o Império podem ser lembrados como verdadeiros “construtores da ordem”.

Com a Proclamação da República foi mantido o Supremo e a Justiça Militar; surgiram a Justiça Federal e as Justiças Estaduais. Em consonância aos princípios federalistas da época, cada Estado ganhou autonomia para organizar seu aparelho judiciário e seus códigos de processo civil, penal e comercial.

No Rio Grande do Sul, caso que conheço melhor, a estrutura judiciária continuou muito semelhante à existente no Império. O Tribunal mudou de nome, mas continuou operando com 7 membros, sendo um dentre eles designado Presidente e outro Procurador-Geral.

A Justiça de primeira instância foi simplificada e passou a funcionar em dois níveis. Os juízes distritais (chamados de juízes municipais ou de paz em outros estados) eram leigos, nomeados pelo Presidente do Estado, mas indicados pelos chefes políticos locais, geralmente como prêmio por serviços prestados ao partido dominante. Preparavam processos e julgavam causas até o valor de 500 mil réis. Acima disso, as causas eram julgadas pelos juízes da comarca — chamados juízes de direito em outros estados. Formalmente, os juízes da comarca eram concursados e goza-

vam de estabilidade. Na prática, o Presidente do Estado podia manipular resultados dos concursos, bem como a situação funcional dos magistrados. Basta dizer que era ele quem assinava promoções, transferências e aposentadorias. Assim, candidatos às vagas abertas em concurso escreviam ao Governante perguntando-lhe se podiam contar com seu apoio no caso de prestarem os exames. Com certa frequência, também, juízes de comarca escreviam ao Presidente do Estado perguntando sobre o melhor encaminhamento a ser dado a um processo. Os próprios desembargadores não prolatavam seus acórdãos sem antes consultar o chefe político supremo.

Os Códigos de Processo, por sua vez, variavam de um estado para o outro. O caso mais extremado talvez tenha sido o do Rio Grande do Sul, onde, por exemplo, a formação de culpa se dava em duas fases — uma secreta e outra pública —, o júri tinha apenas cinco membros, o voto dos jurados era a descoberto e não havia direito à recusação dos jurados.

Os Códigos costumavam deixar também brechas para a interpretação da jurisprudência. Desse modo, contraventores foram inocentados sob a alegação de terem cometido seus delitos em defesa da honra ou sob efeito de insanidade temporária. Julgamentos podiam ser anulados com certa frequência, caçando a validade de sentenças absolutórias. Naqueles tempos, com efeito, a formalidade das leis parecia importar menos que a eloquência dos advogados e dos promotores. A imprensa, sempre partidarizada, mediante seus comentários subjetivos e apaixonados, interagia

nos processos. A isenção soçobrava diante do trânsito geral de influências.

Em respeito aos princípios federalistas, eram limitadas as prerrogativas do Supremo para garantir a constitucionalidade dos diplomas e atos legais. Note-se, por exemplo, a questão de limites envolvendo Paraná e Santa Catarina, quando acórdãos do Supremo foram três vezes desrespeitados, levando a eclosão armada entre os dois estados e ao conseqüente massacre do Irani, em 1912. Entretanto, se a competência do Supremo era contestada pelos estados no tocante à legislação regional, o órgão expandiu enormemente a doutrina do *habeas corpus*, convertendo-a numa das poucas garantias ao indivíduo em face dos desmandos das autoridades políticas e administrativas na esfera judicial.

O sociólogo Boaventura Santos nos ensina que o Poder Judiciário assume-se publicamente como Poder Político, na medida em que interfere com outros Poderes Políticos. Foi o que aconteceu, nos primórdios da República, nas vezes em que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina confrontou-se com o Governo Estadual. Em 1892, esta Corte foi temporariamente dissolvida pelo Governador Manoel Joaquim Machado, em represália pela impronúncia de réus acusados de agressão a um juiz de direito de Blumenau. Entre os réus encontrava-se o líder republicano Hercílio Luz. Em 1900, o Governador Felipe Schmidt enfrentou o Poder Judiciário, anulando *habeas corpus* que assegurara a permanência no cargo do superintendente da Capital, demitido pelo Governador. Logo depois, o mesmo Governador interveio no Tribunal, anulando

a nomeação de um desembargador e empossando pessoalmente outro magistrado, de sua confiança pessoal.

Porém, toda estrutura sistêmica encerra dentro de si própria a semente da transformação. Nesse caso, esse núcleo pode, por exemplo, ser identificado em alguns acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo. Em certas decisões, os desembargadores paulistas lograram defender a Fazenda Pública contra interesses privados de poderosos coronéis. Em outras, ousaram amparar os interesses do funcionalismo público, agravando a Administração Estadual. Ora, contribuindo para o fortalecimento do Estado e para o amparo do funcionalismo, a Justiça promovia indiretamente o reforço de sua autonomia institucional e, também, funcional.

Nesse desiderato, sintonizava-se com duas forças sociais. De um lado, o desenvolvimento do capitalismo trazia a necessidade de minimização do grau de incertezas no processo decisório. Ou seja, o capital financeiro e industrial para evoluir precisa de um corpo básico de regras comuns, as quais são descaracterizadas toda a vez em que se verifica o influxo de influências sub-reptícias. Essa cobrança tendeu a crescer à medida em que o Brasil integrava-se ao comércio internacional e abria-se ao capital externo.

De outro lado, a crescente pressão de setores populares exigia o alargamento dos canais de representação e participação. Testemunham este vetor as revoltas tenentistas desferidas a partir de 1922, ou as greves-gerais de 1917 e 1919, ou, ainda, a Revolta do Contestado, acontecida



aqui em Santa Catarina, entre outros tantos episódios.

Um caso judicial parece-me sintetizar esse duplo aspecto. Em outubro de 1900, o jovem imigrante italiano Ângelo Longaretti assistiu a seu velho pai sendo agredido pelo Coronel Diogo Eugênio Salles, ex-senador, irmão do Presidente da República Campos Salles e proprietário da fazenda de café em que a família Longaretti trabalhava. O jovem apanhou uma velha garrucha, disparando-a contra o Coronel, que tombou mortalmente ferido.

A imprensa de São Paulo explorou largamente o caso, exigindo a condenação. Não poderia ter sido outra a sentença. No primeiro julgamento, havido em 1901, o réu foi condenado a 21 anos de reclusão. A condenação foi confirmada em julgamento posterior, embora a pena tenha sido reduzida. A apelação foi rechaçada em acórdão do Tribunal de Justiça, de 27 de novembro de 1902, não obstante as notórias irregularidades que envolveram todo o processo, como desconsideração pela menoridade do réu; ausência de tradutor em língua italiana (já que o réu e muitas testemunhas não sabiam falar português); contradições nos depoimentos e assim por diante.

Mas o desfecho suscitou reações, como o famoso Relatório Rossi, que condicionou por parte do Governo italiano a suspensão dos fluxos migratórios para o Brasil. Mesmo assim, o caso parecia encerrado. Mas em 1908 voltou a ocupar as manchetes dos jornais, estimuladas pela dissidência política no interior do PRP. Além disso, a crise da superprodução do café situou

novamente a questão da mão-de-obra no centro dos debates. Novas versões motivaram a reabertura do processo e, em 7 de novembro, Ângelo Longaretti, tendo cumprido 7 anos e meio de prisão, foi solto. A imigração italiana, agora com o reforço da japonesa, foi retomada.

O episódio retrata claramente a fragilidade do indivíduo, especialmente o desprivilegiado, em face da arrogância da oligarquia. Mas indica, também, que a Justiça sistematicamente aparelhada pelo poder coronelista pode trazer prejuízos à expansão dos setores produtivos.

A Revolução de 1930 desencadeou um feixe de transformações que atingiu em cheio a estrutura e o funcionamento do Poder Judiciário. O Governo Provisório decretou, entre outras coisas, a reforma dos cursos jurídicos em 1931; a reforma do Supremo Tribunal Federal, também em 1931; a criação da Justiça Eleitoral, em 1932; a legislação trabalhista e a Justiça do Trabalho, esta oficialmente instalada em 1º de maio de 1941, após o funcionamento das Juntas de Conciliação por 9 anos instituiu também o recurso *ex officio* para o Supremo das decisões das justiças de segunda instância, sempre que esses julgamentos se fundassem em disposição ou princípio constitucional, ou decidissem contrariamente a leis federais.

A Constituição de 1934, por sua vez, fortaleceu o Poder Judiciário em todo o País, embora limitasse a autonomia dos Estados Membros. Autorizou a intervenção federal nos Estados para garantir o livre exercício do Poder Judiciário. Unificou o direito eleito-



ral, composto até então de uma superposição de diplomas municipais, estaduais e federais, que permitiam a fraude. Estabeleceu que os Estados, ao organizarem a Magistratura, deveriam obedecer a impedimentos peculiares à magistratura federal, e deveriam seguir certos princípios, como a investidura inicial mediante concurso, a investidura superior mediante promoção pelo critério alternado de antiguidade e merecimento, a estabilidade, a equiparação dos vencimentos dos Desembargadores aos dos Secretários de Estado, a fixação dos proventos dos juizes, a lista triplíce organizada pelo próprio Tribunal para promoções por merecimento etc. A Constituição introduziu ainda outras novidades, como a padronização do tribunal do júri, o mandado de segurança e o quinto constitucional. O Supremo teve competências alargadas.

Todas essas mudanças contribuíram sobremaneira para que a cidadania brasileira conquistasse espaços até então preenchidos pelas oligarquias. O Judiciário, por sua vez, conquistou novamente unidade conceitual e fortaleceu sua independência como nunca, o que, em contrapartida, contribuiu para afastar a Magistratura dos cargos eletivos e administrativos.

O Estado Novo, implantado mediante o golpe de 1937, fez refluir muitas dessas garantias. Dentre as principais transformações do período podemos listar a intervenção do Poder Executivo no Supremo; a extinção da Justiça Federal, apenas restabelecida em 1965; o fechamento da Justiça Eleitoral; o esvaziamento de atribuições do Ministério Público Federal; a suspensão do mandado de segurança e a atrofia do *habeas corpus*; a cassa-

ção do direito à greve; o resgate da pena de morte; a ameaça da aposentadoria compulsória a qualquer momento para os magistrados; e o fortalecimento do Tribunal de Segurança Nacional.

Datam também dessa época a promulgação do novo Código de Processo Civil, de 1939, e do Código de Processo Penal, de 1941, que tiveram o benefício de unificar procedimentos em todo o País. Em que pese a mutilação sofrida pelo Poder Judiciário, nunca é demais lembrar que a gota d'água para a queda do regime de força foi o episódio da concessão de *habeas corpus* pelo Supremo a três exilados políticos, em 1945.

A redemocratização retomou o conjunto de garantias asseguradas ao Poder Judiciário na década de 30. Os Tribunais resgataram também em todo o País o direito de organizarem seus próprios regimentos e de elegerem seus presidentes. A Constituição de 1946 permitiu ainda a intervenção federal através do Supremo, regra que foi regulamentada em 1954, instituindo a ADIn. Finalmente, com o objetivo de se descongestionar o Supremo, criou-se o Tribunal Federal de Recursos.

Consolidada a Constituição de 1946, bem como as estaduais que se seguiram, a década de 50 vivenciou transformações conceituais. O problema da segurança pública foi largamente discutido, convertendo-se não raro também em tema de exploração política. Mas o debate trouxe novas abordagens, por exemplo, sobre as causas da criminalidade, contribuindo para um amadurecimento geral. Da mesma forma, as condições do siste-

ma penitenciário e da estrutura policial foram revistas. Ganharam, ainda, impulso os Juizados de Menores. Enfim, os chamados direitos coletivos ganham espaço para se expressarem, dando maior visibilidade social aos tribunais.

Os anos 60 foram colhidos pelo AI 1, de 9 de abril de 1964, que atingiu o Judiciário com a suspensão de direitos políticos de alguns de seus membros. Em 13 de dezembro de 1968, o AI 5 enfeixou poderes discricionários nas mãos da Presidência da República. As intervenções na Justiça não foram tão explícitas como haviam sido durante o Estado Novo. Mesmo porque, os crimes chamados políticos foram retirados da alçada da Justiça comum e compreendidos na esfera da Justiça Militar.

Em contrapartida, durante o período militar, importantes conquistas foram consolidadas pela magistratura e pelos servidores do Judiciário. Por todo o País, o Judiciário expandiu-se, acompanhando o ritmo do progresso econômico e o do crescimento populacional. Remontam também a essa quadra importantes novidades, como a promulgação do Código de Processo Civil de 1973, a diversificação de temas tratados pela Justiça e a difusão da presença feminina nos quadros da Magistratura e nas Cortes. Foi durante a década de 70, enfim, que começaram a nascer os chamados direitos de terceira geração no País — direito do consumidor, ambiental etc.

Os ventos da abertura política soprados nos inícios dos anos 80 alcançaram também o Poder Judiciário. O Congresso Nacional promulgou im-

portantes instrumentos, como o Código do Meio Ambiente, de 1981, e a chamada Lei da Ação Civil Pública, de 1985, particularmente relevante na ampliação de competências do Ministério Público.

Estimativas ainda preliminares nos indicam também que a partir de 1980 tendeu a crescer a porcentagem da participação do Poder Judiciário nos orçamentos estaduais. No Rio Grande do Sul, por exemplo, desde 1920 ao Judiciário cabia uma média de 1,7% do orçamento estadual, índice que saltou para 3% na década de 80.

O aumento na participação orçamentária foi correspondido com um aumento considerável no número de processos julgados. Na década de 90, enquanto a população brasileira cresceu cerca de 11%, a procura pela Justiça em primeiro grau aumentou cerca de 106%. Dados levantados pelo IDESP indicam também que houve um aumento de 104,7% nos processos julgados entre 1990 e 1998. Índices semelhantes repetem-se nos Tribunais de Justiça, na Justiça Federal e na Suprema Corte, onde o aumento do número de processos recebidos entre 1989 e 1999 foi de 464%.

A procura pela Justiça nas últimas décadas no Brasil deu um salto impressionante, o que se explica por um conjunto de fatores, como a abertura política, a democratização institucional de 1988 e a melhora dos índices de desenvolvimento humano do País, pois sabemos que o incremento nos níveis de escolaridade, renda e longevidade contribuem sobremaneira para o crescimento da demanda por serviços judiciais.

Mas, além disso, a Justiça também procurou desenvolver mecanismos de aproximação ao cidadão comum, envolvido em causas de reduzido valor econômico ou de menor complexidade. Os Conselhos de Conciliação, consolidados pela Constituição de 1988 em Juizados Especiais, inauguraram uma forma de simplificação do direito e ampliaram o acesso à Justiça. Desautorizando os radicais de plantão, a expansão desse sistema tem indicado que a Justiça estatal é capaz de contribuir significativamente na redução das desigualdades sociais. Outro instrumento que aponta no mesmo sentido é a Defensoria Pública.

Finalmente, a Constituição de 1988 pode até estar longe da perfeição, mas ampliou significativamente as garantias cidadãs e cuidou, como não podia deixar de ser, de fortalecer o Poder Judiciário. Além disso, propiciou a notável expansão do Ministério Público.

Concluindo, Sr. Presidente, registro que a história do Poder Judiciário tem sido a história dos indivíduos que o enobrecem com sua ciência e sua coragem. Mas é também a história de um povo, de seus anseios, conflitos e práticas de poder. É também a história das Constituições e dos Códigos legais.

O tema da independência institucional do Poder Judiciário não me parece novo. Espero ter sido capaz de demonstrar com esta exposição que a independência do Judiciário constitui-se numa conquista lenta e processual. Muitas vezes, garantida no diplo-

ma legal, era desrespeitada na prática. Se até uma certa época, a indistinção entre a Magistratura e o campo político e administrativo contribuiu para a governabilidade do País, para a limitação de certos exageros do poder privado local, para a construção da ordem e da unidade nacional, a partir da República Velha tornou-se particularmente evidente o enorme custo político e social imposto à Nação pela falta de autonomia do Judiciário. Além disso, historicamente, a conquista dessa autonomia correspondeu à ampliação do acesso à Justiça, tanto no que concerne a novos direitos quanto no atinente à diversidade de segmentos sociais.

Não me parece que as ameaças à independência institucional do Judiciário estejam inteiramente afastadas. Temos visto governos na história recente do País desrespeitando decisões judiciais, ou determinando cortes arbitrários e unilaterais nos orçamentos da Justiça. Por outro lado, não sabemos até que ponto a globalização da economia pode afetar a jurisdição dos Judiciários nacionais.

Necessário, Senhores, continuar afirmando que o respeito à independência funcional e institucional do Judiciário é pressuposto inafastável do Estado Democrático de Direito. Como cidadão, entendo que o Judiciário não apenas representa importante reserva moral para o País, como ainda constitui-se em fundamental reserva de soberania para a Nação.

Muito obrigado.

# ÍNDICE NUMÉRICO



## **AÇÃO RESCISÓRIA**

98.003122-2	—	Xanxerê .....	476
-------------	---	---------------	-----

## **AGRAVOS DE INSTRUMENTO**

99.005361-0	—	Sombrio.....	432
99.008522-8	—	Capital.....	442
99.019448-5	—	Capital.....	402
00.014268-9	—	Rio do Sul .....	412
00.015242-0	—	Dionísio Cerqueira .....	418
00.020157-0	—	São Miguel do Oeste .....	435
01.003605-3	—	Capital.....	422
01.010864-0	—	Pomerode .....	428
01.013212-5	—	Orleans .....	430
01.015217-7	—	São Joaquim.....	407
01.016119-2	—	Papanduva.....	445
01.018107-0	—	Criciúma.....	448

## **AGRAVOS EM AGRAVOS DE INSTRUMENTO**

01.018497-4	—	Itapema .....	452
01.020026-0	—	São Bento do Sul .....	457
01.020344-8	—	Criciúma.....	449
01.020501-7	—	Capital.....	459
01.020926-8	—	Bom Retiro .....	462
01.021384-2	—	Itajaí .....	466
01.022172-1	—	Criciúma.....	470

## **APELAÇÕES CÍVEIS**

96.001678-3	—	Lages .....	108
96.002013-6	—	Biguaçu .....	321
97.007076-4	—	Tangará .....	155
97.011821-0	—	Mafra.....	159
97.014422-9	—	Capital.....	67
97.015195-0	—	Chapecó .....	69
98.000176-5	—	São Carlos .....	72
98.007591-2	—	Brusque .....	101
98.010284-7	—	Blumenau.....	184

98.017310-8	—	Concórdia.....	86
98.018416-9	—	Balneário Camboriú .....	310
99.001463-0	—	Barra Velha .....	245
99.001847-4	—	Correia Pinto.....	170
99.002561-6	—	Criciúma.....	296
99.004029-1	—	Joinville .....	386
99.005483-7	—	Blumenau.....	199
99.006978-8	—	Joinville .....	258
99.010431-1	—	Criciúma.....	113
99.011079-6	—	Criciúma.....	392
99.011702-2	—	Brusque .....	118
99.013573-0	—	Capital.....	174
99.014007-5	—	Criciúma.....	221
99.014635-9	—	São José.....	265
99.020397-2	—	Rio do Sul .....	253
00.000341-7	—	Itajaí .....	165
00.001061-8	—	Chapecó .....	269
00.004206-4	—	Timbó .....	395
00.010395-0	—	Itajaí .....	399
00.011057-4	—	Araranguá.....	287
00.015253-6	—	Balneário Camboriú .....	315
00.018418-7	—	Biguaçu.....	91
00.018719-4	—	Tijucas.....	215
00.019689-4	—	Jaraguá do Sul.....	123
01.001007-6	—	Sombrio.....	162
01.001230-3	—	Capital.....	227
01.001958-8	—	Itajaí .....	189
01.005983-5	—	Criciúma.....	96
01.009340-5	—	Capital.....	235
01.010797-0	—	Canoinhas.....	249
01.012574-9	—	Tijucas.....	291
01.012892-6	—	Lauro Müller .....	77
01.014910-9	—	Capital.....	218
01.014197-3	—	São Miguel do Oeste .....	300
01.015546-0	—	Capital.....	81
01.016119-2	—	Papanduva.....	445
01.019898-3	—	Biguaçu.....	303
01.020101-1	—	Capital.....	252

## APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

00.019855-2	—	Capital.....	45
00.024175-0	—	Lages .....	54

## APELAÇÕES CRIMINAIS

99.014345-7	—	Itajaí .....	570
00.022347-6	—	Capital.....	580



01.008569-0	— Imbituba .....	518
01.012953-1	— Pomerode .....	526
01.013655-4	— Balneário Camboriú .....	508
01.015709-8	— Lebon Régis.....	546
01.018182-7	— Fraiburgo.....	530
01.018586-5	— Xanxerê .....	536
01.019107-5	— Blumenau.....	540
01.019916-5	— São Miguel do Oeste .....	586
01.021149-1	— Lages .....	555
01.022098-9	— São Domingos .....	560
01.022343-0	— Caçador .....	550

**EMBARGOS INFRINGENTES**

88.041524-1	— Capital.....	489
00.015026-6	— Caçador .....	483

**HABEAS CORPUS**

80.511-6	— Minas Gerais (STF).....	617
80.592-2	— Paraná (STF) .....	627
80.938-3	— Ceará (STF) .....	637
01.016093-5	— Campos Novos .....	499
01.020384-7	— Taió .....	35
01.023021-6	— Blumenau.....	505
01.023853-5	— Blumenau.....	503

**MANDADOS DE SEGURANÇA**

7.971	— Distrito Federal (STJ).....	645
00.024862-2	— Capital.....	40

**MEDIDA CAUTELAR**

4.508	— São Paulo (STJ) .....	650
-------	-------------------------	-----

**PEDIDO DE SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA**

01.021220-0	— Canoinhas.....	657
-------------	------------------	-----

**QUEIXA-CRIME**

00.024643-3	— São Carlos .....	606
-------------	--------------------	-----

**RECURSO DE AGRAVO**

01020282-4	— Içara.....	589
------------	--------------	-----

**RECURSO ESPECIAL CRIME**

97.006168-4	— Itajaí.....	660
-------------	---------------	-----

**REPRESENTAÇÃO**

01.024145-5 — Imbituba ..... 593

**REVISÕES CRIMINAIS**

01.010873-9 — Joinville ..... 599

01.014250-3 — Chapecó ..... 595

**SUSPENSÃO DE SEGURANÇA**

961 — Ceará (STJ) ..... 653

# **ÍNDICE POR ASSUNTO**



## A

### **AÇÃO**

- Carência — Decretação. Falta de interesse de agir. Im procedência. Relação jurídica entre as partes demonstrada..... 459

### **AÇÃO DE COBRANÇA**

- Cooperativa — Exclusão de sócio. Quotas-partes. Restituição. Correção monetária. Possibilidade. .... 159
- Serviço de empreitada — Autarquia. Atraso no pagamento. Correção monetária. Verba devida. Termo inicial. Fixação. Pleito parcialmente provido..... 174

### **AÇÃO DE INDENIZAÇÃO**

- *Vide* Indenização.

### **AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA**

- *Vide* Nunciação de obra nova.

### **AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE**

- *Vide* Possessória.

### **AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO**

- *Vide* Repetição de indébito.

### **AÇÃO MONITÓRIA**

- Nota promissória — Quitação parcial do débito. Não comprovação. Título líquido, certo e exigível. Pleito procedente. .... 162

### **AÇÃO POPULAR**

- Bolsistas — Contratação pelo Estado. Ilegalidade e lesão ao patrimônio público. Não comprovação. Extinção do feito. .... 218
- Defesa do meio ambiente — Cabimento. Exegese do art. 5º, LXXIII, da CF. .... 215
- Lesão ao erário — Requisito não demonstrado. Extinção do feito..... 227

- Licitação — Dispensa. Ilegalidade e lesão ao erário. Inocorrência. Validade do ato. .... 235

## **AÇÃO REIVINDICATÓRIA**

- *Vide* Reivindicatória.

## **AÇÃO RESCISÓRIA**

- Usucapião — Sentença. Falta de citação dos réus. Nulidade absoluta. Coisa julgada. Inexistência. Exercício da lide rescisória. Impossibilidade. Extinção do feito. .... 476

## **ACIDENTE DO TRABALHO**

- Auxílio-doença — Cálculo. Consideração da parte fixa e variável da remuneração. Benefício transformado em aposentadoria por invalidez. Contribuição para o INSS. Descabimento. Revisional procedente. .... 96
- Mineiro — Pneumoconiose. Aposentadoria especial e auxílio-acidente. Cumulação. Possibilidade. .... 77

## **ADJUDICAÇÃO**

- Bem penhorado — Indeferimento. Extemporaneidade. Inocorrência. Ausência de termo final para a adjudicatória. Pleito procedente. .... 432

## **ADOÇÃO**

- Menor — Casal não inscrito no cadastro da comarca. Extinção do feito. Inadmissibilidade. Habilitação em comarca diversa. Proseguimento. .... 249

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

- *Vide* Recurso.

## **AGRAVO INOMINADO**

- *Vide* Recurso.

## **ANTECIPAÇÃO DA TUTELA**

- Indeferimento — Ausência de um dos requisitos do art. 273 do CPC. .... 189

## **ARRENDAMENTO**

- Mercantil — Cobrança antecipada do VRG. Descaracterização da avença. Transformação em contrato de compra e venda a prazo. Reintegração de posse. Inviabilidade. Extinção do feito. .... 123

## **AUXÍLIO-ACIDENTE**

- *Vide* Acidente do trabalho.

**B****BUSCA E APREENSÃO**

- Alienação fiduciária — Conversão em ação de depósito. Valor a ser consignado. Montante do saldo devedor em aberto. Interpretação dos arts. 902, I, e 904, ambos do CPC. .... 165

**C****CALÚNIA**

- *Vide* Crime contra a honra.

**CARÊNCIA DA AÇÃO**

- *Vide* Ação.

**CARTA PRECATÓRIA**

- Cumprimento — Suspensão pelo juízo deprecado. Impossibilidade. Incompetência absoluta. .... 422

**CERCEAMENTO DE DEFESA**

- Revisão contratual — Pedido incidental de exibição de documentos. Não apreciação. Preliminar acolhida..... 155

**CÓDIGO CIVIL**

- Art. 127..... 174
- Art. 499..... 123
- Art. 506..... 123
- Art. 549..... 386
- Art. 572..... 303
- Art. 940..... 162
- Art. 944..... 174
- Art. 955..... 189
- Art. 960..... 189
- Art. 1.056..... 189
- Art. 1.092..... 189
- Art. 1.444..... 483



— Art. 1.531.....	245
— Art. 1.537.....	258
— Art. 1.538, § 1º.....	72

## CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)

— Art. 1º.....	269
— Art. 3º.....	81
— Art. 3º, § 2º.....	269
— Art. 4º, III.....	412
— Art. 6º, VIII.....	435
— Art. 14, § 3º, I e II.....	118
— Art. 34.....	310
— Art. 42, parágrafo único.....	91
— Art. 46.....	101
— Art. 47.....	269
— Art. 51, IV.....	412 e 269
— Art. 51, § 2º.....	123
— Art. 52, § 1º.....	269
— Art. 54.....	269

## CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

— Art. 13, I.....	291
— Art. 14, III.....	265
— Art. 21.....	86 e 315
— Art. 33.....	435
— Art. 37 e seu parágrafo único.....	291
— Art. 113.....	422
— Art. 125, I.....	442
— Art. 130.....	430 e 258
— Art. 132.....	258
— Art. 209.....	35 e 422
— Art. 245, parágrafo único.....	476
— Art. 248.....	476
— Art. 249.....	476
— Art. 267, I.....	123
— Art. 267, IV.....	218 e 249
— Art. 267, VI.....	113, 227, 235 e 476
— Art. 267, § 3º.....	476
— Art. 273.....	189
— Art. 282.....	218
— Art. 283.....	430
— Art. 284.....	218
— Art. 286.....	253
— Art. 292, § 2º.....	189

— Art. 295, I.....	123
— Art. 295, III.....	235
— Art. 295, parágrafo único.....	118
— Art. 302.....	174
— Art. 333.....	162, 184 e 296
— Art. 333, I.....	174
— Art. 355.....	155 e 189
— Art. 356.....	189
— Art. 397.....	258 e 392
— Art. 401.....	395
— Art. 402.....	395
— Art. 403.....	395
— Art. 421, § 1º, I e II.....	296
— Art. 459, parágrafo único.....	72
— Art. 475, II.....	170
— Art. 485, V.....	476
— Art. 500, parágrafo único.....	159
— Art. 515, § 1º.....	184
— Art. 525, I.....	445 e 462
— Art. 525, I e II.....	466
— Arts. 530 e seguintes.....	489
— Art. 557, § 1º.....	445, 448, 452, 457, 459, 462, 466 e 470
— Art. 557, §§ 1º e 2º.....	449
— Art. 585.....	300
— Art. 593, I e II.....	287
— Art. 598.....	184
— Art. 614, I.....	392
— Art. 620.....	442
— Art. 649, IV.....	412
— Art. 655.....	442 e 452
— Art. 659.....	442
— Art. 714.....	432
— Art. 844.....	155
— Arts. 844 e seguintes.....	189
— Arts. 926 e seguintes.....	123
— Art. 1.071.....	399
— Art. 1.102a.....	162

## CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

— Art. 38.....	546
— Art. 43, I.....	606
— Art. 221.....	627
— Art. 310, parágrafo único.....	503
— Art. 312.....	499

— Art. 315.....	499
— Art. 350.....	503
— Art. 386, VI.....	536
— Art. 455.....	570
— Art. 564, II.....	546
— Art. 593, I.....	546
— Art. 593, III, <i>d</i> .....	570
— Arts. 621 e seguintes.....	599

## CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (Lei n. 9.503/1997)

— Art. 280, V.....	536
— Art. 302, <i>caput</i> .....	530
— Art. 306.....	536

## CÓDIGO PENAL

— Art. 14, II.....	550, 570 e 599
— Art. 23, III.....	606
— Art. 29.....	499, 555 e 570
— Art. 29, § 1º.....	560
— Art. 59.....	518 e 589
— Art. 61.....	667
— Art. 62, I.....	570
— Art. 65, I.....	570
— Art. 65, III, <i>d</i> .....	518 e 599
— Art. 69.....	555
— Art. 71.....	546 e 580
— Art. 78, §§ 1º e 2º, <i>a, b e c</i> .....	589
— Art. 121, <i>caput</i> .....	555 e 570
— Art. 121, § 1º.....	555
— Art. 121, § 2º, I.....	570
— Art. 121, § 2º, I, III e V.....	550
— Art. 121, § 2º, I e IV.....	499 e 595
— Art. 129, <i>caput</i> .....	540
— Art. 137, parágrafo único.....	555
— Art. 155, §§ 1º e 4º, I e IV.....	560
— Art. 155, § 4º, I e II.....	667
— Art. 155, § 4º, I e IV.....	503
— Art. 157, §§ 1º e 2º, I e II.....	540
— Art. 157, §§ 2º, I, e 3º, primeira parte.....	599
— Art. 168.....	580
— Art. 211.....	550
— Art. 213, <i>caput</i> .....	546
— Art. 224, <i>a</i> .....	546
— Art. 225, § 1º, I, e § 2º.....	546

— Art. 312, <i>caput</i> .....	580
— Art. 317, § 1º .....	593
— Art. 345.....	540
<b>COMPETÊNCIA (matéria penal)</b>	
— Notícia crime — Prefeito municipal. Peça endereçada ao Tribunal de Justiça. Não conhecimento. Competência originária da Procuradoria-Geral de Justiça. Remessa.....	593
<b>COMPRA E VENDA</b>	
— Reserva de domínio — Busca e apreensão. Conversão em ação de depósito. Inviabilidade. Hipótese em que o comprador é possuidor e não depositário. Extinção do feito. Decisão mantida. ....	399
<b>COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA</b>	
— <i>Vide</i> Promessa de compra e venda.	
<b>CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO (Decreto-Lei n. 5.452/1943)</b>	
— Art. 533.....	40
— Art. 534, §§ 1º, 2º e 3º.....	40
<b>CONSTITUIÇÃO ESTADUAL</b>	
— 1989— Art. 117 .....	174
<b>CONSTITUIÇÃO FEDERAL</b>	
— 1988— Art. 1º, III.....	199
— Art. 5º, XXVI.....	418
— Art. 5º, XXXII.....	118
— Art. 5º, XXXV .....	253
— Art. 5º, LXVII .....	165
— Art. 5º, LXIX .....	54
— Art. 5º, LXXIII.....	215
— Art. 29, VIII.....	113
— Art. 29, X.....	593
— Art. 37, § 6º.....	72 e 199
— Art. 93, IX.....	199
— Art. 102, I, <i>b</i> .....	637
— Art. 105, I, <i>a</i> .....	617
— Art. 133 .....	606
— Arts. 184 e seguintes.....	418
— Art. 192, § 3º.....	269
— Art. 207 .....	645
— Art. 211 .....	54

**CONTRATO**

- Bancário — Financiamento. Cláusula de desconto em folha de pagamento de servidor público. Ilegalidade e abuso..... 412
- Bancário — Revisão. Aplicação do CDC. Juros. Limitação. Taxa Referencial. Ilegalidade. Adoção do INPC. Capitalização de juros. Inadmissibilidade. Multa contratual. Redução. Pleito procedente..... 269
- Bancário findo — Revisão. Possibilidade. Juros reais. Limitação constitucional. Capitalização de juros. Cobrança. Critério. Atualização monetária do débito. Incidência do INPC. Indexações flutuantes. Cláusulas nulas. Pleito procedente..... 101
- Permissão de uso — Estabelecimento comercial. Espaço público. Precariedade do ato. Revogação unilateral. Admissibilidade..... 221
- Prestação de serviços — Cláusulas incompatíveis. Interpretação. Aplicação do CDC..... 81
- Prestação de serviços — Obra inacabada. Rescisão. Perdas e danos. Indenização. Projeto original. Alteração. Dedução dos valores. Apelo parcialmente provido..... 258
- Rescisão — Imóvel. Promessa de compra e venda. Inadimplemento da construtora. Devolução dos valores pagos pelos promitentes compradores. Determinação. Decisão mantida..... 315

**CORRETAGEM**

- *Vide* Intermediário de negócio.

**CRIME CONTRA A HONRA**

- Calúnia — Inocorrência. Fatos articulados imbuídos de *animus narrandi* ou *defendendi*. Ofensa não caracterizada. Queixa-crime rejeitada..... 606

**CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA**

- Sonegação fiscal — ICMS. Delito caracterizado. Condenação mantida..... 526

**CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA**

- Narcotraficância — Maconha e haxixe. Desclassificação para uso próprio. Inadmissibilidade. Confissão espontânea. Reconhecimento. Redução da pena. Apelo parcialmente provido..... 518
- Tráfico de entorpecente — Maconha. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida..... 673
- Tráfico de entorpecente — Maconha. Autoria e materialidade comprovadas. Depoimento de policiais. Validade. Associação eventual. Caracterização. Pena-base. Redução. Veículo. Confisco. Exclusão. Apelo parcialmente provido..... 508

**CRIME CONTRA OS COSTUMES**

- Estupro — Violência presumida. Ausência de representação da ofendida ou de seus pais. Ilegitimidade ministerial para deflagrar a ação penal. Nulidade do feito. Inteligência do art. 564, II, do CPP. .... 546

**D****DANO MORAL**

- Indenização — *Quantum*. Critério. .... 199
- Indenização — Transporte aéreo. Atraso no vôo e extravio de bagagem. Comprovação. Verba devida. *Quantum*. Elevação. .... 118
- Indenização — Vereador. Declarações ofensivas ao prefeito feitas na tribuna. Inviolabilidade parlamentar. Reconhecimento. Impossibilidade jurídica do pedido. Extinção do feito. .... 113

**DELITO DE TRÂNSITO**

- Embriaguez ao volante — Prova insuficiente. Condução com perigo à integridade física de outrem. Não demonstração. Absolvição decretada. .... 536
- Homicídio culposo — Atropelamento. Imprudência do condutor. Caracterização. Suspensão da habilitação para dirigir. Condenação mantida. .... 530

**DESPACHO DA VICE-PRESIDÊNCIA**

- Mandado de injunção coletivo — Prefeito municipal. Encaminhamento de projeto de lei que fixe data-base e índice de reajuste aos servidores. Respeito à Lei de Responsabilidade Fiscal. .... 657
- Recurso especial — Alegação de violação a lei federal. Inocorrência. Divergência jurisprudencial. Não comprovação. Inadmissibilidade do apelo. .... 660

**DIREITO DO CONSUMIDOR**

- Contrato bancário — CDC. Aplicabilidade. Perícia. Pagamento obrigatório por quem a requereu. .... 435

**DOCUMENTO**

- Indispensável — Juntada de ofício. Possibilidade. .... 430
- Juntada posterior à contestação — Possibilidade. .... 258

**DOCTRINA**

- As normas constitucionais de acordo com a sua eficácia e aplicabilidade — Pedro Manoel Abreu, Desembargador. .... 3
- O governo do Judiciário em Santa Catarina — A interventoria Luiz Gallotti. João José Ramos Schaefer, Desembargador. .... 25

**E****EMBARGOS À EXECUÇÃO**

- *Vide* Execução.

**ESTABELECIMENTO DE ENSINO**

- Superior — Vestibular. Candidato aprovado. Segundo grau não concluído. Matrícula. Indeferimento. Direito líquido e certo inexistente. Decisão mantida..... 54

**ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069/1990)**

- Art. 50..... 249

**ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS DO ESTADO DE SANTA CATARINA (Lei n. 6.745/1985)**

- Art. 97..... 412

**ESTUPRO**

- *Vide* Crime contra os costumes.

**EXECUÇÃO**

- Contrato bancário — Novação. Discussão de pactos originários. Impossibilidade. Juros. Capitalização. Questão não deduzida na inicial. Não conhecimento. Aplicação do CDC. Matéria não manejada no apelo. Não apreciação. Embargos desprovidos..... 184
- Dívida já paga — Penalidade do art. 1.531 do CC. Incabimento. Má-fé do credor não demonstrada..... 245
- Duplicatas sem aceite — Cártulas desacompanhadas de comprovantes de entrega das mercadorias. Imprestabilidade. Extinção do feito. .... 392
- Embargos — Alegação de pagamento da dívida. Prova da quitação. Documentos imprestáveis. Improcedência. .... 395
- Título extrajudicial — Carência da ação. Inocorrência. Cártulas que autorizam o prosseguimento da lide. .... 300



**F****FAZENDA PÚBLICA**

- INSS — Precatório. Interregno entre a inscrição e o efetivo pagamento do débito. Incidência de juros moratórios e correção monetária. .... 449

**FRAUDE À EXECUÇÃO**

- Caracterização — Requisitos..... 287

**FUNCIONÁRIO PÚBLICO**

- Licença especial para presidir associação — Suspensão. Entidade não sindical. Decisão mantida. .... 40
- Servidor — Estágio probatório. Exoneração. Ausência de processo administrativo. Nulidade do ato. Reintegração. .... 170

**FURTO QUALIFICADO**

- Arrombamento e escalada — Fragilidade da prova. Inocorrência. *Res furtiva* encontrada em poder do agente. Delito caracterizado. Condenação mantida. .... 667
- Delito caracterizado — Autoria e materialidade comprovadas. Participação de menor importância. Inacolhimento. Pena-base e sanção pecuniária. Adequação. Apelo parcialmente provido. .... 560

**G****GUNTHER AXT (Dr.)**

- Palestra proferida por ocasião das comemorações do 110º aniversário de instalação do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. .... 681

## H

**HABEAS CORPUS**

- Ação penal — Governador. Competência originária do STJ. Autorização da Assembléia Legislativa. Necessidade. *Writ* deferido..... 617
- Excesso de prazo na formação da culpa — Inocorrência. Constrangimento ilegal não caracterizado. Ordem denegada. .... 505
- Inquérito policial — Deputado federal. Crime eleitoral. Tramitação perante o TRE. Impossibilidade. Foro especial. Remessa dos autos ao STF. *Writ* parcialmente deferido..... 637
- Inquérito policial — Deputado federal. Depoimento. Ameaça de condução coercitiva. Não demonstração. Constrangimento ilegal não caracterizado. *Writ* indeferido. .... 627

**HOMICÍDIO**

- Júri — Legítima defesa própria ou de terceiros. Excludente não configurada. Homicídio privilegiado. Requisitos ausentes. Veredicto mantido. .... 555

**HOMICÍDIO QUALIFICADO**

- Motivo torpe — Autoria e materialidade comprovadas. Decisão do Conselho de Sentença mantida. .... 550

## I

**INDENIZAÇÃO**

- Construção — Estrago em propriedade limítrofe. Comprovação. Danos materiais, morais e lucros cessantes. Verbas devidas.... 303
- Veículo furtado — Estacionamento de *shopping center*. Verba devida..... 265

**INQUÉRITO POLICIAL**

- Deputado federal — Crime eleitoral. Tramitação perante o TRE. Impossibilidade. Foro especial. Remessa dos autos ao STF. *Habeas corpus* parcialmente deferido. .... 637

- Deputado federal — Depoimento. Ameaça de condução coercitiva. Não demonstração. Constrangimento ilegal não caracterizado. *Habeas corpus* indeferido. .... 627

## INTERMEDIÁRIO DE NEGÓCIO

- Comissão de corretagem — Cobrança. Requisitos. .... 86
- Comissão de corretagem — Mediação. Verba devida. Honorários. Percentual. Arbitramento. Entendimento jurisprudencial. .... 86

## J

### JOÃO JOSÉ RAMOS SCHAEFER (Des. )

- O governo do Judiciário em Santa Catarina — A interventoria Luiz Gallotti. .... 25

## JÚRI

- Homicídio — Legítima defesa própria ou de terceiros. Excludente não configurada. Homicídio privilegiado. Requisitos ausentes. Veredicto mantido. .... 555
- Homicídio qualificado — Cerceamento de defesa. Inocorrência. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Reconhecimento. Anulação do julgamento. Apelo ministerial provido. .... 570

## L

### LATROCÍNIO

- Desclassificação para tentativa de roubo com emprego de arma — Inviabilidade. Tipificação do crime do art. 157, § 3º, primeira parte, do CP, na forma tentada. Revisional parcialmente provida. .... 599

## LEGISLAÇÃO ESTADUAL

### DECRETOS

- N. 1.836/1997. .... 412



— N. 8.137/1990	— Art. 2º, II .....	526
— N. 8.213/1991	— Art. 86, § 2º .....	77
— N. 8.625/1993	— <i>Vide</i> Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.	
— N. 8.666/1993	— Art. 24, XIII .....	235
— N. 9.069/1995	— Art. 68.....	452
— N. 9.099/1995	— Art. 61.....	530
	— Art. 89.....	526
	— Art. 89, § 4º .....	586
— N. 9.298/1996	— .....	269
— N. 9.394/1996	— Art. 44, II.....	54
— N. 9.437/1997	— Art. 10.....	518
— N. 9.503/1997	— <i>Vide</i> Código de Trânsito Brasileiro.	
— N. 9.714/1998	— .....	518 e 560

### **LEI ANTITÓXICOS (Lei n. 6.368/1976)**

— Art. 12, <i>caput</i> .....	508
— Art. 12.....	505, 518 e 673
— Art. 16.....	518
— Art. 18, III.....	508
— Art. 25 .....	505 e 518
— Art. 34.....	508

### **LEI DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (Lei n. 1.060/1950)**

— Art. 5º, § 4º .....	580
-----------------------	-----

### **LEI DAS DUPLICATAS (Lei n. 5.474/1968)**

— Art. 15, II.....	392
--------------------	-----

### **LEI DE ACIDENTES DO TRABALHO (Lei n. 6.367/1976)**

— Art. 5º, I e II .....	96
-------------------------	----

### **LEI DE IMPRENSA (Lei n. 5.250/1967)**

— Art. 21 .....	617
— Art. 22.....	617

### **LEI DE MERCADO DE CAPITAIS (Lei n. 4.728/1965)**

— Art. 66.....	165
----------------	-----

### **LEI DE USURA (Decreto n. 22.626/1933)**

— .....	269
---------	-----

### **LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (Lei n. 8.072/1990)**

— Art. 2º, § 1º .....	546
-----------------------	-----

**LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS (Lei n. 6.015/1973)**

- Art. 57..... 252
- Art. 58..... 252

**LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (Lei n. 8.625/1993)**

- Art. 29, V ..... 593

**LEIS COMPLEMENTARES**

- N. 58/1992 (Estadual) — Art. 1º ..... 40
- N. 156/1997 (Estadual) — ..... 170
- Art. 35, h..... 199
- N. 161/1997 (Estadual) ..... 96
- N. 170/1998 (Estadual) ..... 54
- N. 185/1999 (Estadual) ..... 40

**LIBERDADE PROVISÓRIA**

- Fiança — Falta de condições financeiras do réu. Manutenção da prisão. Ofensa ao disposto no art. 350 do CPP. Constrangimento ilegal caracterizado. *Habeas corpus* concedido..... 503

**LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ**

- Condenação — Apelação. Pretensão destituída de fundamentação e contrariando matéria pacífica e sumulada. .... 265

**M****MACONHA**

- *Vide* Crime contra a saúde pública.

**MANDADO DE SEGURANÇA**

- Cooperativa — Transporte de passageiros. Registro no órgão estadual. Indeferimento. Requisitos legais ausentes. Segurança denegada. .... 45
- Professores — Greve. Suspensão dos salários. Impossibilidade. Liminar concedida. .... 645
- Suspensão da execução de liminar — Matéria constitucional. Incompetência do STJ. Remessa dos autos ao STF. .... 653

**MANDATO JUDICIAL**

- Procuração — Falta. Regularização. Possibilidade. .... 291

**MEDIDA CAUTELAR**

- Inominada — Efeito suspensivo a recurso especial. *Fumus boni iuris* e *periculum in mora* não comprovados. Liminar indeferida. .... 650

**MEIO AMBIENTE**

- Dano ecológico — Aterro de manguezais e margens de rio. Comprovação. Responsabilidade do proprietário causador. .... 321

**N****NOTICIÁRIO**

- Comemoração do 110º aniversário de instalação do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. .... 681

**NUNCIÇÃO DE OBRA NOVA**

- Imóvel — Obra estruturalmente concluída. Ausência de pressupostos para a nunciatória. Extinção do feito. Prosseguimento da lide em virtude da cumulação com demolitória. .... 402

**P****PECULATO**

- Delito caracterizado — Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. .... 580

**PEDRO MANOEL ABREU (Des.)**

- As normas constitucionais de acordo com a sua eficácia e aplicabilidade. .... 3

**PENA CRIMINAL**

- Minoração — Impossibilidade. Confissão espontânea não configurada. .... 595



**PENHORA**

- Efetivação — Bem constritado de valor superior ao montante da execução. Substituição por dinheiro. Admissibilidade. .... 442
- Eletrodomésticos — Impenhorabilidade. .... 407
- Imóvel — Bem de valor elevado e de difícil comercialização. Recusa pelo credor. Constrição sobre dinheiro. Possibilidade. .... 452
- Pequena propriedade rural — Impenhorabilidade. Exegese do art. 5º, XXVI, da CF. .... 418

**PETIÇÃO INICIAL**

- Cumulação de pedidos — Admissibilidade. Inépcia rejeitada. .... 189
- Pedido genérico — Inocorrência. Pleito certo e determinado. Carência da ação afastada. .... 253

**POSSESSÓRIA**

- Reintegração — Arrendamento mercantil. Cobrança antecipada do VRG. Descaracterização da avença. Transformação em contrato de compra e venda a prazo. Proteção possessória inviável. Extinção do feito. .... 123
- Reintegração — Liminar. Revogação. Arrendamento mercantil. Cobrança antecipada do VRG. Transformação do contrato para compra e venda a prestação. Ausência do *fumus boni iuris*. Decisão mantida. .... 428

**PREVIDÊNCIA SOCIAL**

- INSS — Precatório remanescente. Juros moratórios. Incidência. Benefício acidentário. Atualização. Aplicação do IGP-DI. Precedentes jurisprudenciais. .... 470

**PRISÃO CIVIL**

- Depositário infiel — Constitucionalidade da medida. Inexistência de constrangimento ilegal. Maioria de votos. .... 165
- Depositário infiel — Descabimento da medida. Ilegalidade manifesta. Ordem de *habeas corpus* concedida. .... 35

**PRISÃO PREVENTIVA**

- Decretação — Constrangimento ilegal. Inocorrência. Obediência aos ditames dos arts. 312 e 315 do CPP. *Habeas corpus* denegado. .... 499

**PROCESSO CRIME**

- Suspensão — Revogação. Descumprimento de condição. Intimação do réu para justificação. Ausência. Desrespeito ao princípio do contraditório. Decisão anulada. .... 586

**PROCURAÇÃO**

- Vide Mandato judicial.

**PROMESSA DE COMPRA E VENDA**

- Contrato — Rescisão. Inadimplemento. Mora configurada. Indenização por danos materiais e morais. Verbas devidas. Restituição das prestações iniciais. Pleito parcialmente procedente. .... 189

**PROVA**

- Pericial — Apresentação de quesitos e assistentes técnicos. Intimação das partes. Ato efetivado. Cerceamento de defesa não caracterizado..... 296
- Pericial — Divergência. Prevalência do laudo do perito oficial..... 303
- Pericial — Indeferimento. Desnecessidade. .... 296

**R**

**RECURSO**

- Agravo de instrumento — Falta de peça essencial. Seguimento ao apelo negado. Juntada posterior. Inviabilidade. Apelo desprovido..... 445
- Agravo de instrumento — Falta de peça obrigatória. Seguimento negado. Juntada posterior. Documento inidôneo. Apelo não provido. .... 462
- Agravo de instrumento — Prazo. Contagem baseada no SAJ. Impossibilidade. Mecanismo que não substitui as formas previstas em lei. Intempestividade mantida..... 457
- Agravo de instrumento — Procuração. Prazo de vigência expirado. Inexistência de poderes de representação. Seguimento ao apelo negado. Decisão mantida..... 466
- Agravo inominado — Intempestividade. Não conhecimento. .... 448

**REGIMENTO DE CUSTAS DO ESTADO**

- Art. 33, parágrafo único..... 96

**REGISTRO CIVIL**

- Prenome — Alteração. Admissibilidade..... 252

**REIVINDICATÓRIA**

- Imóvel — Edificação. Invasão mínima de terreno vizinho. Inviabilidade do pleito. Indenização devida..... 386

**REPETIÇÃO DE INDÉBITO**

- Estabelecimento de ensino — Alunos. Despesas com aulas não ministradas. Ressarcimento em dobro..... 91

**RESOLUÇÃO**

- N. 81/1998 (Contran) — Art. 1º, I e II..... 536
- Art. 5º..... 536

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

- Acidente de trânsito — Invasão de via preferencial por preposto. Colisão. Indenização. Dano estético e moral. Cumulação. *Quantum*. Redução. Apelo parcialmente provido. .... 69
- Indenização — Aluno. Lesão no interior de escola pública. Perda da visão. Verba devida. Pensão mensal. Cabimento. Dano estético. Fixação. Apelo desprovido..... 72
- Indenização — Veículo furtado. Transferência pelo Detran. Ressarcimento pelo Estado. Descabimento..... 67

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO**

- Indenização — Atropelamento. Culpa do servidor público. Caracterização. Pensão mensal. Termo inicial. Dano moral e estético. Cumulação. Possibilidade. Pleito procedente. .... 199

**ROUBO QUALIFICADO**

- Concurso de agentes e emprego de arma — Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. .... 540

**S****SEGURO**

- Mercadorias — Roubo. Apólice. Limitação da cobertura. Inaplicabilidade. Proposta contendo cobertura ampla. Obrigação de indenizar. .... 310
- Seguro de vida em grupo — Negativa de cobertura. Omissão intencional e má-fé do segurado. Indemonstração. Obrigação da seguradora de indenizar. .... 483

**SENTENÇA**

- Fundamentação concisa e objetiva — Validade..... 407
- Nulidade — Falta de fundamentação. Inocorrência. Preliminar afastada..... 199

**SERVIDOR PÚBLICO**

- *Vide* Funcionário público.

**SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO**

- Casa própria — Reajuste. Critério. Divergência. Prevalência do Plano de Equivalência Salarial (PES). ..... 489

**SONEGAÇÃO FISCAL**

- *Vide* Crime contra a ordem tributária.

**SÚMULAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

- N. 28..... 165
- N. 111..... 96
- N. 121..... 101
- N. 245..... 165

**SÚMULAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

- N. 21..... 170
- N. 121..... 269
- N. 159..... 245
- N. 163..... 258

**SÚMULA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL**

- N. 52..... 470

**SURDIS**

- *Vide* Suspensão condicional da pena.

**SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA**

- *Sursis* especial — Concessão. Impossibilidade. Reparação do dano não comprovada. .... 589
- *Sursis* simples e especial — Cumulação. Inadmissibilidade. .... 589

**T****TRÁFICO DE ENTORPECENTE**

- *Vide* Crime contra a saúde pública.

**U****USUCAPIÃO**

- Extraordinário — Requisitos necessários. Não demonstração. Pleito improcedente..... 108

**V****VALOR DA CAUSA**

- Impugnação por meio de agravo retido — Via inadequada. Não conhecimento..... 258

Composição, revisão e paginação executadas  
pela Seção de Revisão  
da Divisão de Documentação  
da Diretoria de Documentação e Informações  
do Tribunal de Justiça.

**Chefe de Divisão**

Léa dos Santos Sousa

**Chefe da Seção de Revisão**

José Tadeu de Miranda

**Composição**

José Tadeu de Miranda

**Revisores**

Cleusa Maria de Souza  
Christiane Monique Callado Silva  
Eliane Cardoso de Melo  
Idalete Souza  
Inge Ignez Ruschel Horn  
João Paulo da Silva  
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, diagramação e acabamento  
realizados pela Divisão de Artes Gráficas,  
da Diretoria de Infra-Estrutura  
do Tribunal de Justiça.