

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.

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
Rua Álvaro Millen da Silveira, n. 208
Caixa Postal 427
88020-901 — Florianópolis — SC
Telefone/Fax (48) 221-1153
E-mail: divdoc@tj.sc.gov.br

Tiragem: 1.700 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

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA	V
DOCTRINA	
Clonagem. Reprodução assexuada. Aspectos jurídicos e bioéticos — Pedro Manoel Abreu, Desembargador	3
A difícil arte de desaprender — Volnei Carlin, Desembargador...	27
Uma política jurídica para a redução do consumo de bebidas alcoólicas — Sérgio Luiz Junkes, Juiz de Direito.....	29
A ação direta de inconstitucionalidade em Santa Catarina — Eduardo Sens dos Santos, Procurador Federal.....	41
JURISPRUDÊNCIA CÍVEL	
Mandados de Segurança	65
Apelações Cíveis em Mandados de Segurança	78
Apelações Cíveis	94
Agravos de Instrumento.....	333
Agravos nos Agravos de Instrumento	385
Ação Rescisória.....	408
Embargos Infringentes.....	415
Embargos de Declaração	424
JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL	
Habeas Corpus	431
Apelações Criminais	446
Embargos de Declaração	535
Processo Crime	536
Recurso de Agravo	541

JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA

Ação Direta de Inconstitucionalidade	547
Argüições de Inconstitucionalidade	552

JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Recursos Extraordinários	567
Embargos em Recurso Extraordinário	572

JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recursos Especiais	579
Recurso Ordinário em Mandado de Segurança.....	583

VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pedidos de Suspensão de Liminar.....	591
Pedido de Suspensão de Sentença	598
Recursos Especiais Cíveis	603
Recurso Especial Crime	606
Recurso Especial em Agravo de Instrumento	608
Recursos Extraordinários Cíveis	610

ÍNDICE NUMÉRICO	619
------------------------------	-----

ÍNDICE POR ASSUNTO	625
---------------------------------	-----

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (agosto de 2003)

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

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. José GASPAR RUBIK

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. João Eduardo SOUZA VARELLA — **Vice-Corregedor-Geral da Justiça**

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

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA — **Terceiro Vice-Presidente**

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. 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
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. MARCUS TÚLIO SARTORATO
Des. CÉSAR Mimoso Ruiz ABREU
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Sessões: 2ª quarta-feira do mês — Horário: 10h — Local: 10º 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. João Eduardo SOUZA VARELLA — Vice-Corregedor-Geral da Justiça
Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI — 2º Vice-Presidente
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA — 3º Vice-Presidente
Des. ELÁDIO TORRET ROCHA
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

SEÇÃO CIVIL

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

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. NEWTON TRISOTTO
Des. José MAZONI FERREIRA
Des. VOLNEI Ivo CARLIN
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. VANDERLEI ROMER
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. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. MARCUS TÚLIO SARTORATO
Des. CÉSAR Mimoso Ruiz ABREU
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Dr. TÚLIO José Moura PINHEIRO

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Sessões: 2ª quarta-feira do mês — Horário: 14h — Local: HS

Des. JOÃO MARTINS — Presidente
Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO
Des. ANSELMO CERELLO
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. VOLNEI Ivo CARLIN
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. VANDERLEI ROMER
Des. CÉSAR Mimoso Ruiz ABREU
Dra. SÔNIA MARIA SCHMITZ (substituindo o Des. Rui F. Barreiros Fortes)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Sessões: 2ª quarta-feira do mês — Horário: 14h — Local: HS

Des. PEDRO MANOEL ABREU — Presidente
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. ELÁDIO TORRET ROCHA
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. FERNANDO CARIONI
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Dr. TÚLIO José Moura PINHEIRO

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Sessões: 2ª quarta-feira do mês — Horário: 14h — Local: HS

Des. CARLOS PRUDÊNCIO — Presidente
Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES
Des. José MAZONI FERREIRA
Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. MARCUS TÚLIO SARTORATO
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Dr. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS (substituindo o Des. Luiz Carlos Freyesleben)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Sessões: terças-feiras — Horário: 14h — Local: 10º andar

Des. CARLOS PRUDÊNCIO — Presidente

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

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

Des. José MAZONI FERREIRA — Presidente

Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA

Dr. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS (substituindo o Des. Luiz Carlos Freyesleben)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Sessões: segundas-feiras — Horário: 13h30min — Local: HS

Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO — Presidente

Des. JOSÉ VOLPATO de Souza

Des. MARCUS TÚLIO SARTORATO

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Sessões: quintas-feiras — Horário: 14h — Local: HS

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA — Presidente

Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES

Dr. TÚLIO José Moura PINHEIRO

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Sessões: quintas-feiras — Horário: 14h — Local: HS

Des. PEDRO MANOEL ABREU — Presidente

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Sessões: quintas-feiras — Horário: 14h — Local: HS

Des. José TRINDADE DOS SANTOS — Presidente

Des. FERNANDO CARIONI

Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

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

Des. JOÃO MARTINS — Presidente

Des. VOLNEI Ivo CARLIN

Des. VANDERLEI ROMER

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

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

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO — Presidente

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Sessões: sextas-feiras — Horário: 9h — Local: HS

Des. ANSELMO CERELLO — Presidente

Des. CÉSAR Mimoso Ruiz ABREU

Dra. SÔNIA MARIA SCHMITZ (substituindo o Des. Rui F. Barreiros Fortes)

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

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

Des. Des. JORGE MUSSI — Presidente

Des. José GASPAS RUBIK

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE

Des. SOLON D'EÇA NEVES

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

Des. José Antônio TORRES MARQUES

Dr. José Carlos CARSTENS KÖHLER (substituindo o Des. Souza Varella)

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

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

Des. Des. JORGE MUSSI — Presidente

Des. José GASPAS RUBIK

Des. SOLON D'EÇA NEVES

Dr. José Carlos CARSTENS KÖHLER (substituindo o Des. Souza Varella)

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

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

Des. SÉRGIO Torres PALADINO — Presidente

Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

Des. José Antônio TORRES MARQUES

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

Sessões: quintas-feiras — Horário: 10h — Local: HS

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA — Presidente

Dr. NILTON João de MACEDO MACHADO

Dr. VICTOR José Sebem FERREIRA

Dr. SÉRGIO IZIDORO HEIL

JUÍZES DE DIREITO SUBSTITUTOS DE SEGUNDO GRAU

Dr. NILTON João de MACEDO MACHADO

Dr. JAIME RAMOS

Dra. MARIA DO ROCIO Luz SANTA RITTA

Dr. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS

Dr. NEWTON JANKE

Dr. VICTOR José Sebem FERREIRA

Dr. JOSÉ CARLOS CARSTENS KÖHLER

Dr. DIONÍSIO JENCZAK

Dr. SÉRGIO IZIDORO HEIL

Dra. SÔNIA MARIA SCHMITZ

Dr. TÚLIO José Moura PINHEIRO

Dr. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA

JUÍZES CORREGEDORES

Dr. PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA

Dr. ROBERTO LUCAS PACHECO

Dra. SORAYA NUNES LINS BIANCHINI

CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA

ARI DORVALINO SCHÜRHAUS

DIRETOR-GERAL ADMINISTRATIVO

SÉRGIO GALLIZA

DIRETOR-GERAL JUDICIÁRIO

ALBERTO PIZZOLATTI REMOR

DOCTRINA

CLONAGEM REPRODUÇÃO ASSEXUADA ASPECTOS JURÍDICOS E BIOÉTICOS

Pedro Manoel Abreu*

Sumário: 1. Introdução; 2. Conceito e tipos de clonagem; 3. Breve esboço histórico da clonagem; 4. Dolly, Polly e outros experimentos genéticos; 5. Perspectivas científicas da clonagem no âmbito da biomedicina; 6. Aspectos jurídicos e éticos da clonagem; 7. Conclusão; 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A clonagem, particularmente a clonagem humana, é um dos temas mais fascinantes da ciência neste início de milênio e de nova era, desafiando valores morais, religiosos, éticos e jurídicos. Nem mesmo as expectativas e projeções mais delirantes da ficção científica poderiam antever tamanha obsolescência dos mecanismos de controle da pesquisa científica, notadamente no campo da genética, na última década, em vista da desconcertante velocidade de seus avanços, a desafiar o vetusto e antiquado sistema jurídico concebido pela modernidade.

* O autor é desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal de Santa Catarina — UFSC.

Possivelmente a clonagem da ovelha Dolly seja o maior fato científico da última década. Para muitos cientistas, a façanha de Ian Wilmut e de sua equipe talvez tenha sido o passo mais importante da ciência no século passado¹, porque abre a perspectiva concreta da clonagem humana, não sendo descartável a hipótese de que já existam clones humanos artificiais, em que pese setores da comunidade científica e vários governos tenham acelerado a corrida rumo à edição de leis proibitivas².

O século XX foi o século da ciência. Conforme destaca Rodrigo M. da Costa, “Atravessamos as últimas décadas embevecidos, ou atribulados, com Einstein e a relatividade, Oppenheimer e a bomba atômica, o homem na Lua, a televisão, o computador. Mas que ninguém estranhe se, muito em breve, aparecer alguma boa cabeça dizendo: ‘Século da ciência, que coisa vaga!

Tínhamos diante do nariz, acontecendo todos os dias, a mais fantástica revolução de toda a história do conhecimento! Abrimos o livro da vida, uma obra que a natureza compôs em 3 bilhões de anos. Aprendemos a entendê-lo, deciframos suas lições, começamos a reescrevê-lo e ficamos ali dizendo ciência, quando devíamos dizer genética!’ Ou, mais precisamente, biotecnologia”³. E acrescenta:

“Nascida do feliz casamento da biologia com a informática, em pouquíssimos anos de vida essa nova aventura da inteligência humana vem atirando sobre todos nós, a cada dia, um dilúvio de novidades e descobertas com uma rapidez absolutamente espantosa. Por sua obra e graça estamos cercados de genes, embriões, biochips, genomas, neurotransmissores, clonagens, seqüência, transgênicos e de símbolos intrigantes como a ovelha Dolly, a ‘escadinha’ em espiral do DNA, a soja transgênica, agora até ratinhos inteligentes. Não é só mais uma daquelas novidades apressadamente chamadas de ‘revolução’, que a cada 30 anos mudam alguns de nossos hábitos. A biotecnologia é uma ruptura, garantem os entendidos, comparável ao momento em que o homem, bem lá atrás, dominou o fogo.

“Não é uma técnica a mais. É o poder de criar e alterar processos e formas orgânicas, nos mundos vegetal, animal e microorgânico”.

Talvez a grande preocupação, neste momento, em vista desse vertiginoso avanço científico e tecnológico, especialmente no campo da ge-

1 OLIVEIRA, Fátima. “O irresistível fascínio da clonagem”. *Rede de Informação sobre Bioética*. Boletim 12, fevereiro de 1997. In <http://www.culturabrasil.art.br/RIB/boletim12.htm>.

2 *Idem, idem*.

3 COSTA, Rodrigo M. Da. “Clonagem”. In <http://www.ufv.br/dbg/BIO240/C008.htm>, p. 1.

nética, seja definir a nós mesmos como seres humanos. Conforme constata Pessini, Léo & Barchifontaine e Christian de Paul:

“Nosso conhecimento científico está crescendo. Quanto mais aprendemos a respeito de genética, mais apreciamos sua importância em nos ajudar a definir a nós mesmos. Quanto mais aprendemos a respeito de psicologia e ciências sociais, mais nos damos conta de que podemos ser manipulados numa variedade de modalidades e que já não conhecemos a nós próprios. Conseqüentemente, sabemos que a natureza humana pode ser muito mais maleável do que jamais imaginávamos. Onde isso nos deixa? Alguns diriam que, em tempo de confusão e incerteza, deveríamos ser conservadores sem definir a natureza humana e deveríamos proceder vagarosamente até que soubéssemos para onde estamos indo. Outros concluiriam justamente o oposto: uma vez que estamos incertos, deveríamos ser liberais e caminhar rapidamente de modo que pudéssemos alcançar o conhecimento de que precisamos para ajudar a definir nossa natureza. Qualquer que seja a direção que tomemos, não existe um consenso cultural em que possamos nos apoiar e confiar, haja vista os problemas levantados pela engenharia genética que afetam fundamentalmente o modo como definimos o que é o ser humano”.⁴

No dizer de Adriana Diaféria, a clonagem humana, “este inusitado avanço veio justamente para revolucionar nossos dogmas mais íntimos, nossas estruturas de raciocínio, desenvolvidas em séculos de existência, que serviram de fundamento para a estruturação de todas as sociedades do passado e que influenciaram na formação das atuais...”.⁵

É certo que o debate sobre a clonagem de seres humanos não pode ser confinado a dogmas morais, de fé ou de religiões. Precisamos enfrentar tais discussões no campo científico e ético⁶. Todavia, para alguns estudiosos, a clonagem tipo Dolly seria a expressão mais radical do egoísmo e do narcisismo.

E justificam: “Seres humanos não reproduzem, procriam! O desejo de ter uma prole *carne de minha carne e sangue do meu sangue* (procriação) não pode servir de argumento para que as pessoas mudem, em nome

4 In *Problemas Atuais de Bioética*. 3ª ed. Loyola, 1996, Apud DIAFÉRIA, Adriana. *Clonagem: Aspectos Jurídicos e Bioéticos: um enfoque constitucional para conhecer a nova realidade, entender o progresso tecnológico e científico, aplicado o Direito como mantenedor da ordem social*. São Paulo, Edipro, 1999, p. 13.

5 DIAFÉRIA, Adriana. Ob. cit. *Clonagem: Aspectos Jurídicos e Bioéticos: Um enfoque constitucional para conhecer a nova realidade, entender o progresso tecnológico e científico, aplicado o Direito como mantenedor da ordem social*. São Paulo, Edipro, 1999, p. 16.

6 OLIVEIRA, Fátima. Art. cit., p. 2.

do direito individual à prole biológica, o padrão de transmissão do DNA humano e exijam que sua prole passe a ser *genótipo do meu genótipo e fenótipo do meu fenótipo* (reprodução). A troca de quê?⁷

Para os mais críticos, clonar humanos significaria a reedição sofisticada da eugenia, a negação do direito à diferença e do direito de ser geneticamente único.⁸

Entretanto, a matéria, como se demonstrará, é complexa, comportando inúmeros enfoques, de modo que incumbirá à bioética e ao biodireito traçar os limites de tão apaixonante temática. Basta lembrar a possibilidade de casais estéreis poderem, através da clonagem, ter descendentes genéticos. Seria tecnicamente possível gerar-se um gêmeo idêntico ao pai ou à mãe, nascido muito depois. Nessa hipótese curiosa, a criança seria criada por um casal em que um dos parceiros seria geneticamente idêntico ao pseudofilho. Sendo a clonagem feita a partir do homem, o filho poderia ter o DNA nuclear do marido e o DNA mitocondrial da esposa, que cedeu o ovócito. No caso inverso, não teria nada do pai e todos os componentes hereditários da mãe.⁹

2. Conceito e tipos de clonagem

O termo clone deriva do grego Klón, Klónos, significando rebento, broto, pequeno ramo. Literalmente significa, portanto, uma réplica de genes ou de células, obtida através de uma biotecnologia de reprodução assexuada, denominada clonagem.¹⁰

O termo clonagem designa as técnicas de duplicação utilizadas em genes, células, tecidos, órgãos e seres vivos. Os indivíduos resultantes da clonagem têm as mesmas características genéticas ciamamônicas do indivíduo doador, ou também denominado de original.¹¹

Em diferentes áreas da ciência é empregado o termo clone. Assim, na microbiologia refere-se a uma população de microorganismos geneticamente idênticos. Na biologia celular, relaciona-se à multiplicação de determinadas células em cultivo. Na biotecnologia da reprodução refe-

7 *Idem, idem*, p. 3.

8 *Ibidem*, p. 3.

9 SIMÕES, Luiz Carlos Gomes. “Clonagem humana”. In <http://www.ib.usp.br/textos/dolly>.

10 OLIVEIRA, Fátima. Art. cit., p. 1.

11 Cf. SANTOS, Carla de Bem dos. “Clonagem”. In <http://www.ufv.br/dbg/BIO240/C016.htm>, p.1.

re-se à produção de indivíduos idênticos em larga escala. Na microeletrônica, o termo é empregado para referir a produção idêntica de circuitos.¹²

O desenvolvimento da técnica de transferência nuclear (T.N.), consistente na fusão de blastômeros, oriundos de um mesmo embrião doador de núcleos com ovócitos enucleados, denominados de citoplasmas receptores, tornou possível a clonagem de embriões de mamíferos.¹³

Com a genética, conhecidos os códigos que compõem os seres vivos, “a clonagem passou a significar a cópia idêntica de moléculas, células, tecidos, e mesmo de organismos adultos. Já não se trata de enfatizar a reprodução sexuada, mas a reprodução dos mesmos códigos genéticos”.¹⁴

Exemplo de clonagem da natureza são os gêmeos univitelinos. Nesta situação, “só uma célula ovo vai dar origem a dois seres, geneticamente idênticos, mas com impressões digitais diferentes. São idênticos sob o ponto de vista genotípico, porque têm a mesma carga genética, mas não são iguais quanto à fenotípi. Na clonagem é importante ressaltar que há semelhança de corpo, mas os seres não são idênticos, uma vez que receberão influências estereoespaciais diferentes. E experiências diferentes é o mesmo que seres diferentes”.¹⁵

A clonagem pode ser classificada em *clássica* ou *tradicional*, consistente na produção de cópia idêntica à original, caracterizada pela necessidade de óvulos e de espermatozóides. Há também a *clonagem tipo Dolly* ou de *última geração*, consistente em cópia quase idêntica à doadora do patrimônio genético nuclear.

Clonagem, portanto, “é o processo de reprodução assexuada que resulta na obtenção de cópias geneticamente idênticas de um mesmo ser vivo – microorganismo, vegetal ou animal”.

Pode ser natural ou induzida artificialmente. “Ela é natural em todos os seres originados a partir de reprodução assexuada, ou seja, na qual não há participação de células sexuais, gametas, como é o caso das bactérias e dos seres unicelulares. A clonagem natural também pode ocorrer em mamíferos, como no tatu e, mais raramente, nos gêmeos univitelinos. Nos dois casos, embora haja reprodução sexuada na formação do ovo, os

12 Cf. SANTOS, Carla de Bem dos. Art. cit., p. 1.

13 Cf. BITTENCOURT, Wellington Santos. “Clonagem”. In <http://www.ufv.br/dbg/BIO240/C009.htm>, p. 1.

14 SANTOS, Carla de Bem dos. Art. cit., p. 1.

15 *Idem, idem.*

descendentes idênticos têm origem a partir de um processo assexuado de divisão celular”.¹⁶

Já “a clonagem induzida artificialmente é uma técnica de engenharia genética aplicada em vegetais e animais, ligada à pesquisa científica”. Em vegetais “baseia-se na plantação de brotos e na criação de enxertos, nos quais são implantados brotos de plantas selecionadas em caules de outros vegetais”. De outro vértice, “a clonagem induzida em animais pode usar como matéria-prima células embrionárias ou células somáticas (todas as células do corpo humano com exceção das reprodutivas), que são introduzidas em óvulos anucleados (sem núcleo) artificialmente.”¹⁷

Diga-se que na natureza os clones são bastante comuns. As células somáticas de qualquer ser vivo são clones da célula original. Os gêmeos univitelinos, como já dito, nada mais seriam do que clones naturais.¹⁸

Consigne-se que há diferenças básicas entre a clonagem induzida em animais feita a partir de células embrionárias e a realizada com células não reprodutivas. Os clones obtidos a partir de células embrionárias são limitados, pois cada ovo oferece somente de oito a dezesseis células capazes de gerar embriões. Como o embrião-clone derivou de um ovo, não se pode saber qual o resultado final, pois ele é o produto de uma fecundação que contém uma combinação gênica desconhecida, que ainda não manifestou suas características. Tangente aos clones obtidos a partir de células não reprodutivas, o resultado é certo, pois já se conhece o ser adulto que vai originar os clones. Nesta hipótese pode-se fazer um número ilimitado de cópias.¹⁹

O desenvolvimento da engenharia genética e o domínio da tecnologia da clonagem abrem a perspectiva de reprodução de órgãos humanos vitais para transplantes, bem como para a melhoria genética de vegetais e raças animais, assim como para a multiplicação de animais de espécies em extinção, como o urso panda e o rinoceronte branco, ensejando uma discussão acerca dos seus limites éticos e científicos.²⁰

16 Cf. SIQUEIRA, Leandro de. “Clonagem”. In <http://www.ufv.br/dbg/BIO240/C012.htm>, p. 1.

17 *Idem, idem.*

18 Cf. OLIVEIRA, Fátima. *Idem, idem.*

19 Cf. CASTRO, Fabiano Costa Rogério de. “Clonagem”. In <http://www.ufv.br/dbg/BIO240/C011.htm>, p. 1.

20 Cf. CASTRO, Fabiano Costa Rogério de. Art. cit., p. 1.

3. Breve esboço histórico da clonagem

A prática da clonagem vegetal não é recente, sendo largamente utilizada em organismos vivos vegetais na agronomia. Basta lembrar o exemplo da cultura de bananeiras, na qual é habitual. O corte de uma parte do tronco da planta e o replantio em um canteiro permite o surgimento espontâneo de um broto do mesmo espécime.²¹

A clonagem tem um histórico bastante desenvolvido. Hoje é utilizada para seleção de genes nas sementes, especialmente para obtenção de efeitos particulares como beleza, quantidade, sabor das frutas, resistência às pragas e ao próprio processo de apodrecimento. Nesse campo, diga-se, a genética revolucionou lavouras e plantações, multiplicando a capacidade de produção de alimentos, sua estocagem e comercialização.²²

Embora a clonagem animal transpareça ser um assunto científico recente, já em 1938 o professor Hans Speman, biólogo alemão (1869 — 1941) — ganhador do prêmio nobel de 1935 pela sua contribuição ao estudo da evolução dos seres vivos —, propôs uma forma de reproduzir assexuadamente um indivíduo igual a outro previamente existente, pela substituição nuclear, também denominada de duplicação.²³

Em 1943, registra-se a descoberta de que o DNA pode passar o caráter hereditário de uma bactéria para outra. Posteriormente, entre 1948 e 1950, descobriu-se que o papel dos genes é especificar as informações para sintetizar proteínas. Em 1952, foi realizado o primeiro experimento com sucesso pelos Drs. Robert Briggs e Tomas J. King do Instituto Carnegie, de Washington, quando obtiveram os primeiros clones de rã por substituição de núcleos celulares. Tal experimento foi testado em diferentes espécies animais durante vários anos.²⁴

Em 1960, detectou-se que o RNA transfere a informação à proteína e, em 1970, descobriu-se a enzima de restrição que corta o DNA, possibilitando a sintetização química do primeiro gene. Em 1972, Paul Berg produziu a primeira molécula de DNA recombinante, dando grande passo para experiências entre organismos diferentes. Em 1978, a Genentech americana produziu, a partir de bactérias, a insulina recombinante. Em

21 Cf. VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e Direito*. São Paulo, Editora Jurídica Brasileira, 1999, p. 24.

22 Cf. SANTOS, Carla de Bem dos. Art. cit., p. 2.

23 Cf. MACHADO, Luiz Carlos. “Clonagem”. In <http://www.ufv.br/dbg/BIO240/C007.htm>, p. 1.

24 *Idem, idem*.

1979, o pesquisador americano Shettles publicou matéria científica pioneira, documentada por fotos, comunicando ter logrado a substituição de um núcleo de ovócito humano com sucesso, levando o processo até a forma de mórula.²⁵

Em 1983, Kary Mullis criou a técnica de reação em cadeia da polimerase, permitindo trabalhar no sequenciamento do DNA. Em 1984, ingleses realizaram experimento inserindo genes de uma cabra em uma ovelha. Em 1990, iniciou-se o *projeto genoma* para identificar os cem mil genes do homem e suas três bilhões de bases. Em 1996, Ian Wilmut e seus colaboradores do *Rolim Institute*, de Edimburgo, Escócia, em associação com a empresa *PPL Therapeutics*, realizaram a substituição de núcleo de um óvulo pelo de uma célula mamária proveniente de uma ovelha adulta, nascendo, em 1997, Dolly.²⁶ A ovelha, da raça Finn Dorset, batizada de Dolly, foi o primeiro mamífero clonado a partir de uma célula somática, quebrando-se, a partir daí, a barreira de criação de indivíduos de forma assexuada.²⁷ Os resultados desse experimento foram divulgados pela conceituada Revista Nature em fevereiro de 1997.

Na experiência em questão, os pesquisadores utilizaram uma célula da glândula mamária, cujo núcleo foi retirado e transferido para um óvulo anucleado. A nova célula, formada com o auxílio de uma corrente elétrica, foi implantada no útero de uma terceira ovelha. A novidade do processo consistiu na clonagem a partir de uma célula de animal adulto e não de um embrião, sendo Dolly geneticamente idêntica à ovelha da qual foi retirado o núcleo da célula somática.²⁸

Posteriormente, enumera o Prof. Sérgio D.J. Pena²⁹ que, em agosto de 1997, Meng *et al*³⁰ relataram a clonagem de *macacos rhesus* pela transferência nuclear de células fetais. Em dezembro de 1997, houve o nascimento de ovelhas produzidas pela transferência nuclear de fibroblastos fetais primários ovinos transgênicos para o fator IX de coagula-

25 *Idem, idem.*

26 *Idem, idem*, p. 1/2.

27 SIQUEIRA, Leandro de. Art. cit., p. 1.

28 *Idem, idem*, p. 1/2.

29 Professor do Departamento de Bioquímica e Imunologia, da Universidade Federal de Minas Gerais e Núcleo de Genética Médica de Minas Gerais (GENE). “Clonagem Humana”. Revista *Bio Tecnologia: Ciência & Desenvolvimento*. Ano II, número 11: novembro/dezembro de 1999, p. 114/115.

30 *Vide* MENG L., ELY JJ, STOUFFER RL, WOLF DP (1997). “*Rhesus monkeys produced by nuclear transfer*”. *Bio Reprod.* 57 : 454-9.

ção humano.³¹ Em março de 1998, nasceu Marguerite, na França, uma bezerra produzida por transferência nuclear de uma célula muscular embrionária. Em maio de 1998, houve o nascimento de três bezerras transgênicas gerados a partir da transferência nuclear de fibroblastos fetais em divisão ativa, não quiescentes. Em julho de 1998, houve a clonagem de 22 camundongos fêmeas saudáveis, com transferência nuclear feita de uma célula granulosa. Em dezembro de 1998, no Japão, ocorreu o nascimento de oito bezerras clonadas de células somáticas (três de células de oviduto e cinco de células do cúmulo dos ovócitos) de uma única vaca adulta. Em abril de 1999, na Nova Zelândia, nasceram dez bezerras clonadas de células somáticas de uma vaca adulta de alta qualidade. A eficiência da clonagem foi de 10%, tendo todas as bezerras sobrevivido. Em junho de 1999, Wakayama e Yanagimachi³², no Havaí, noticiaram a clonagem de camundongos a partir de células da cauda de camundongos machos. Todas as clonagens anteriores haviam sido a partir de células do sistema reprodutivo feminino.

4. Dolly, Polly e outros experimentos genéticos

O experimento Dolly, segundo a professora Lygia da Veiga Pereira, “ultrapassou uma barreira de décadas na ciência: a formação de um animal inteiro a partir de uma célula *diferenciada*”:

“Todos nós começamos a partir de uma única célula, formada pela união de um óvulo com um espermatozóide. Então, esta célula inicial se divide em duas, quatro, oito, e assim por diante. Através de milhões de divisões sucessivas, esta única célula dá origem a um ser adulto, extremamente complexo. A cada divisão destas, a célula copia todo o seu material genético para as células filhas, ou seja, cada uma de nossas bilhões de células contém receita completa para fazer uma pessoa. Porém, chega uma hora durante o nosso desenvolvimento embrionário em que estas células, inicialmente idênticas (ou *indiferenciadas*), começam a assumir características diferentes umas das outras, começam a se *diferenciar*. Algumas ligam só os genes de célula muscular, outras só os de células de sangue, outras ainda só de genes de células de pele, e assim por diante. E uma vez tomada esta decisão de identidade celular, as células perdem o

31 Vide SCHIEKE AE *et al.* “Human factor IX transgenic sheep produced by transfer of nuclei from transfected fetal fibroblasts”. *Science* 278 : 2130-3.

32 Vide WAKAYAMA T., YANAGIMACHI, R. (1999). “Cloning ou adult male mice from adult tail-tip cells”. *Nature Genetics* 22:127-128.

acesso a todo o resto de informação genética contido em seu núcleo — ou seja, a receita inteira está lá, mas ela só consegue realizar a sub-receita específica do seu tipo celular. Isto até o ano passado, quando Wilmut conseguiu que uma célula diferenciada, já destinada a ser célula de glândula mamária de uma ovelha, revertesse este processo de diferenciação, sendo assim capaz de reaccessar toda a informação contida em seus genes, dando origem a uma outra ovelha completa!”³³

Quanto às repercussões científicas da experiência Dolly, o Professor Antônio Pardo³⁴, anota comentário da Revista Nature, acerca do resultado do experimento, assinalando: “*Según este comentario, su importancia reside en la demostración empírica de que la diferenciación tisular durante el desarrollo no implica cambios irreversibles en el ADN; el simple ‘parón’ de la reproducción celular parecer reprogramar el sistema genético, y ponerlo en condiciones de iniciar de nuevo todo el desarrollo embrionario hasta alcanzar el estado adulto*”.³⁵

Na experiência em questão, conforme observa Terezinha Rodrigues Vieira, “um óvulo não fertilizado foi esvaziado, ou seja, teve seu núcleo retirado. Uma célula foi retirada da região mamária de outra ovelha e implantada no óvulo. Quando a célula mamária foi implantada no óvulo não fertilizado, começou a agir como embrião”³⁶. E acrescenta, ao explicar o êxito do experimento:

“A fome foi a explicação para o êxito da experiência: ela fez o núcleo da célula interromper o seu ciclo e ficar num estado letárgico. Submeteram a célula a uma dieta de sais comuns, como cloreto de cálcio e sulfato de magnésio. Assim, o núcleo teve que reduzir suas atividades a quase zero. Nesse estado, a célula interrompe o seu ciclo de crescimento normal, pois os genes descansam e páram a célula. Então, as proteínas especiais do citoplasma entram no núcleo e preparam os genes para iniciar um novo ciclo de crescimento e reprodução”.³⁷

A ciência e a tecnologia da transferência nuclear compreendem, resumidamente, segundo Sérgio D.J. Pena, os seguintes passos: 1) prepa-

33 PEREIRA, Lygia da Veiga. “Clonar ou não clonar? Eis a questão.” In http://www.ib.usp.br/textos/genetica/clonar_ou_nao_clonar/artigo.html, p. 2.

34 Professor do Departamento de Humanidades Biomédicas da Universidade de Navarra, Espanha.

35 PARDO, Antonio. “La clonacion humana”. In <http://www.unav.es/bioetica/clonacion.html>, p. 3.

36 VIEIRA, Terezinha Rodrigues. Ob. cit., p. 26.

37 *Idem, idem*, p. 26.

ração de um ovócito enucleado (citoplasto); 2) isolamento da célula doadora ou do núcleo doador; 3) ativação do citoplasto; 4) fusão celular para produzir um embrião reconstituído; 5) cultura do embrião; 6) transferência do embrião para um útero hospedeiro.³⁸

Relata que os dois primeiros experimentos que tiveram sucesso em produzir proles vivas da transferência nuclear de células somáticas adultas foram Wilmut (1997) em ovelhas e Wakayama (1998) em camundongos. Todavia, os dois diferem consideravelmente nos passos descritos de transferência nuclear. E justifica:

“Wilmut *et al.* (1997)³⁹ usaram culturas de células de glândulas mamárias como doadoras de núcleo. Essas células foram de ovelhas Finn Dorset, enquanto os ovócitos foram de ovelhas escocesas do tipo Blackface. Um passo chave parece ter sido a retirada de soro das culturas de células de glândulas mamárias para induzir a parada de divisão celular (quiescência; G0).

“Na verdade, Wilmut and Campbell (1998)⁴⁰ acreditam que o sucesso da clonagem somente pode ser obtido de células quiescentes. Obviamente que, para a clonagem, as células doadoras têm de estar em G0 ou G1, isto é, antes da duplicação do DNA. Em seguida, a célula doadora foi colocada no espaço perivitelino do ovócito enucleado e tanto a fusão da célula doadora ao ovócito enucleado quanto a ativação do ovócito foram induzidos por corrente elétrica. Esse procedimento resultou no ovócito tendo um genoma nuclear da célula doadora, mas um genoma quimérico do DNA mitocondrial de citoplasmas fundidos. Dolly foi a única ovelha nascida de 277 embriões reconstituídos, criados seguindo a transferência nuclear de células mamárias adultas, um rendimento de 0,4%. Desses 277 embriões, 29 se desenvolveram em mórulas ou blastocitos e foram transferidos para 13 recipientes, resultando em um único parto a termo (1/29; 3,4%). Atualmente, dados de quatro laboratórios diferentes indicam que a taxa de sucesso total do procedimento de transferência nuclear é relativamente baixa quando os resultados são expressos em nascimentos vivos por transferência de embrião reconstituído, da ordem de 1-2% (Wilmut,

38 PENA, Sérgio D.J. *In* artigo cit., p. 114.

39 *Vide* WILMUT I, SCHINIECKE AE, McWHIR J, KIND AJ, CAMPBELL KHS. (1997) “Viable offspring derived from fetal and adult mammalian cells”. *Nature* 385 : 810-813.

40 *Vide* WILMUT I, CAMPBELL KHS (1998), “Quiescence in nuclear transfer”. *Science* 281 : 1611b.

1998)⁴¹. O motivo para essa alta ineficiência é desconhecido. Há uma perda fetal de 50% e uma taxa total de morte de ovelhas, ao nascimento, de 20% (Wilmut, 1998). Uma observação peculiar é o elevado peso ao nascer de ovelhas criadas por transferência nuclear. Esse fenômeno, que pode estar relacionado com os mecanismos de ‘*imprinting*’ genético, não foi visto em camundongos clonados pela transferência nuclear (Wilmut, 1998).⁴²

Procedimento diferente foi usado pelo grupo Yanagimachi, em Honolulu para clonar camundongos, conforme relata, uma vez mais Sérgio D.J. Pena:

“Para realizar a clonagem, eles começaram com 3 tipos de células somáticas que já estavam em estado de quiescência: células de cúmulo ovariano, células de Sertoli (o equivalente masculino das células de cúmulo) e células cerebrais. Esses experimentos somente funcionaram bem com as células de cúmulo, indicando que, por empecilhos biológicos ou técnicos, nem todas as células adultas podem ser clonadas. Yanagimachi e seus colegas não fundiram a célula doadora com o ovócito, mas, ao invés disso, microinjetaram o núcleo da célula de cúmulo em ovócitos enucleados de camundongos. Eles esperaram seis horas para dar uma chance ao ovócito de reprogramar o DNA da célula de cúmulo e depois, quimicamente, ativaram o ovócito para começar a divisão. Assim eles produziram 22 camundongos, nascidos vivos, clonados por transferência nuclear de célula granulosa adulta (...) Embora diversas séries de experimentos levemente diferentes tenham sido realizadas, a produção de camundongos recém-nascidos clonados de embriões transferidos foi da ordem de 2-3%, não significativamente diferente da produção em ovelhas. Entretanto, como salientado por Solter (1998)⁴³, a importância desse relato é seminal — camundongos tem um curto período de gestação, uma genética bem caracterizada e seus embriões são muito mais fáceis de serem manipulados do que aqueles de mamíferos maiores, abrindo a possibilidade de uma ampla análise experimental de clonagem de mamíferos e de fatores que determinam seu resultado”.⁴⁴

41 Vide WILMUT I. “Cloning in Biology and Medicine”. Conference delivered at the International Workshop on Human Genome. Medical, Technological and Social Impact on the Threshold of the III Milenium. Valencia. Spain, October 20, 1998.

42 PENA, Sérgio D.J. Art. cit., p. 114.

43 Ver SOLTER, D. (1998). “Dolly is a clone — and no longer alone”. *Nature* 394 : 315-316.

44 PENA, Sérgio D.J. Art. cit., p. 115.

A experiência de *Polly* foi ainda mais diferenciada, por ser portadora de material genético humano. Ela e suas quatro irmãs foram produzidas a partir de células de tecidos fibrosos de fetos. São animais *transgênicos* por possuírem genes de outra espécie. A clonagem teve por escopo a obtenção de produtos de interesse terapêutico, como proteínas humanas do sangue e do leite. “*Polly* recebeu um gene humano para produzir uma proteína que atua na coagulação do sangue. Ela deverá produzir leite contendo a proteína chamada fator 9, utilizada no tratamento da hemofilia tipo B”.⁴⁵

Depois disso, registra-se a clonagem do bezerro *Gene*, pela empresa americana ABS Global, a partir de um feto de trinta dias. Segundo se informou, por essa tecnologia pode-se criar um número ilimitado de células, congelá-las pelo tempo desejado e descongelá-las posteriormente para criar animais idênticos com as características que se desejar.⁴⁶

5. Perspectivas científicas da clonagem no âmbito da biomedicina

A clonagem abre perspectivas fantásticas na pesquisa médica, notadamente em aplicações terapêuticas. Para Lygia da Veiga Pereira, a clonagem é um processo fantástico e com ela muito poderemos aprender. Lembra que, se pudermos entender e controlar este mecanismo, poderemos um dia regenerar órgãos e tecidos danificados. E indaga:

“Afim de contas, as células de um rim danificado ainda têm a receita de fazer outro rim – por que não a utilizam, como a lagartixa que regenera a ponta de seu rabo cortado? O inverso também pode ser estudado: por que é que algumas células de repente passam a não obedecer a programação original e começam a se proliferar de forma desorganizada, dando origem a cânceres? Ou ainda, por que é que gradativamente nossas células param de se renovar e funcionar e envelhecemos?” E completa:

“O conhecimento da energia nuclear nos permitiu tanto a construção da bomba atômica quanto o desenvolvimento da tomografia computadorizada, da ressonância magnética, enfim, de uma série de tecnologias benéficas à humanidade. De forma semelhante, os mesmos conhecimentos que nos permitirão clonar um ser humano podem ser aplicados em estudos que trarão reais benefícios à humanidade”.⁴⁷

45 VIEIRA, Terezinha Rodrigues, Ob. cit., p. 26.

46 Cf. *Folha de São Paulo*, edição de 8/8/97, em matéria intitulada “EUA clonam bezerro a partir de embrião”. *Apud* VIEIRA, Terezinha Rodrigues., in ob. cit., p. 27.

47 PEREIRA, Lygia da Veiga. In art. cit., p. 2.

Segundo o Prof. Carlos Martínez⁴⁸, se o século XX foi o século da química e da física o futuro será o século da biomedicina. E acrescenta:

“En la última década, la biomedicina, fundamentalmente en base al desarrollo de la biología molecular y la ingeniería genética, ha experimentado un extraordinario avance, que ya ha comenzado a rendir los primeros beneficios para mejorar nuestra calidad de vida. La producción y administración de los anticuerpos monoclonales, la fabricación de nuevas vacunas, o las nuevas terapias utilizadas en el cáncer o los procesos degenerativos, ilustran algunos aspectos de los nuevos caminos por los que empieza a caminar la medicina del tercer milenio, la medicina molecular. Sin embargo, la auténtica revolución en este campo ocurrirá como consecuencia de ampliar nuestro conocimiento a todas las moléculas, genes y proteínas, de que estamos constituidos los organismos vivos, y el camino para ello ya se ha iniciado con la era genómica y los chips de DNA”.

Mais adiante, enumera:

“La propagación indefinida de células madre en el laboratorio y la posibilidad de obtener a partir de ellas cartílago, hueso, músculo, neuronas, células de intestino, hepatocitos, células de páncreas, células hematopoyéticas o cualquier otro tejido deseado, hace de estas células una herramienta ilimitada para generar nuevos órganos capaces de sustituir mediante trasplante aquellos ya gastados por el uso. Patologías como la diabetes, la degeneración neuronal, los fracasos orgánicos y un casi infinito etcétera, tienen en la utilización de las células madres y el trasplante la solución de futuro.

“Si el envejecimiento representa la acumulación de errores y fracasos en los distintos órganos y tejidos y éstos pueden ser sustituidos por otros vírgenes generados a partir de células madre, que en sí mismas son infinitas porque tienen principio pero carecen de fin, es fácil imaginar las posibilidades abiertas por las células madre para la nueva medicina.

“La ingeniería celular además aporta la metodología para eliminar el más grave problema asociado al trasplante de órganos, el rechazo. Éste se produce como consecuencia de la incompatibilidad genética, entre el donante y el receptor. La reprogramación ‘a la carta’ de las células madre mediante transferencia nuclear puede garantizar la identidad genética donante-receptor y evita el rechazo. Además, la utilización combinada del cultivo de células madre, la transferencia nuclear y la in-

48 MARTÍNEZ, Carlos. *“La clonación humana con fines terapéuticos: La nueva era de la medicina”*. In <http://www.elpais.es/p/d/debates/clona2.htm>, p. 1.

*geniería genética que permitirá la sustitución de genes defectuosos por sus homólogos funcionales, abriendo una puerta a través de la cual la terapia génica ofrece sus más amplias posibilidades. Con ser extraordinarias las posibilidades terapéuticas que la utilización de las células madre ofrece, no son menos las posibilidades para promover el avance científico. Su estudio permitirá abordar el conocimiento de los mecanismos moleculares implicados en las etapas tempranas del desarrollo embrionario en humanos y ayudar a identificar fuentes alternativas, distintas de los embriones, para la obtención de células madres. De ello depende una parte importante de nuestro futuro bienestar”.*⁴⁹

Na perspectiva de Michel Biagi, a possibilidade de clonagem humana pode chamar mais a atenção, “mas a engenharia genética é a tecnologia reprodutiva que, de acordo com os cientistas bioeticistas, modificará fundamentalmente a sociedade nos próximos 10 a 50 anos e até gerações futuras”. Lembra que, inicialmente, os pais poderão recorrer à engenharia genética para prevenir a contração de doenças nos filhos, mais tarde poderão escolher algumas características, “até mesmo melhorar sua aparência ou aumentar a sua inteligência”.⁵⁰

Enfatiza, por outro lado, Sérgio D.J. Pena⁵¹, que a clonagem humana poderia ser utilizada como técnica reprodutiva. Aponta uma estatística anotada por Silver⁵², de que 9 a 15% dos casais são inférteis. “Isso significa que só nos Estados Unidos há mais de dois milhões de casais que querem conceber e não conseguem. Muitos desses casais enfrentariam qualquer obstáculo para conseguir uma gravidez. Em vez de usar espermatozóides, ovócitos ou embriões de doadores anônimos, alguns casais inférteis poderiam optar por clonar um dos parceiros. Se o marido fosse a fonte do DNA e a esposa fornecesse o ovócito para receber a transferência nuclear e depois gerar o feto, eles teriam um filho biologicamente relacionado a cada um deles e não precisariam contar com um gameta anônimo ou um embrião de doador. Evidentemente, a grande maioria dos casais inférteis ainda prefeririam a doação de gametas ou embriões ou a adoção”. Mais adiante, argumenta:

“Quer descrito como ‘cópia’, quer descrito como ‘reprodução’, o recurso da clonagem parece similar o suficiente, em propósitos e efeitos, às outras práticas de reprodução e pode ser tratado da mesma forma.

49 MARTÍNEZ, Carlos. Art. cit., p. 2.

50 BIAGI, Michel. In <http://www.ufv.br/dbg/BIO240/C010.htm>, p. 1.

51 PENA, Sérgio D. J. Art. cit., p. 116/117.

52 Ver SILVER LM (1997). *Remaking Eden*. New York: Avon Books, 315p.

Assim, um casal teria liberdade de optar pela clonagem, a menos que houvessem razões para se achar que isso criaria danos que outros procedimentos não causariam”.⁵³

De outro vértice, acentua que haverá diferenças entre os gêmeos, na hipótese de reprodução por clonagem, argumentando que:

“O comportamento humano é uma função tanto do genoma quanto do ambiente. Diferenças no ambiente uterino (que certamente existirão entre um indivíduo e seu clone) seguramente ocorrerão e serão suficientes para causar grandes diferenças de personalidade e de comportamento. Outras diferenças entre dieta e cuidados, em modos e costumes, em ocupação e educação, para não mencionar o intervalo temporal, serão suficientes para impossibilitar qualquer duplicação perfeita de um indivíduo e assegurarão a individualidade do clone”.⁵⁴

Ademais, a clonagem como técnica reprodutiva, como indicado por Epstein⁵⁵, não apresenta nenhuma das formas usuais de danos que têm sido alvo de ações legais. “A clonagem não pertence a uma lista que inclui estupro, incesto, ilegitimidade, depravação ou negligência. O que temos na clonagem humana é a criação de uma nova pessoa cujo componente genético é idêntico ao de outro ser humano, vivo ou morto”.⁵⁶

6. Aspectos jurídicos e éticos da clonagem

A pesquisa genética, no Brasil, tem tratamento constitucional. A Carta de 1988, em seu Título VII, Capítulo VI, quando trata do meio ambiente, dispõe, no art. 225, que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, definindo-o como “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, impondo, por outro lado, “ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

No parágrafo primeiro, do mesmo preceito, dispõe incumbir ao Poder Público “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético” (inc. II); assim como “controlar a produção, a

53 PENA, Sérgio D. J. *Idem, idem*, p. 117.

54 PENA, Sérgio D.J. Art. cit., p. 117.

55 Vide EPSTEIN, RA (1998). “A rush to caution: cloning human beings”. In *Clones and Clones* (Nussmann MC, Sunstein CR, eds) New York, WW Norton, págs. 262/279, *apud* PENA, Sérgio D. J. Art. cit., p. 117.

56 PENA, Sérgio D.J. Art. cit., p. 117.

comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente” (inc. V).

A Lei n. 8.974/95 — chamada de Lei de Biossegurança —, disciplinando o texto constitucional, estabeleceu normas para o uso de técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados (OGM), vedando expressamente a manipulação de *células germinais humanas*, definindo tal prática como crime (art. 13, I), assim como “a intervenção em material genético humano *in vivo*, exceto para tratamento de defeitos genéticos”, respeitados “princípios éticos tais como o princípio da autonomia e o princípio da beneficência” (art. 13, inc. II).

Além disso, restringiu ao âmbito das entidades de direito público ou privado as atividades e projetos, inclusive os de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico e de produção industrial de organismos geneticamente modificados (OGM) (art. 2º), vedando tal atividade expressamente às pessoas físicas e aos agentes autônomos (art. 2º, § 2º).

Observa Adriana Diaféria que “a manipulação do patrimônio genético caracteriza uma das formas de interferência humana no meio ambiente, no que diz respeito aos seres vivos”⁵⁷. Daí por que a matéria foi tratada no mesmo preceptivo.

Ressalta que a tutela do patrimônio genético dos seres vivos abrange três sistemas: 1) dos vegetais; 2) dos animais e 3) dos seres humanos. Os animais e vegetais estão diretamente vinculados à idéia da diversidade biológica, sendo, portanto, adequadamente protegidos pelo direito ambiental, “adotando toda a sua principiologia e metodologia para garantir a sadia qualidade de vida e o equilíbrio ecológico do ecossistema planetário”.⁵⁸

Já com relação aos seres humanos, embora tenham uma estrutura biológica igual a dos seres vivos, possuem um aspecto imaterial, inerente à sua própria existência, merecendo, por isso mesmo, um tratamento diferenciado, “pois a principiologia que rege as relações conseqüentes de sua manipulação está vinculada à idéia de responsabilidade, prudência, integridade, diversidade etc., de acordo com os referenciais bioéticos da autonomia, justiça, beneficência e não maleficência, que norteiam os desenvolvimentos científicos...”⁵⁹

57 DIAFÉRIA, Adriana. Ob. cit., p. 52.

58 *Idem, idem*, p. 52.

59 *Idem, idem*, p. 52/53.

Dentre os princípios constitucionais que regem a matéria, destacam-se o da *dignidade humana* (art. 1º, III); o direito à vida (art. 5º, *caput*); assim como o direito à saúde (art. 196).

Com base nos referenciais bioéticos⁶⁰, são catalogados os seguintes princípios estruturadores do direito à proteção do patrimônio genético humano, “atendendo aos preceitos da Declaração Universal do Genoma Humano, e de todas as normas, dispositivos legais, instruções, diretrizes e declarações internacionais e nacionais que tratam da pesquisa em seres humanos”:⁶¹

“a) *princípio da integridade* (do patrimônio genético), direcionado a impedir manipulações em genes de seres humanos, notadamente no sentido de ‘melhorar’ determinadas características fenotípicas;

“b) *princípio da diversidade*, visando garantir a variedade da espécie humana, em razão da fundamentalidade que representa a diversidade dos indivíduos na cadeia biológica;

“c) *princípio da identidade*, que assegura, através do DNA, a identificação do ser humano em todas as suas características fenotípicas e genotípicas;

“d) *princípio da não-discriminação*, visando impedir, qualquer que seja a composição genética do indivíduo, qualquer tipo de discriminação social;

“e) *princípio do respeito à dignidade humana*, impedindo que os indivíduos ‘sejam reduzidos a suas características genéticas nas pesquisas científicas’, posto que ‘a singularidade e diversidade do genoma humano devem ser respeitadas em sua totalidade’;

“f) *princípio da não-disponibilidade econômica*, para impedir que o patrimônio genético humano possa ser aferido economicamente em seu estado natural, para obtenção de lucro;

“g) *princípio da avaliação prévia*, para garantir a avaliação antecipada dos eventuais riscos e benefícios a serem obtidos, com observância das normas vigentes;

“h) *princípio do consentimento informado*, para que sempre possa ser respeitada a vontade do indivíduo objeto da pesquisa, recebendo as informações necessárias para a compreensão dos resultados;

“i) *princípio da confidencialidade*, assegurando o conhecimento do conteúdo do resultado da manipulação genética estritamente ao deten-

60 Da justiça, da autonomia, da beneficência e da não maleficência.

61 Cf. DIAFÉRIA, Adriana. Ob. cit., págs. 58/62.

tor do material genético experimentado, a menos que este o autorize expressamente;

“j) *princípio da prudência*, relativamente às entidades ligadas à pesquisa, para que seja preservada a dignidade da pessoa humana;

“k) *princípio da responsabilidade* (das entidades de pesquisa), assumindo os riscos decorrentes de suas atividades no patrimônio genético humano;

“l) *princípio da vulnerabilidade*, que deve ser considerado em relação ao estado da pessoa que eventualmente tenha sua capacidade de autodeterminação reduzida ou falta de conhecimento técnico suficiente para autorizar a realização do experimento;

“m) *princípio da necessidade*, condicionando o experimento à real necessidade não só para o desenvolvimento do conhecimento humano, mas para a melhoria das condições de saúde e qualidade de vida;

“n) *princípio da igualdade*, assegurando a todos acesso aos testes, exames e procedimentos genéticos, independentemente de nacionalidade, raça, etnia e classe socioeconômica;

“o) *princípio da qualidade*, assegurando a qualidade da pesquisa, que deve ser realizada em laboratórios capacitados, com acompanhamento de cientistas e de uma comissão de ética”.

A par desses princípios e normas positivas, o Código de Ética Médica estabelece, em seu art. 7º, que o “médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente”, jamais utilizando “seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir ou acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade”.

O anteprojeto de Código Penal proíbe de forma absoluta a clonagem humana, sinalizando claramente “o justificado temor de vermos essas técnicas a serviço da opressão de um ser humano sobre o outro, ou do Estado sobre a pessoa” — lembra Marco Segre⁶² —, como sucedeu no projeto nazista que “visava a estruturação de uma sociedade de homens arianos, expurgando-se os *diferentes*”.

62 SEGRE, Marco. Bioética. “Limites Éticos da intervenção sobre o ser humano”. Marco Segre e Cláudio Cohen (Organiz.). 2ª ed., São Paulo, Ed. Universidade de São Paulo, 1999, p. 113.

Para o Estado de Direito, no dizer de Paulo J. L. Farias⁶³, “o direito de disposição personalíssima de determinados bens não é uma mera força social; é um poder jurídico, um poder de direito; é um poder que decorre, para a comunidade, da ordem jurídica natural. Logo, o poder que tem o Estado e os particulares de decidir o que fazer com o mapeamento genético não é um poder de fato, e, sim, um poder de direito...”.

Todavia, para o Prof. Marcelo Palacios⁶⁴, Presidente da Sociedade Internacional de Bioética (SIBI), a valoração bioética do nuclóvulo (e do embrião) deve-se fundamentar nos fins que se perseguem, se reprodutivos ou não reprodutivos. E justifica:

“1. Reproductivos: que en el embrión común están lógica y plenamente justificados; al contrario, la creación de personas clónicas (fotocopias) suscita una repulsa ética general, por entender que se instrumentaliza al ser humano, con agresión a su dignidad, personalidad, identidad, libertad, autonomía, etc. 2) No reproductivos (como originar células o tejidos diferenciados para autotrasplantes sin rechazo inmunológico, o para investigación). Con esta técnica se destruye el embrión, lo que provoca fuertes reservas éticas en utilizarla (como la gemelación artificial y la paraclonación, aunque podría clonarse una célula embrionaria y dejar al resto desarrollarse normalmente); también se destruye el nuclóvulo, pero, por su distinta entidad biológica y los elevados fines buscados, esto no debería plantear objeciones éticas insuperables”.

No *Admirável Mundo Novo*, Huxley descreve uma sociedade onde se geram seres do tipo alfa, beta ou gama, “tendo em conta o papel que lhes seria determinado exercer dentro de uma sociedade”, projetando um espectro de pavor sobre esse avanço científico.⁶⁵

Assevera Segre que a sociedade, de fato, deve manter-se vigilante com relação a essas novas situações. Todavia, “o importante não é sabermos se moldamos (ou não) a estrutura genética de um novo ser, ou se clonamos (ou não) o indivíduo humano, mas sim quem *decidirá*

63 FARIAS, Paulo José Leite. “A manipulação do patrimônio genético no contexto do ordenamento jurídico vigente”. In <http://www.teiajuridica.com/af/clonagem.html>, pág. 4.

64 PALACIOS, Marcelo. “La clonación humana confines terapéuticos: Algunos aspectos biológicos, éticos y legales”. In <http://www.elpais.es/p/d/debates/clona1.htm>, pág. 2.

65 SEGRE, Marco. Ob. cit., p. 113.

quanto à realização dessas práticas, e que razões nós aceitaremos para que elas sejam implementadas”⁶⁶.

Acentua que não lhe parece errado, por exemplo, possibilitar a um casal a seleção de determinadas características para um filho que vai gerar, sendo insustentável eticamente, no entanto, que o Estado venha a impor essas características. Por outro lado, indaga: será “tão anti-ética assim, a idéia de que um casal possa clonar um filho que ele ainda não sabe se irá sobreviver, para, em caso de sua morte, desenvolver outro ser humano com características genéticas idênticas?”⁶⁷.

7. Conclusão

No enfrentamento da clonagem no plano jurídico e ético, há de ter-se em mira sempre a principiologia que informa a bioética, assim como o ordenamento jurídico nacional e internacional, tendo, de todo o modo, o espírito aberto para o desenvolvimento da ciência, que não pode ser entravado ao sabor do preconceito ou de moralismos travestidos de valores sociais ou religiosos.

É certo, consoante vislumbrou com toda a propriedade o eminente Prof. Doutor Volnei Ivo Carlin⁶⁸, que “as ciências médicas estão produzindo uma verdadeira revolução científica, notadamente na área da genética molecular. Nessa ordem de idéias, o progresso da humanidade, no campo da medicina, veio acompanhado de questões éticas, que reclamam o estabelecimento de limites definidos no âmbito da pesquisa, sob o forte argumento de se preservar a dignidade humana”.

Pondera, entretanto, que “para que o *canto ético* seja bem difundido, convém aos estudiosos reconhecerem que nenhum dentre eles detém o conjunto de soluções para os novos problemas, tampouco o controle dos modelos a serem adotados. O que se anseia é uma política coerente e universal em relação a questões surgidas do desenvolvimento das ciências da vida”.⁶⁹

66 *Idem, idem*, p. 113.

67 *Ibidem, ibidem*.

68 CARLIN, Volnei Ivo (org.). *Ética & Bioética: Novo direito e Ciências Médicas. “Problemas Contemporâneos da Bioética: AIDS e Transexualismo”*. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998, p. 167.

69 CARLIN, Volnei Ivo. *Ob. cit.*, p. 167.

Deve-se considerar, todavia, a lição do cientista Richard Dawkins⁷⁰, quando procura exorcizar os fantasmas da intolerância religiosa ou moral, em nome do princípio democrático, para resguardar o interesse científico:

“A ciência (...) não pode nos dizer o que é certo ou errado. Não podemos achar regras para viver uma vida boa ou regras para uma orientação da sociedade, escritas no livro da natureza. Mas isto não significa que qualquer outro livro ou qualquer outra disciplina possa servir como substituto. Há uma tendência ilusória de acreditar que quando a ciência não pode responder um certo tipo de questão, a religião o possa. Onde a moral e os valores estão envolvidos, não há respostas certas a serem encontradas em livros. Temos que crescer, decidir que tipo de sociedade queremos viver e meditar sobre os problemas pragmáticos difíceis de serem resolvidos. Se decidimos que uma sociedade livre e democrática é o que queremos, parece lógico que os desejos das pessoas só devem ser obstruídos se houver bons motivos para isso. No caso da clonagem humana, se algumas pessoas querem fazê-la, o ônus de explicar o mal que ela faria e a quem é daqueles que gostariam de proibi-la”.

De todo o modo, não se pode olvidar, conforme assinala Jean Bernard,⁷¹ que “Cada homem é um ser único, insubstituível, diferente de todos os outros homens. Deve ser respeitado, protegido desde o nascimento até a morte e para além da morte. Deve ser respeitado na sua totalidade, dentro de sua unidade de pessoa e também em cada uma das células, cuja diversidade adicionada contribui para essa unidade. Nem essa pessoa, nem cada uma das células podem ser objeto de comércio. Qualquer comércio do ser humano é condenado pela moral e pela lei”.

8. Referências bibliográficas

BIAGI, Michel. In <http://www.ufv.br/dbg/BIO240/C010.htm>.

BITTENCOURT, Wellington Santos. *Clonagem*. In <http://www.ufv.br/dbg/BIO240/C009.htm>.

CARLIN, Volnei Ivo (org.). *Ética & Bioética : Novo Direito e Ciências Médicas*. Florianópolis : Terceiro Milênio, 1998.

CASTRO, Fabiano Costa Rogério de. *Clonagem*. In <http://www.ufv.br/dbg/BIO240/C011.htm>.

70 *Apud* PENA, Sérgio D. J. Art. cit., p. 122.

71 Da Academia Francesa de Ciências. *Apud* de DIAFÉRIA, Adriana. Ob. cit., p. 63.

- COSTA, Rodrigo M. da. *Clonagem*. In <http://www.ufv.br/dbg/BIO240/C008.htm>.
- DIAFÉRIA, Adriana. *Clonagem : Aspectos Jurídicos e Bioéticos : um enfoque constitucional para conhecer a nova realidade, entender o progresso tecnológico e científico, aplicado o Direito como mantenedor da ordem social*. São Paulo : Edipro, 1999.
- EPSTEIN, R.A. (1998) *A rush to caution : cloning human beings*. In *Clones and Clones* (Nussmann MC, Sunstein CR, eds) New York, WW Norton.
- FARIAS, Paulo José Leite. *A manipulação do patrimônio genético no contexto do ordenamento jurídico vigente*. In <http://www.teiajuridica.com/af/clonagem.html>.
- MACHADO, Luiz Carlos. *Clonagem*. In <http://www.ufv.br/dbg/BIO240/C007.htm>.
- MARTÍNEZ, Carlos. *La clonación humana com fines terapéuticos : La nueva era de la medicina*. In <http://www.elpais.es/p/d/debates/clona2.htm>.
- MENG L. *et al.* (1997). *Rhesus monkeys produced by nuclear transfer*. *Bio Reprod.* 57:454-9.
- OLIVEIRA, Fátima. *O irresistível fascínio da clonagem*. Rede de Informação sobre Bioética. Boletim 12, fevereiro de 1997. In <http://www.culturabrasil.art.br/RIB/boetim12.htm>.
- PALACIOS, Marcelo. *La clonación humana con fines terapéuticos : Algunos aspectos biológicos, éticos y legales*. In <http://www.elpais.es/p/d/debates/clonal.htm>.
- PARDO, Antonio. *La clonacion humana*. In <http://www.unav.es/bioetica/clonacion.html>.
- PENA, Sérgio D.J. *Clonagem Humana*. *Revista Bio Tecnologia : Ciência & Desenvolvimento*. Ano II, número 11 : novembro/dezembro de 1999, págs. 114/115.
- PEREIRA, Lygia da Veiga. *Clonar ou não clonar? Eis a questão*. In http://www.ib.usp.br/textos/genetica/clonar_ou_não_clonar/artigo.html.
- SANTOS, Carla de Bem dos. *Clonagem*. In <http://www.ufv.br/dbg/BIO240/C016.htm>.
- SCHIEKE A.E. *et al.* “*Human factor IX transgenic sheep produced by transfer of nuclei from transfected fetal fibroblasts*”. *Science* 278:2130-3.

- SEGRE, Marco. *Bioética*. Limites éticos da intervenção sobre o ser humano. Marco Segre e Cláudio Cohen (Organiz). 2ª ed. São Paulo : Ed. Universidade de São Paulo, 1999.
- SILVER L.M. (1997). *Remaking Eden*. New York : Avon Books, pág. 315.
- SIMÕES, Luiz Carlos Gomes. *Clonagem humana*. In <http://www.ib.usp.br/textos/dolly>.
- SIQUEIRA, Leandro de. *Clonagem*. In <http://www.ufv.br/dbg/BIO240/C012.htm>.
- SOLTER, D. (1998). *Dolly is a clone — and no longer alone*. *Nature* 394:315-316.
- VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e Direito*. São Paulo : Editora Jurídica Brasileira, 1999.
- WAKAYAMA T. *et al.* (1999). *Cloning ou adult male mice from adult tail-tip cells*. *Nature Genetics* 22:127-128.
- WILMUT I. *et al.* (1997). *Viable offspring derived from fetal an adult mammalian cells*. *Nature* 385:810-813.
- WILMUT I. *et al.* (1998). *Quiescence in nuclear transfer*. *Science* 281:1611b.
- WILMUT I. *Cloning in Biology and Medicine*. Conference delivered at the International Workshop on Human Genome. Medical, Technological and Social Impact on the Threshold of the III Milenium. Valencia. Spain, October 20, 1998.

A DIFÍCIL ARTE DE DESAPRENDER

Volnei Carlin*

Desaprender é uma arte difícil, incerta e que poucos crêem na sua necessidade. Pensa-se saber, mas se conhece mal (Paul Leuilliot), saturado que se está de conhecimentos ilusórios, confusos, infundados, induzidos e ameaçadores, transmitidos pelos mestres e livros que procuram fugir do obsoleto. Deve-se desaprender certos vícios intelectuais ou enganadores que mantêm a todos na mediocridade. Não é cômodo falar dessa indignência. Ela arrisca chocar certos tabus e incomodar o *status* de certas instituições ou de personagens que vivem no ócio.

Para tanto, com prudência e lucidez, virtudes cada vez mais raras, deve-se conceber que esta arte mostra a necessidade e os princípios de desaprender, evocando, inclusive, seus métodos.

Desaprender é uma carência real: sabe-se muitas coisas acessórias, implantadas, consolidadas e de reflexos perigosos. No decorrer dos anos, as idéias contaminaram-se, as palavras são imprecisas e os conceitos depurados, tudo mudando de interpretação, numa tipologia e situação diversas. A pedagogia de desaprender pode inserir ainda a crise de identidade: é a ruptura com explicações, dogmas, princípios e doutrinas. Deixa-se de perceber o que é importante, permitindo-se mudar certas re-

* Doutor em Direito pela *Université des Sciences Sociales de Toulouse I*, França; Professor do Curso de Pós-graduação em Direito (CPGD) da Universidade Federal de Santa Catarina e Convidado da Universidade do Vale do Itajaí, lecionando para os Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito (CPCJ); Desembargador do Tribunal de Justiça e Diretor da Academia Judicial de Santa Catarina.

gras do jogo com racionalidade e lógica. Desaprender, como se nota, não é tarefa simples, podendo induzir um estado de tirania, erro ou esclerose. Deve-se avaliar aquilo que se crê saber, estimular a coragem de pensar e insistir no hábito de reconstruir. Para isso, inexistente condição de idade, embora o peso dos anos possa tornar a missão mais penosa.

Nortear-se pela imposição de transparência dos sistemas moralizadores que é comandada pela verdade na vida pública e privada. As atividades jurídicas, as relações de amizade, do casal, de família, daqueles que julgam devem parecer límpidas como o sol, sem influências obscuras. Essa ética de comportamento torna-se refúgio de uma nova solidariedade e exigência moral. Ela cria um outro modelo de vida, de respeito pela dignidade profissional e de sua liberdade de agir.

Assim, a difícil arte de desaprender leva cada um a inventar seus métodos pessoais, sem influências; refletidos, calcados em lições práticas e desintoxicantes. Logo, com a conquista de uma solidão reflexiva, indicada pelas diferenças, pelos seus parâmetros filosóficos e valores, obtida por meio de uma nova doutrina, marcada pela ruptura e preocupação de se fixar novas regras, nem sempre fáceis de explicar embora legítimas e verdadeiras, poderão dela os magistrados lançar mão, no afã de enfrentar a ululante epidemia irresistível de corrupção, sem comodidade profissional, indiferença à lei, detestação política, pessimismo, como expressões da cidadania, da moral e da verdade. Seria a introdução de um outro método de aprimoramento cultural, embora não convencional, de natureza efervescente e próprio para auto-avaliação, deixando-se à margem essa realidade-ficção, de efetividade imaginária, tal qual um filme assistido à distância, sem controle, sem destino, num contexto desfavorável e mutilado.

UMA POLÍTICA JURÍDICA PARA A REDUÇÃO DO CONSUMO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS

Sérgio Luiz Junkes¹

I. Introdução

Desde os primórdios, a história sempre registrou uma forte ligação do homem com o álcool, sempre associando-o a uma gênese divina em face dos seus efeitos psicoterápicos. Assim, é que hoje a ingestão de bebidas alcoólicas é hábito difundido e freqüente em todas as partes do mundo em que não há proibição nesse sentido.

Todavia, se de um lado o álcool pode proporcionar prazer, também, na mesma moeda, pode trazer muita dor, ou seja, “o ato de beber pode oferecer uma gratificação imediata através do efeito do álcool como um modificador de humor, como analgésico ou intoxicante, ou como um facilitador da sociabilidade. Por outro lado, este ato pode trazer conflito, ferimento ou opróbrio social. No outro extremo, pode dar uma pequena contribuição para a morte de câncer, muitos anos depois”².

No entanto, por trás do dilema de prazer e dor que marca a vida do alcoolista, que paulatinamente o aniquila, escondem-se rios de sofrimento daqueles que o cercam e sentem na carne todo o sopro negativo do vício. Este sopro, contudo, não se contenta em devastar a paz, a harmoniza

1 Juiz de Direito em Campos Novos (SC) e Mestrando em Ciência Jurídica pela Univali.

2 EDWARDS, Griffith *et al.* A Política do Álcool e o Bem Comum. Trad. Gisele Klein. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998, p. 56.

e até a saúde dos seus familiares. Ao contrário, invade o corpo coletivo, trazendo e espalhando mais prejuízos e infelicidade entre a população, ao mesmo tempo em que corrói as parcas quantias dos cofres públicos que, em vão, não conseguem estancar as suas feridas. Por fim, perpetua-se e expande-se geometricamente entre as novas gerações.

A questão do álcool é, pois, uma questão de saúde pública de suma importância, a qual o jurista não pode ignorar e permanecer indiferente em razão do seu compromisso com os valores éticos e da justiça que se fundem ao conceito do próprio Direito como decorrência de um fenômeno cultural. Eis aí um espaço fecundo para a política jurídica, entendida aqui como uma verdadeira disciplina crítica comprometida com a formação e transformação de um Direito melhor, marcado pela valorização do ser humano e pela dignidade no tratamento de suas relações, assentada racionalmente nos paradigmas da ética, justiça e utilidade social³.

Dito isso, pretende-se aqui, de uma forma indutiva-crítica, com base na literatura médica e em dados estatísticos, fomentar a discussão das implicações jurídicas do tema. De acordo com esse desiderato, traçarei um breve estudo acerca dos malefícios do álcool, e procurarei evidenciar a necessidade da elaboração de uma política normativa para contê-los. Além disso, lançarei, como singela contribuição, algumas idéias de como esta política poderia dar-se.

Ao longo deste artigo utilizarei a expressão “problemas relacionados ao consumo do álcool” em vez de alcoolismo, já que é mais “aberto e polimorfo, registra a maior concentração atual de atividades de pesquisa”⁴.

II. Os problemas associados ao consumo do álcool

O álcool é uma droga psicoativa cujo uso inadequado pode ocasionar uma série de efeitos devastadores, seja em nível (a) orgânico, (b) psicológico-psiquiátrico ou (c) social⁵. No primeiro plano (orgânico), a literatura médica aponta que o álcool causa danos a quase todos os tecidos e sistemas orgânicos, resultando deficiência de longo prazo ou doenças crônicas e mortalidade excessiva. Incluem-se aí danos aos sistema nervo-

3 Conceituação livre deste articulista a partir da reflexão de: MELO, Osvaldo Ferreira. Fundamentos da Política Jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1994, p. 129/133.

4 RAMOS, Sérgio de Paula *et. al.* *Alcoolismo Hoje*. 3ª ed., Porto Alegre: Artes Médicas, 1997, p. 30.

5 RAMOS, Sérgio de Paula *et. al.* *Op. cit.*, p. 33.

so e cerebral. O álcool está associado ainda à pressão sanguínea alta, doenças cardíacas, derrame cerebral, complicações abdominais, como pancreatite crônica, cânceres de orofaringite, laringe, esôfago, estômago, fígado, reto e de mama. Evidências também o relacionam de forma mascarada a doenças de pele, doenças circulatórias, neurológicas, reumáticas e disfunções do sistema imunológico⁶.

No aspecto psicológico-psiquiátrico, o álcool desencadeia uma série de transtornos, como as do *delirium tremens*, síndrome de *Korkasov* e de *Wernicke*, alucinações, paranóia e embriaguez patológica⁷. Com o tempo, progressivamente, o alcoólatra “vai alterando sua personalidade, deixando-se invadir por sentimentos de culpa, remorsos, incapacidade de planejar e de tomar iniciativas, deteriorização moral, conduta hostil e agressiva, distúrbios do pensamento, temores infundados etc.”⁸. O álcool, outrossim, afeta sensivelmente muitos aspectos das funções psicomotora e cognitiva; implica de forma significativa em auto-agressão intencional e suicídio, e, após o seu uso pesado e prolongado, no comprometimento da memória, e até em demência⁹.

Finalmente, os problemas sociais que podem advir do consumo do álcool são extensos, dentre eles: mau desempenho profissional, faltas ao trabalho, demissão, desemprego, acidentes de trabalho, endividamento, problemas habitacionais e até indigência, criminalidade, incremento de gastos da previdência social, serviços de saúde, segurança, perseguição penal ligada à bebida, perda da produtividade etc.¹⁰. Enfocando-se no âmbito familiar temos: “casais separados, filhos traumatizados e perturbados no seu desenvolvimento e, muitas vezes, eles próprios futuros alcoólatras”¹¹.

Não existe uma explicação precisa sobre o que desencadeia o alcoolismo, quer seja de natureza biológica, psicológica ou social. “Na gênese dessa complexa condição, estão diferentes fatores de vulnerabilidade. Todos os que bebem têm potencialmente possibilidade de se tornarem de-

6 EDWARDS, Griffith *et al.* *Op. cit.*, p. 21. Nesse sentido: RAMOS, Sérgio de Paula *et al.* *Op. cit.*, p. 107.

7 D’ANDREA, Flávio F. *Transtornos Psiquiátricos do Adulto*. São Paulo, Ed. Brasil, 1995, p. 12/22.

8 D’ANDREA, Flávio F. *Op. cit.*, p. 211.

9 EDWARDS, Griffith *et al.* *Op. cit.*, p. 21.

10 EDWARDS, Griffith *et al.* *Op. cit.*, p. 21/22.

11 D’ANDREA, Flávio F. *Op. cit.*, p. 211.

pendentes do álcool. A maior ou menor probabilidade vai depender da interação entre os diferentes fatores de vulnerabilidade”¹².

Catalogados os principais problemas ligados ao álcool, vejamos agora a frequência e o modo em que ocorrem. Inicialmente, colaciono estatísticas internacionais¹³ a) na Alemanha, 30% das admissões em hospitais psiquiátricos referem-se a dependentes do álcool; b) na mesma Alemanha 20% dos pacientes internados em alas dos hospitais gerais acredita-se sejam dependentes de álcool, enquanto que nos Estados Unidos, 25% dos internados foram diagnosticados com algum problema relacionado ao álcool; c) nos Estados Unidos, o álcool está envolvido em 28% de mortes por queda, 47% por incêndio e 34% de mortes por afogamento; d) estudos mundiais supõem que o álcool esteja relacionado em 26-54% dos ferimentos domésticos e de lazer; e) nos EUA (1990), acredita-se que o álcool esteve envolvido em 50% dos acidentes fatais de trânsito; f) estima-se que o álcool esteja ligado em 30% e 38,6% dos suicídios e em 60% e 48,6% dos homicídios, respectivamente no Canadá e Chile; g) na União Soviética (1994), mais de 60% dos homicídios ou ataques violentos com ferimentos graves foram cometidos por pessoas embriagadas; h) *para os Estados Unidos, em 1990, os custos econômicos em decorrência do “abuso do álcool” foram estimados em mais de US\$ 100 bilhões, dos quais, mais de 80% relativos a tratamento, morbidade e mortalidade*; i) estima-se que o álcool seja responsável por 26% das mortes relacionadas com drogas na Austrália, e por 40% dos anos relevantes de vida perdidos.

Agora, examinemos alguns indicativos brasileiros obtidos por uma pesquisa do Pronal, do Ministério da Saúde, em 1987)¹⁴: a) estima-se que no Brasil a síndrome da dependência do álcool mais o abuso do álcool (patológico) atinja de 5 a 10% da população adulta — de 3,5 a 7 milhões de pessoas — que, incluindo-se os familiares diretos envolvidos, alcançaria de 20 a 30 milhões de pessoas; b) 9 a 32% dos leitos hospitalares pesquisados estavam sendo ocupados por pacientes que apresentavam abuso de álcool; c) 40% das consultas prestadas pela nossa Previdência Social foram para pacientes com abuso do álcool; d) o alcoolismo é a oitava maior causa de requerimento de auxílio-doença na Previdência Social; e) o alcoolismo é a terceira maior causa de absenteísmo ao trabalho; f) de 1976 a 1985, envolveu-se pelo menos uma pessoa alcoolizada entre 18 a

12 RAMOS, Sérgio de Paula *et al.* *Op. cit.*, p. 41.

13 EDWARDS, Griffith *et al.* *Op. cit.*, p. 29/33 e 71.

14 *In* RAMOS, Sérgio de Paula *et al.* *Op. cit.*, p. 49 e 136.

75% dos acidentes de trânsito registrados, com as cifras mais acentuadas aos acidentes fatais; g) o uso inadequado ou abusivo de bebidas alcoólicas estava presente em 39% das ocorrências policiais relativas a conflitos familiares; h) *os custos das medidas necessárias a atender às várias complicações ligadas ou resultantes do consumo de bebidas alcoólicas representavam, em 1982, cerca de 5,4% do PIB do Brasil, bem acima dos 2,4% representados pela contribuição positiva do PIB da produção e comercialização de bebidas alcoólicas*. Por fim, levantamento feito pelo Centro Brasileiro de Informações Sobre Drogas Psicotrópicas, em 1987 e 1989, sobre o uso de drogas entre estudantes de escolas públicas de dez capitais brasileiras, constatou que o álcool é a droga mais utilizada entre os estudantes.

Enfim, de se espantar que o comércio e o consumo desenfreado do álcool não mereçam nenhuma atenção estatal consistente de cunho pedagógico e restritivo, a exemplo do que ocorre com o cigarro, cuja publicidade, inclusive, está até banida dos meios de comunicação. Ora, se o cigarro contém substâncias tóxicas que são prejudiciais ao organismo humano, as bebidas alcoólicas também, com a agravante de que, como foi visto, seus danos são numericamente muito mais devastadores e, para além do corpo individual, projetam-se como verdadeira epidemia sobre o corpo social. A literatura médica e as estatísticas confirmam a magnitude dos problemas relacionados ao álcool. Nesse contexto, reflete Edwards que “em um trabalho limitado pelas formalidades da ciência, vale lembrar que dentro de listagens abstratas situam-se graus e circunstâncias de saúde precária, infelicidade, perda, sofrimento, privação, negação do ‘eu’, rompimentos familiares, danos a outras pessoas e destruição. Em grande parte, o sofrimento é amorfo e inacabado”¹⁵.

III. Elementos para uma política jurídica

O álcool é historicamente uma droga socialmente aceita. Prova disso é que as bebidas alcoólicas são até utilizadas como símbolos de exaltação nacional, tal como ocorre por exemplo com a cerveja ou o vinho. A publicidade reforça esse fato “associando a bebida com aspectos de vida sugestivos de riqueza, prestígio e sucesso ou aprovação social. O álcool é apresentado como uma parte normal e desejável da vida”¹⁶. Finalmente, há que se levar em conta que a bebida proporciona uma sensa-

15 EDWARDS, Griffith *et al.* *Op. cit.*, p. 22.

16 EDWARDS, Griffith *et al.* *Op. cit.*, p. 184.

ção de prazer no indivíduo que a consome, e que as pessoas simplesmente ignoram os seus malefícios, pensando que jamais serão afetadas¹⁷.

Como se observa, o cenário é todo propício ao amplo e crescente consumo do álcool e, via de conseqüência, para que a sua sombra mortal alastre-se cada vez mais (os dados contidos no tópico anterior mostram que não estou exagerando). E o mais preocupante é que “O nível global do consumo de álcool de uma população está significativamente associado ao nível de problemas relacionados ao álcool que esta população experimentará”¹⁸.

Portanto, é inadiável a adoção de uma política consistente para re-freá-lo. Ou seja, como anota Galvão, “As diretrizes políticas identificam os planos de ação dirigidos ao alcance de determinados objetivos sociais que, em geral, se propõem a realizar melhoria em algum dos aspectos da qualidade da vida associativa”¹⁹. A contenção/redução do consumo do álcool inevitavelmente melhoraria a vida social. Isso porque, convém lembrar, “Numa escala mundial, o consumo de álcool resulta em sofrimentos diversos e custos de enorme proporção, os quais causam um impacto na saúde e bem-estar de homens e mulheres, crianças e adultos, pobres e ricos, aqueles que bebem e aqueles que sofrem com o comportamento dos que bebem, em quase todos os países do globo. O álcool é uma questão de saúde pública altamente significativa, mas que se inter-relaciona com serviços de saúde, bem-estar, proteção da família, juventude, emprego e produtividade, ordem pública, segurança nas estradas e crimes, agricultura, comércio e fonte de rendas e de impostos”²⁰.

Ora, não basta os médicos, os terapeutas, os sociólogos, as vítimas, bradarem por alguma atitude! É a vez dos operadores jurídicos despertarem para o problema. Mais do que examinar os problemas relacionados ao álcool como um lídimo fenômeno epidemiológico²¹ avassalador urge que dêem sua contribuição para a formulação de um conjunto normativo que proporcione as respostas profiláticas adequadas. Isso é fazer política jurídica, que não é tarefa apenas do legislador, pois, como assevera “é falso e prejudicial a postura que põe em relação antagonica os conceitos

17 Contudo, como pondera EDWARDS, “a mensuração da amplitude total das conseqüências relacionadas ao álcool determina que consumir bebidas alcoólicas sem risco algum é apenas uma fantasia”. *Op. cit.*, p. 83.

18 EDWARDS, Griffith *et al.* *Op. cit.*, p. 219.

19 GALVÃO, Fernando. *Política Criminal*. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2000, p. 53.

20 EDWARDS, Griffith *et al.* *Op. cit.*, p. 218.

21 RAMOS, Sérgio de Paula *et al.* *Op. cit.*, p. 45.

de Política e de Direito. Por aceitarem esse confronto, os políticos profissionais tendem a considerar o jurista apenas como um técnico em estado de prontidão que possa ser chamado para dar forma e legitimação *a posteriori* à política improvisada”²². Em outras palavras, “O direito necessita da Política para renovar-se continuamente na fonte das mediações, e esta necessita daquele para objetivar em realidades e em valores a sua atividade quase sempre dispersiva e pragmática, ou seja, objetivá-la em sistemas de princípios e normas, formal e materialmente válidos. Assim, o ‘bem comum’, expressão que se usa geralmente com forte apelo retórico, para representar um objetivo coincidente da Política e do Direito, poderá significar elo conseqüente, como sendo mais justas relações econômicas e alcance de ambiente social tolerante, ético e estimulador de práticas solidárias”²³.

Não bastasse isso, não se pode conceber a omissão do jurista já que a própria dogmática reconhece com a sua força imperativa inerente a obrigatoriedade da observância dos valores da dignidade humana, da justiça e da solidariedade social (Constituição Federal, art. 1º, *caput*, e art. 3º, n. III) que, a rigor, estariam sendo vulnerados pela problemática do álcool.

Enfim, Bentham, em sua Teoria da legislação, escreveu que o “útil é a propriedade com a tendência de prevenir um mal e se procurar um bem”²⁴. Eis aí o pilar principiológico que justifica, sobretudo, a intervenção político-jurídica na discussão vertente, ou seja, o da utilidade social. Vale aí o sábio adágio popular: “É muito melhor prevenir do que remediar”. Ressalte-se que por detrás da busca da redução do consumo do álcool e da frieza limitada das palavras, estamos tratando de vidas humanas que podem ser poupadas, de famílias que podem continuar agregadas etc.

Dessa forma, penso que a adoção de uma política jurídica específica e adequada ao caso deverá partir da dura realidade dos dados estatísticos e das seguintes conclusões obtidas em diversas pesquisas recentes sobre o fenômeno, que demonstraram que²⁵:

a) a densidade geográfica tem uma forte influência nas vendas de álcool;

22 MELO, Osvaldo Ferreira. *Fundamentos da Política Jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1994, p. 21.

23 MELO, Osvaldo Ferreira. *Op. cit.*, *idem*.

24 MELO, Osvaldo Ferreira. *Temas Atuais de Política do Direito*. Porto Alegre: Fabris-CMCJ-UNIVALI, 1998, p. 52.

25 EDWARDS, Griffith *et al.* *Op. cit.*, p. 158, 169/192.

b) quando há menos empresas fabricando bebidas alcoólicas a oferta diminui e o preço aumenta, ocasionando uma queda do consumo (vê-se que neste pormenor a fusão dos grupos Brahma e Antarctica foi positiva);

c) a maior disponibilidade de bebidas de baixo teor alcoólico, em relação às de teor mais alto, praticamente impossibilitam a embriaguez e contribuem para preveni-la na população;

d) a idade mínima mais baixa para ingerir bebidas alcoólicas reduz o número de acidentes de trânsito;

e) o treinamento de garçons e atendentes que vendem bebidas alcoólicas ajuda a evitar que seus clientes envolvam-se em acidentes;

f) a responsabilidade civil dos estabelecimentos varejistas de álcool faz com que decresça o número de acidentes, já que é mais um desestímulo à venda de bebidas a pessoas já alcoolizadas;

g) a fiscalização intensa e a rápida punição para o motorista embriagado fazem diminuir a incidência da embriaguez ao volante²⁶;

h) não havendo leis que punam pedestres alcoolizados, estes continuam a beber, arriscando a própria vida. Isso porque, assevera Edwards, para o legislador “Se a pessoa alcoolizada não for um estorvo, pode ser deixada de lado. As leis da embriaguez pública geralmente existem por decoro, e não por segurança pública”²⁷;

i) a melhor estratégia de punição ao motorista alcoolizado é a perda do direito de dirigir, implicando em uma significativa redução da reincidência se comparada a outras formas de punição;

j) a restrição da publicidade de bebidas alcoólicas faz diminuir o consumo²⁸. Até por que, conforme sublinha Carvalho, a publicidade uti-

26 “Devido à pressão pública, New South Wales introduziu o teste do bafômetro no estado em dezembro de 1982. A polícia deveria dispor de pelo menos uma hora por dia para testar os motoristas. Assim, mais de um milhão de testes foram administrados em uma jurisdição com três milhões de motoristas. Esse alto índice de testes e um limite de alcoolemia de 50mg% aumentaram a percepção de risco entre os motoristas australianos que bebiam. O resultado foi que os níveis de acidentes fatais caíram em 22%, enquanto o número de acidentes de trânsito com envolvimento do álcool caiu em 36%, e permaneceu neste nível por mais de quatro anos (Arthurson, 1985; Homel, 1988)”; in EDWARDS, Griffith et al. *Op. cit.*, pág. 169.

27 EDWARDS, Griffith et al. *Op. cit.*, pág. 171. Enquanto isto, nos EUA, 50% das mortes de pedestres adultos estão relacionadas a níveis de alcoolemia de 100mg% ou mais (Blomberg e Fell, 1979), conforme EDWARDS, Griffith et al. *Op. cit.*, *idem*.

28 Em EDWARDS, Griffith et al. *Op. cit.*, p. 186, verificamos que: 1. “Países onde propaganda de bebidas destiladas são proibidas têm ‘um consumo 16% menor do que países onde não há proibições, enquanto que países com proibições para cerveja e vinho têm um consu-

liza-se da manipulação disfarçada, ou seja, “...para convencer e seduzir o receptor não deixa transparecer suas verdadeiras intenções, idéias e sentimentos, podendo usar de vários recursos (...) ela pode ser considerada a mola mestra das mudanças verificadas nas diversas esferas do comportamento e da mentalidade dos usuários/receptores”²⁹;

k) a utilização de rótulos nos recipientes de bebidas alcoólicas, que tragam advertências dos seus males, faz reduzir o consumo³⁰.

IV. Estratégias político-jurídicas

Inicialmente, cumpre observar que “Se a Política do Direito se realiza, enquanto ação, através de estratégias para alcançar um Direito melhor (e Direito é sobretudo condição de realização da harmonia e do bom senso nas relações pessoais, sociais e institucionais), então é preciso investir na possibilidade de projeção estética no conviver, algo que pode significar aos homens um mínimo de auto-respeito e de reconhecimento

mo de álcool 11% menor do que países que proíbem somente a propaganda de bebidas destiladas’. As fatalidades de trânsito diminuiriam aproximadamente 10%, quando proibiu-se a propaganda de bebidas destiladas, e reduziu-se em 23% nos países em que foi proibida a propaganda de cerveja e vinho, além de bebidas destiladas (Young, 1993; Saffer, 1993)”;

2. “Um estudo recente de crianças americanas com idades de 10 a 14 anos usou um modelo não-recursivo (*non-recursive modelling*), com variáveis latentes para avaliar a relação entre a percepção das crianças sobre a propaganda do álcool, crenças sobre beber e intenções de beber (Grube e Wallack, 1994). As crianças que puderam identificar corretamente um número maior de propagandas de cerveja tinham expectativas mais favoráveis a respeito de beber e indicaram que pretendiam beber mais freqüentemente quando adulto. Estes resultados foram mantidos mesmo quando os efeitos recíprocos de conhecimento e crenças sobre a conscientização da propaganda foram controlados”;

3. “Foi constatado que a propaganda de bebidas alcoólicas comunica uma metamensagem quanto ao papel do álcool na sociedade (Postman *et al.*, 1988) e, por sua vez, reduz a probabilidade de implementação de políticas públicas fortes sobre o álcool (van Iwaarden, 1983; Farrel, 1985)”.

29 CARVALHO, Nelly de. *Publicidade. A Linguagem da Sedução*. 3. ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 10.

30 Segundo EDWARDS, Griffith *et al. Op. cit.*, pág. 192, uma pesquisa colheu que após seis meses de uma iniciativa desta nos EUA “aproximadamente 25% da amostra relatou ter visto um rótulo, e isto aconteceu principalmente entre os consumidores pesados de álcool (que estavam mais expostos ao rótulo). Os consumidores pesados, que também dirigiam depois de beber, tinham mais probabilidade de lembrar da advertência sobre beber ao volante, e de relatar providências no sentido de evitar dirigir embriagados (Greenfield *et al.*, 1993) (...) Mulheres grávidas evidenciaram algum decréscimo no consumo, auto-relatado, sete meses após a introdução dos rótulos de advertência, e isso se aplicou apenas às que bebiam pouco e cujos fetos não corriam riscos (Hankin *et al.*, 1993). Outros estudos também examinaram a consciência da existência dos rótulos; a percepção pública do risco; e mudanças no comportamento (Maziz *et al.*, 1991; Mayer *et al.*, 1991; Mayer e Smith, 1992; Graves, 1992)”.

recíproco da dignidade de cada um, no relacionamento entre si e de todos com a Natureza”³¹.

Alhures, na problemática em apreço, adverte a literatura médica “Não há uma política única. Os problemas com o álcool têm causas múltiplas, que acontecem em muitas situações diferentes e afetam vários tipos de pessoas. Inevitavelmente, portanto, as políticas necessárias serão mais uma mistura do que um golpe decisivo”³².

Com base nos dados e constatações anteriores, propõe-se a edição de um conjunto normativo que contemple os seguintes tópicos:

1) obrigatoriedade de inserção de rótulos nos recipientes das bebidas alcoólicas contendo advertência de seus males, do grau alcoólico, e da idade mínima para ingeri-las;

2) proibição da veiculação de qualquer publicidade de bebidas alcoólicas;

3) tributação das bebidas de acordo com o grau alcoólico (as cervejas sem álcool, por exemplo, deveriam ser isentas, e assim por diante);

4) proibição da venda de bebidas alcoólicas em instituições de ensino e prédios públicos, e num raio de dois quilômetros destes, bem como às margens de rodovias;

5) exigência de treinamento a todos os atendentes e garçons que trabalhem na venda de bebidas alcoólicas acerca dos seus males e dos riscos da embriaguez, sob pena de não expedição de alvará de funcionamento;

6) punição criminal para o pedestre que transite embriagado;

7) aumento da pena do delito referente à venda de bebida alcoólica para pessoa já alcoolizada;

8) responsabilização civil do varejista que vender bebida alcoólica a cliente que em virtude do estado etílico envolver-se em acidente;

9) obrigatoriedade da polícia em dedicar um tempo significativo diário na fiscalização da embriaguez ao volante;

10) proibição da criação de novas empresas que fabriquem bebidas alcoólicas além das existentes ou criar alguma limitação nesse sentido (visando à diminuição da oferta e aumento do preço).

Antecipando questões de cunho dogmático, muitas destas propostas normativas, reconheço, são suscetíveis de arguições de inconstitucio-

31 MELO, Osvaldo Ferreira. *Op. cit.*, p. 63.

32 EDWARDS, Griffith *et al. Op. cit.*, p. 226.

nalidade, já que esbarram em princípios³³ como o da livre iniciativa, liberdade de expressão etc. Entrementes, é cediço que “Os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto os conflitos entre princípios, na dimensão do peso”³⁴. Eis aí o princípio da proporcionalidade, que ordena a prevalência do princípio de maior peso axiológico no caso de colisão, e que pode ser “entendido como um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental, em situação de conflito com outro(s), na medida do jurídico e faticamente possível”³⁵.

Contudo, nesta ótica de princípios subleva-se o princípio da dignidade da pessoa humana. Dispõe a Constituição Federal, no seu Título I, “Dos Princípios Fundamentais”, em seu art. 1º, o seguinte: “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: (...) III — a dignidade da pessoa humana”. Nesse compasso “se o texto constitucional diz que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado”³⁶ (grifei). Isto implica que o Estado, o processo, deve tratar o ser-humano como sujeito dos valores segurança, igualdade, justiça, liberdade etc., e não como objeto ou meios³⁷. Por isso, é lícito afirmar que a “dignidade da pessoa humana é, por conseguinte, o núcleo essencial dos direitos fundamentais, a ‘fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais’, a fonte ética, que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais...”³⁸. Enfim, diante dessas ponderações, é possível concluir, que havendo colidência de princípios

33 Conforme encontra-se em SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998, pág. 96, princípios são “ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas”.

34 BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 155.

35 GUERRA FILHO, W. S. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo. Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. 1999. p. 67.

36 FERREIRA DOS SANTOS, Fernando. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Fortaleza. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Fortaleza, Celso Bastos Editor, 1999, p. 92.

37 FERREIRA DOS SANTOS, Fernando. *Idem*.

38 FERREIRA DOS SANTOS, Fernando. *Op. cit.*, p. 97/98.

neste caso, haverá que prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana, ante a sua abrangência e valor supremo, conforme normatizado³⁹.

Enfim, muitas seriam questões a serem aprofundadas e examinadas que escapam o âmbito estreito de um singelo artigo. De qualquer forma o seu objetivo foi apenas de fomentar a discussão, de sensibilizar o operador jurídico — aí entendidos os magistrados, advogados, promotores de justiça, professores de direito etc. — para a sua importância na mudança do quadro atual envolvendo a problemática do álcool, bem como de suscitar idéias para a formulação de uma política jurídica a respeito.

Há, ainda, um longo caminho a ser percorrido...

V. Referências bibliográficas

- BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- CARVALHO, Nelly de. *Publicidade. A Linguagem da Sedução*. 3ª ed. São Paulo: Ática, 2000.
- D'ANDREA, Flávio F. *Transtornos Psiquiátricos do Adulto*. São Paulo. Ed. Brasil, 1995.
- EDWARDS, Griffith *et al.* *A Política do Alcool e o Bem Comum*. Trad. Gisele Klein. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998.
- FERREIRA DOS SANTOS, Fernando. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Fortaleza. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Fortaleza, Celso Bastos editor, 1999.
- GALVÃO, Fernando. *Política Criminal*. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2000.
- GUERRA FILHO, W. S. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo. Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. 1999.
- MELO, Osvaldo Ferreira. *Fundamentos da Política Jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1994.
- MELO, Osvaldo Ferreira. *Temas Atuais de Política do Direito*. Porto Alegre: Fabris-CMCJ-UNIVALI, 1998.
- RAMOS, Sérgio de Paula *et. al.* *Alcoolismo Hoje*. 3. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15ª ed., São Paulo. Malheiros, 1998.

39 Neste sentido: Ferreira dos Santos, Fernando. *Op. cit.*, p. 53.

A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SANTA CATARINA

Eduardo Sens dos Santos *

Sumário: 1. Introdução; 2. Idéia geral sobre o controle de constitucionalidade; 3. Natureza jurídica; 4. Competência; 5. Objeto; 6. Legitimação; 7. Liminar; 8. Procedimento; 9. Anexo: Lei Estadual n. 12.069/2001.

1. Introdução

Este artigo propõe-se a fazer uma análise do controle jurisdicional concentrado de constitucionalidade no âmbito catarinense, sem deixar, contudo, de sintetizar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Buscar-se-á uma visão geral das características básicas da ação direta para, no pertinente, especificar e demonstrar as peculiaridades da ação de inconstitucionalidade de atos normativos estaduais e municipais, estudando mais a fundo a liminar, e examinando algumas características do procedimento. É preciso ressaltar, contudo, que não cabem nos objeti-

* Procurador Federal; Mestrando em Direito, Estado e Sociedade na UFSC. Endereço eletrônico: eduardo_sens@yahoo.com.

vos deste trabalho digressões aprofundadas sobre as origens e a teoria do controle de constitucionalidade¹.

Impende ressaltar, de início, que a ação direta de inconstitucionalidade no Estado de Santa Catarina, antes regulada pelo Ato Regimental n. 6, de 5 de novembro de 1990 e, na falta de legislação específica, pela Lei Federal n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, atualmente é regida basicamente pela Lei Estadual n. 12.069 de 27 de dezembro de 2002. Essa Lei Estadual, proposta pelo Executivo com base em projeto elaborado pelo Tribunal de Justiça Catarinense, segue quase à risca os preceitos da Lei Federal n. 9.868/99, editada com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual as fontes a que se recorreu para a elaboração deste trabalho referem-se sempre à citada Lei Federal.

2. Idéia geral sobre o controle de constitucionalidade

Falar em controle de constitucionalidade impõe em primeiro lugar uma pequena exposição sobre as origens dessa forma de verificação da concordância da legislação ao documento jurídico mais importante de um Estado: a Constituição.

A idéia de supremacia da Constituição, da proteção dos direitos fundamentais e dos princípios basilares do sistema jurídico vem de tem-

-
- 1 Para uma visão mais aprofundada ver os seguintes trabalhos, entre outros:
- a) BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12.ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
 - b) BOUZAT, Gabriel. *El control constitucional: un estudio comparativo*. In ACKERMAN, Bruce. *Et alli*. Fundamentos y alcance del control judicial de constitucionalidad. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
 - c) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2.ed., Coimbra: Almedina, 1998.
 - d) HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002.
 - e) HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: UnB, 1984.
 - f) HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.
 - g) MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2.ed., Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1988.
 - h) ROSA, Alexandre Moraes da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*. Florianópolis: Habitus, 2002.
 - i) SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA. Caso *William Marbury v. James Madison, Secretary os State of the United States*. February, 1803. Disponível em <<http://www.tourolaw.edu/patch/marbury/>>, acesso em 24/6/2002.

pos recentes na história do pensamento jurídico ocidental. Consta que em 1788, quando do lançamento do artigo *O que é o terceiro estado*, Emanuel Sieyès sustentou ser a Constituição sempre superior aos poderes por ela constituídos e, via de conseqüência, aos demais atos normativos, idealizando o pensador francês pela primeira vez a criação de um tribunal constitucional para o controle concentrado dos atos normativos².

Mas, sem sombra de dúvidas, o precedente de maior relevância para a matéria foi a decisão do juiz Marshall no conhecido caso *Marbury versus Madison*, com a exposição das primeiras linhas do controle difuso de constitucionalidade. Na histórica decisão imputou-se aos magistrados de todos os graus de jurisdição o dever de declararem a inconstitucionalidade dos atos que afrontassem a Constituição, quaisquer que fossem esses atos e quaisquer que fossem as autoridades de que emanaram. A partir daí, a grande maioria dos sistemas constitucionais passou a normatizar o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, com maior ou menor abrangência conforme o ordenamento.

A idéia de controle de constitucionalidade, por outro lado, induz à noção de proteção do Estado democrático de direito. Pode-se dizer, com isso, que o maior objetivo do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos humanos, pois os instrumentos criados para esse fim prestam contas sempre à supremacia dos direitos e garantias fundamentais e aos limites de aplicação do poder estatal. Os direitos fundamentais são também “uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito”³.

Portanto, sem mecanismos eficazes para a manutenção dessa parte da legitimação não se pode verificar propriamente um Estado democrático de direito, motivo pelo qual impera a necessidade de os sistemas jurídicos contemporâneos serem dotados destes mecanismos.

3. Natureza jurídica

É corrente a doutrina reconhecer o caráter objetivo da ação direta de inconstitucionalidade, eis que não há interesse subjetivo a ser tutelado ou satisfeito. O interesse na eficácia da Constituição Federal é difuso, de toda a coletividade, impossível de individualização.

2 BESTER, Gisela Maria. *Cadernos de direito constitucional*: parte I — teoria constitucional. Porto Alegre : Síntese, 1999. p. 110.

3 MORAES, Alexandre de. 9. ed. São Paulo : Atlas, 2001. p. 559.

Por isso se diz que um ato normativo inconstitucional afeta maleficamente⁴ todas as relações a ele submetidas, da mesma forma que os atos estaduais ou municipais na mesma condição. É possível até mesmo vislumbrar os efeitos dos atos normativos inconstitucionais além do âmbito das relações de sua competência, como por exemplo os prejuízos que cause a outros Estados uma lei inconstitucional que permita a poluição descontrolada de manancial hídrico em região de fronteira.

Já adentrando na questão procedimental, vale ressaltar que, dada essa natureza objetiva e os interesses difusos tutelados pela ação direta de inconstitucionalidade, o art. 5º da Lei n. 12.069/2001, adotando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não permite a desistência da ação⁵.

4. Competência

De acordo com o art. 102, *a*, da Constituição Federal, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Trata-se da materialização das idéias de Emanuel Sieyès, pois a um órgão — o da cúpula do Poder Judiciário — incumbe o exame dos atos normativos (*lato sensu*) que porventura afrontem a Constituição Federal.

Mas vale lembrar que uma das decorrências da adoção do sistema federativo no Brasil é a criação dos Estados Membros e a possibilidade de promulgação de Constituições Estaduais. O objetivo evidente é o de regulamentar situações regionais, permitindo ao constituinte de cada uma das unidades da federação melhor adequação das realidades locais ao texto constitucional. Há que se respeitar, contudo, o sistema constitucional federal, dada a supremacia da Constituição Federal no ordenamento brasileiro.

Em virtude desses mesmos motivos, criou-se a possibilidade de controle de constitucionalidade dos atos normativos que firmam a Constituição Estadual pelos tribunais locais, haja vista a proximidade com a realidade trazida pelo processo e com a própria Constituição Estadual.

4 Isso em termos jurídico-positivos, pois se se atentar para a possibilidade de valoração extrajurídica das normas constitucionais (como de qualquer norma), constatar-se-á haver normas “boas” e normas “ruins”. Uma lei que contrariasse uma norma ruim, dentro dessa possível valoração, poderia perfeitamente ser considerada “boa”.

5 Art. 5º da Lei n. 12.069/2001: “proposta a ação direta, não se admitirá desistência”.

Assim, por força da regra do art. 125, § 2º, da Constituição Federal, os tribunais estaduais são competentes para conhecer das ações diretas de inconstitucionalidade de atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual⁶. Ao Supremo Tribunal Federal restam as ações diretas de inconstitucionalidade dos atos estaduais que afrontem a Constituição Federal.

A regra básica, portanto, é a de que o tribunal de cada membro da federação vela pela sua constituição, e o Supremo Tribunal Federal pela Constituição Federal. A exceção é o controle de constitucionalidade de ato normativo *municipal* em face da Constituição Federal, que só é possível pela via difusa, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁷.

Na Constituição do Estado de Santa Catarina, o art. 83, XI, *f*, determina essa competência da seguinte forma: “Compete privativamente ao Tribunal de Justiça [...] processar e julgar, originariamente [...] as ações diretas de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e municipais contestados em face desta Constituição”.

Ressalte-se, por fim, que, conforme recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não é possível que o pedido de ação civil pública seja calcado unicamente em declaração abstrata de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, porquanto, dado o caráter difuso e os efeitos *erga omnes* da decisão nesta ação, a sentença teria a mesma função de acórdão do Supremo Tribunal, infringindo sua esfera de competência, além da legitimação prevista no art. 103 da Constituição Federal. Quando tratar-se de declaração com efeitos nitidamente concretos, que apenas guarde relação de prejudicialidade com o provimento principal⁸, é admitido o pedido de declaração de inconstitucionalidade⁹. Do mesmo modo, portanto,

6 Art. 125, § 2º, da Constituição Federal: “cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”.

7 Ver Reclamação n. 337-0/DF, rel. Min. Paulo Brossard.

8 Como a apreciação de questão prejudicial decidida incidentalmente no processo não faz coisa julgada, não há qualquer ofensa à competência do Supremo Tribunal Federal, pois a declaração só tem efeitos concretos (Ver art. 469, III, do Código de Processo Civil).

9 Consta do Informativo n. 212, do Supremo Tribunal Federal: “É inquestionável que a utilização da ação civil pública como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, além de traduzir situação configuradora de abuso do poder de demandar, também caracterizará hipótese de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Esse entendimento — que encontra apoio em autorizado magistério doutrinário [...] reflete-se, por igual, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, no entanto, somente exclui a possibilidade do exercício da ação civil pública, quando, nela, o autor deduzir pretensão efetivamente

as ações civis públicas propostas perante o judiciário do Estado de Santa Catarina, ou seja, perante os juízes de primeiro grau, não poderão ter por objeto imediato declaração abstrata de inconstitucionalidade de ato normativo em face da Constituição Estadual, para que não haja violação da competência do Tribunal de Justiça.

5. Objeto

O texto da Constituição Federal menciona como objetos da ação direta de inconstitucionalidade leis e atos normativos.

Os *atos normativos* são prescrições a serem obrigatoriamente cumpridas pelos destinatários¹⁰ e podem ser considerados em duas acepções. Na acepção *lata*, englobam tanto as leis quanto os atos normativos em sentido estrito.

No sistema jurídico brasileiro, consideram-se *lei* em sentido estrito todos os atos normativos emanados do Poder Legislativo no exercício de sua função principal. Portanto, emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, tratados¹¹, decretos-legislativos e resoluções podem ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade.

Por outro lado, os atos normativos em sentido estrito são as medidas provisórias, os decretos, as instruções normativas, os regimentos internos e as resoluções dos tribunais, os regimentos internos da Câmara e do Senado. O Supremo Tribunal Federal já considerou ser ato normativo acórdão de tribunal que instrumentalizava ato normativo administrativo

destinada a viabilizar o controle abstrato de constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo. [...] Se, contudo, o ajuizamento da ação civil pública visar, não à apreciação da validade constitucional de lei em tese, mas objetivar o julgamento de uma específica e concreta relação jurídica, aí, então, tornar-se-á lícito promover, *incidenter tantum*, o controle difuso de constitucionalidade de qualquer ato emanado do Poder Público” (Transcrição do acórdão da apreciação da medida liminar na RCL n. 1.733/SP, Rel. Min. Celso de Mello).

10 MORAES. *Op. cit.*, p. 583.

11 Vale lembrar que os tratados, mesmo tendo natureza distinta e validade supranacional, são incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro por meio de decretos legislativos. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, contudo, lhe dá força de lei ordinária, sob a reprovação da ampla maioria dos especialistas em direito internacional, e contrariando grande parte dos sistemas jurídicos mundiais. O fato é explicado pela pequena tradição internacional do Brasil. De qualquer forma, se é lei ordinária, é ato normativo em sentido amplo, passível, portanto, de controle de constitucionalidade tanto concreto como abstrato. O caso líder para a determinação da hierarquia dos tratados foi o famoso RE n. 80.004/SE, rel. Min. Cunha Peixoto.

e, portanto, suscetível de controle concentrado de constitucionalidade¹². A súmula, por falta de vinculatividade, não tem força normativa e não se amolda ao conceito.

Os atos normativos dos quatro entes da federação podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, obedecidas as competências previstas acima. Ressalte-se que os atos normativos emanados pelo Distrito Federal somente poderão ser objeto da ação direta perante o Supremo Tribunal Federal quando oriundos de sua competência estadual, já que o próprio Distrito Federal cumula competências administrativas e legislativas de estados e municípios.

É importante lembrar, por fim, que a ação direta de inconstitucionalidade perde o objeto se o ato normativo for revogado antes do julgamento, conforme copiosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹³.

6. Legitimação

A Lei Estadual n. 12.069/2001 trata da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça Catarinense. A legitimação para a propositura da ação está disposta no art. 2º, incisos I a VI, quando tratar-se de ato normativo estadual, e no inciso VII quando a hipótese for de ato normativo municipal.

São legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade de ato normativo estadual, perante o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o Governador do Estado, a Mesa da Assembléia Legislativa ou um quarto dos Deputados Estaduais, o Procurador-Geral de Justiça, o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos com representação na Assembléia Legislativa, as federações sindicais e as entidades de classe de âmbito estadual.

No caso de ato normativo municipal, podem propor a ação direta de inconstitucionalidade o Prefeito Municipal, a Mesa da Câmara ou um quarto dos Vereadores, o representante do Ministério Público, a Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil e as associações de classe ou da comunidade.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no caso de ação direta de inconstitucionalidade de sua competência, entende necessária

12 Ver ADIn n. 740-8/SP, rel. Min. Néri da Silveira. No caso, tratava-se de acórdão que determinava o reajuste dos vencimentos dos funcionários do TRE.

13 Ver ADIn n. 482/DF, rel. Min. Néri da Silveira.

para a verificação da legitimidade das Mesas da Assembléia Legislativa dos Estados ou do Distrito Federal, do Governador dos Estados ou do Distrito Federal, das confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional a demonstração da chamada *pertinência temática*. Tal requisito, de caráter objetivo, seria a “relação de pertinência entre a defesa do interesse específico do legitimado e o objeto da própria ação”¹⁴.

Existem, todavia, fortes razões, levantadas principalmente na doutrina, para rechaçar tal entendimento.

Em primeiro lugar, cumpre observar que a ação direta de inconstitucionalidade, como instrumento para a efetivação dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, possibilita que por meio de provocação o Judiciário manifeste-se sobre os atos normativos de constitucionalidade duvidosa e mantenha firme o Estado Democrático de Direito calcado na justiça e na igualdade, tal qual traçado em 1988. Se o Estado é *democrático*, todo o poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido, conforme o próprio texto constitucional. Ora, se o poder emana do povo, nada mais correto que permitir que esse mesmo povo exerça efetivamente seu poder por todas as vias a isso destinadas, inclusive pela ação direta de inconstitucionalidade.

Mas, como não seria possível permitir que qualquer do povo intentasse uma ação com tais características e efeitos, optou-se sabiamente por conceder legitimidade a apenas algumas pessoas que *representem* interesses do povo. E assim se fez no art. 103 da Constituição Federal, ao constar de forma indiscriminada o rol de dez legitimados¹⁵.

Percebe-se, tanto pelo texto do art. 103 quanto por uma análise mais acurada do sistema de representatividade, que não há qualquer diferença entre a representação do povo pelo Presidente da República, por exemplo, e por entidade de classe de âmbito nacional. A não ser em termos numéricos, o que há de se convir não ser bom indicador de maior ou menor representatividade, principalmente se considerado o atual papel das mídias na “informação” política, é impossível demonstrar por critérios objetivos ser esta ou aquela entidade mais ou menos representativa do interesse do povo.

14 MORAES. *Op. cit.*, p. 590.

15 Art. 103 da Constituição Federal: “Podem propor ação de inconstitucionalidade: I — o Presidente da República; II — a Mesa do Senado Federal; III — a Mesa da Câmara dos Deputados; IV — a Mesa de Assembléia Legislativa; V — o Governador de Estado; VI — o Procurador-Geral da República; VII — o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII — partido político com representação no Congresso Nacional; IX — confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

Pelo contrário, nota-se, via de regra, que quanto mais próximo do povo, mais representativo é o órgão e, portanto, segundo essa lógica, a representatividade do Presidente da República fica bem aquém da representatividade das confederações ou entidades de classe de âmbito nacional que atuam nas massas populares, e não mediante senadores e deputados ou ministros de governo. Em suma, não importam os interesses institucionais das entidades de classe ou da política de um Estado Membro, por exemplo; todos têm o interesse superior de ver a Constituição Federal fielmente cumprida, em respeito ao Estado Democrático de Direito.

Um segundo argumento contra a exigência de pertinência temática é mais positivista, e funda-se na interpretação do art. 103 da Constituição Federal.

Em momento algum, tanto neste artigo quanto em qualquer outro da Constituição Federal, diferenciam-se as confederações ou as entidades de classe de quaisquer outros legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade. Nem poderia ser diferente, pois nesse aspecto e tendo em vista o objetivo da ação, não haveria motivo plausível para o tratamento desigual. Nélon Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery são enfáticos: “a restrição é descabida porque distingue onde a CF 103 não distinguiu. Sendo o processo da ADIn de natureza objetiva, não há que se perquirir de pertinência temática para o seu ajuizamento”¹⁶. A legitimação dessas entidades, em síntese, nada mais é que decorrência da característica difusa dos interesses em jogo.

Ademais, foi vetado o parágrafo único do art. 2º do Projeto de Lei que originou a Lei da ADIn perante o Supremo Tribunal Federal (Lei Federal n. 9.868/99) e que, com a seguinte redação, exigia a demonstração da pertinência temática: “as entidades referidas no inciso IX, inclusive as federações sindicais de âmbito nacional, deverão demonstrar que a pretensão por elas deduzida tem pertinência direta com os seus objetivos institucionais”. Se foi vetado o artigo que exigia a demonstração de pertinência temática, por óbvio, não é mais necessário tal requisito¹⁷.

16 NERY Jr. Nélon; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado: e legislação processual em vigor*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001. p. 1.592.

17 Não se desconhece que nas razões do veto o presidente da República fez referência apenas à inconstitucionalidade da legitimação às federações sindicais, ressalvando que a pertinência temática sobreviveria. Todavia, a bem da verdade, a tentativa do presidente em vetar o parágrafo único ressalvando a segunda parte do dispositivo nada mais é que o antigo veto parcial, prática abominada pela atual Constituição da República e, portanto, não pode ter

Um terceiro argumento também de grande força é o que invoca o art. 5º, *caput*, da própria Constituição Federal. Se todos são iguais perante a lei, é insofismavelmente injusta a conduta que trate iguais de maneira desigual sem motivo plausível, como o faz a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Retornando ao âmbito catarinense, igualmente pela Constituição Estadual e pela Lei Estadual n. 12.069/2001, não há distinção, nem poderia haver, entre os legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, exigindo a alguns prova de que em seus objetivos institucionais consta a defesa de interesses relativos à prestação jurisdicional buscada. Por esse motivo, o tribunal catarinense sensatamente não tem exigido a demonstração de pertinência temática.

7. Liminar

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da lei que regulamentou a ação direta nos casos de sua competência (Lei n. 9.868/99), reconhecia a possibilidade de deferimento de liminar para a suspensão dos efeitos do ato impugnado¹⁸. No Tribunal de Justiça de Santa Catarina a mesma providência era permitida pelo art. 5º, § 1º, do Ato Regimental n. 6/90, nestes termos: “Havendo pedido de suspensão liminar do ato impugnado, em que se atenderá ao prescrito no art. 7º, II, da Lei n. 1.533/51, o relator submetê-lo-á ao Órgão Especial, na primeira sessão que se realizar”.

Havia, como se vê, referência expressa à liminar no mandado de segurança. Vale transcrever o dispositivo citado pelo Ato Regimental Catarinense: “Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: [...] II — que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida”.

A Lei Estadual n. 12.069/2001, adotando em grande parte a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, regulamentou a “medida cautelar” na ação direta de inconstitucionalidade. Todavia, deixou de enumerar, como o fazia a Lei do Mandado de Segurança, os requisitos materiais para o deferimento. Em outras palavras, não ficou claro, como o era quando da utilização analógica do art. 7º, II, da Lei do Mandado de

efeito nenhum. Veja-se o texto do art. 66, § 2º, da Constituição: “O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea”.

18 Ver art. 170, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Segurança, que a liminar deve ser concedida “quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida”.

O texto do art. 10 da Lei Estadual n. 12.069/2001, pelo contrário, apenas determina: “Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Órgão Especial do Tribunal, observado o disposto no art. 13, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias”.

Em outras palavras, somente determinam-se requisitos formais para o deferimento da medida.

De qualquer forma, a jurisprudência tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Tribunal de Justiça catarinense podem e devem continuar observando os requisitos materiais a que se refere a doutrina e a jurisprudência para a concessão da medida: o relevante fundamento e a demonstração de que do ato impugnado pode resultar a ineficácia do provimento final. A Lei Estadual n. 12.069/2001 oferece os requisitos formais: a medida deve ser tomada pela maioria absoluta, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou o ato normativo impugnado.

Nesse ponto deve-se atentar para uma modificação importante. Antes da edição da Lei Estadual n. 12.069/2001, o art. 5º, § 3º, do Ato Regimental n. 6/90 determinava que somente após a liminar seriam solicitadas as informações às autoridades. Atualmente, apenas em poucos casos e quando se constatar excepcional urgência é que se torna possível a concessão da liminar antes de ouvidas as autoridades. Isso dá-se em virtude do respeito ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis, a que o autor deste trabalho já havia invocado para sustentar, quando na assessoria do Des. Pedro Manoel Abreu, a necessidade de tal audiência¹⁹.

Além disso, outro motivo para a obrigatoriedade de solicitar-se tal informação é a faculdade de sustentação oral das razões que levaram à

19 Naquela ocasião, quando da redação de versão deste artigo anterior à edição da Lei Estadual n. 12.069/2001, anotou-se que “Obviamente, em respeito ao princípio federativo e ao da presunção de constitucionalidade dos atos normativos, deve-se considerar revogado o art. 5º, § 3º, do Ato Regimental n. 6/90, de modo a permitir a audiência prévia do órgão ou autoridade que emanou o ato, salvo em caso de excepcional urgência. Não bastasse isso, vale lembrar que, segundo os critérios da hierarquia e temporalidade para resolução de antinomias, a Lei Federal deve prevalecer”.

edição do ato normativo na sessão de julgamento da liminar, a ser realizada pelas autoridades ou órgãos responsáveis pelo ato²⁰.

O descumprimento dessa formalidade torna nula a decisão liminar, e, portanto, a praxe no Tribunal de Justiça estadual há de ser revista.

Outro ponto interessante a ressaltar é a necessidade de a liminar ser tomada pela maioria absoluta dos membros do Órgão Especial, salvo no período de recesso.

Quanto aos efeitos da liminar, determina o § 1º do art. 11 da Lei Estadual n. 12.069/2001 que a liminar terá efeitos para o futuro (*ex nunc*), a não ser que o tribunal entenda de forma diversa, ou seja, que é necessária a concessão de efeitos retroativos²¹. A regra, portanto, é que a liminar que suspende os efeitos do ato normativo tem efeitos *ex nunc*, salvo se o tribunal, fundamentadamente, decidir necessária a concessão de efeitos *ex tunc*. Acaso existente, a legislação anterior torna-se aplicável com a concessão da liminar, salvo expressa manifestação em contrário pelo tribunal.

Pelo § 2º do art. 10 da Lei Estadual n. 12.069/2001, no julgamento da liminar podem os representantes dos requerentes e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato sustentar oralmente suas razões, na forma do Regimento Interno do Tribunal. Em Santa Catarina, são concedidos ao representante quinze minutos para a realização deste seu direito.

Por fim, cabe ressaltar que, diferentemente de outras decisões interlocutórias proferidas pelo Tribunal de Justiça, a liminar na ação direta de inconstitucionalidade terá forma de acórdão, com a redação de ementa, relatório, fundamentação e dispositivo.

Uma última crítica dirige-se à designação dada pela Lei Federal n. 9.868/99 e repetida pela Lei Estadual n. 12.069/2001 à liminar concedida na ação direta de inconstitucionalidade. A Seção II do Capítulo I desta última lei trata “da *medida cautelar* em ação direta de inconstitucionalidade”²². A toda evidência, contudo, não se trata de medida cautelar, mas sim de antecipação da tutela. A questão não é fácil, mas com a ajuda dos

20 Art. 10, § 2º, da Lei Estadual n. 12.069/2001: “No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal”.

21 § 1º do art. 11 da Lei Estadual n. 12.069/2001: “A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeitos *ex nunc*, salvo se o Tribunal conceder-lhe eficácia retroativa”.

22 Grifou-se.

ensinamentos de alguns dos mais abalizados estudiosos do assunto torna-se possível a verificação do equívoco na redação das leis. Luiz Rodrigues Wambier adota critério bastante lógico e didático para diferenciar a cautelar da tutela antecipada:

“Como traço distintivo predominante não temos dúvida de que este reside no pressuposto e na correlata finalidade da medida cautelar: seu pressuposto é o *periculum in mora* (risco de dano à eficácia da providência pleiteada), e sua finalidade ou função é a de evitar ou a de minimizar este risco. A tutela antecipatória pressupõe direito que, desde logo, aparece como evidente e que *por isso* deve ser tutelado de forma especial pelo sistema”²³.

Por esse conceito, enquadra-se perfeitamente a liminar da ação direta de inconstitucionalidade nas características da tutela antecipada, pois a tutela só é concedida antecipadamente porque de plano o direito aparece como evidente. Não há, como o haveria de ser se a liminar tivesse as feições de medida cautelar, necessidade de minimizar o risco de que a providência pleiteada torne-se ineficaz, pois nada além da própria revogação do ato normativo impugnado poderá impedir a declaração final de inconstitucionalidade ou constitucionalidade. O argumento que se lança, no sentido contrário, de que a liminar teria cunho cautelar porque estaria acautelando os riscos que as pessoas submetidas à lei inconstitucional sofreriam, não parece correto. O que o provimento cautelar protege não é a situação em si, mas a eficácia de uma providência que será tomada posteriormente para, aí sim, proteger a situação contra a qual atenta da lei inconstitucional.

Para corroborar esse entendimento vale transcrever o pensamento de Ovídio Baptista da Silva:

“O que, todavia, irá caracterizar a natureza do provimento será seu respectivo conteúdo. *Se ele antecipar efeitos da sentença de procedência, em demanda satisfativa — ante o ‘fundado receio de dano irreparável’ — o provimento terá naturalmente caráter também satisfativo, logo não-cautelar.* Se, ao contrário, ante o mesmo ‘fundado receio de dano irreparável’, protege-se o direito, sem satisfazê-lo, apenas assegurando sua futura satisfação (realização), então o provimento será cautelar”²⁴.

23 WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999, v. 1, p. 349.

24 SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. 3ª ed. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, v. 1, p. 111, grifou-se.

Veja-se que, também sob o critério da satisfatividade, a providência pleiteada na liminar da ação direta de inconstitucionalidade só pode ser tutela antecipada. Antecipam-se os efeitos da sentença para que não ocorra dano irreparável. Esse “dano irreparável” pode muito bem ser exemplificado pelos efeitos prejudiciais causados pela existência de um ato normativo inconstitucional. Assim, deve-se conceder a tutela antecipada em ação direta de inconstitucionalidade que tenha por objeto, por exemplo, uma lei que proíba o direito de reunião em determinado município, porque se a providência final não for *antecipada* é muito provável que ocorram danos irreparáveis ou de difícil reparação ao direito de reunir-se.

Um terceiro elemento distinguidor das duas tutelas é o trazido por Kazuo Watanabe em sua tese de doutoramento e eleito também por Luiz Guilherme Marinoni como “pressuposto necessário” para a tutela cautelar: trata-se da *referibilidade* ao direito acautelado. Segundo este último autor, “a idéia de referibilidade advém da ligação, da transitividade, entre a tutela cautelar e a tutela satisfativa, na medida em que a tutela cautelar destina-se apenas a assegurar uma pretensão, pretensão esta que jamais poderá ser satisfeita através da tutela de simples segurança”²⁵.

De acordo com este terceiro critério, deve-se observar a relação entre a cautelar e a ação principal. Quando não for possível observar uma *referibilidade* a uma pretensão de direito material dita *principal*, a ação cautelar dispensará a propositura da ação principal e, por isso, será sumária satisfativa. E, em assim sendo, apenas quando houver referibilidade a uma pretensão material é que a providência pleiteada (seja lá o nome dado) será cautelar. Nas outras hipóteses, se não for possível visualizar dita referibilidade, a tutela será sumária satisfativa. Luiz Guilherme Marinoni resume bem o conceito: “a referibilidade, em suma, é indicativa da cautelaridade, enquanto que a não-referibilidade aponta para a satisfatividade e, destarte, para a tutela sumária satisfativa”²⁶.

Percebe-se claramente por esse último critério que a liminar na ação direta de inconstitucionalidade não é providência acautelatória, pois não se refere a uma pretensão material dita principal. Ela é a própria tutela final, antecipada sumariamente e de cunho satisfativo. A liminar vai satisfazer a pretensão principal e não acautelar sua futura realização, vai conceder o exercício do direito afirmado pelo autor.

25 MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo : Malheiros, 1998, p. 91, com base em Ovídio Baptista da Silva.

26 *Idem*, p. 92.

Por todos esses motivos, a liminar concedida na ação direta de inconstitucionalidade só pode ser considerada antecipação de tutela, pois satisfaz sumariamente o direito afirmado dada a sua evidência, e obsta danos irreparáveis, sem, no entanto, guardar qualquer referibilidade a uma pretensão material diversa da pleiteada.

8. Procedimento

De acordo com o parágrafo único do art. 3º da Lei Estadual n. 12.069/2001, o autor da ação direta de inconstitucionalidade deve apresentar a petição inicial em duas vias ao Presidente do Tribunal de Justiça, que sorteará o relator dentre um dos desembargadores que compõem o Órgão Especial, devendo a peça conter cópias do ato normativo impugnado e dos documentos para comprová-la²⁷.

Conclusos os autos, o relator verificará se a inicial é apta. De acordo com o art. 3º da Lei Estadual n. 12.069/2001 deve a petição indicar os dispositivos do ato impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações, além do pedido com suas especificações. É necessário, salvo quando o autor possuir capacidade postulatória própria, como é o caso do representante do Ministério Público, a juntada de procuração com poderes especiais para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade.

A petição inicial inepta, não fundamentada ou manifestamente improcedente, deve ser liminarmente indeferida pelo relator, salvo quando o vício for sanável, hipótese na qual se deve dar oportunidade para que o autor a emende, de acordo com o art. 284 do Código de Processo Civil²⁸. Obviamente, aplica-se o rol de causas de indeferimento da inicial do art. 295 do Código de Processo Civil, no que couber, como por exemplo quando for manifesta a ilegitimidade da parte, faltar interesse processual objetivo, não for atendida a determinação para emenda ou faltar o endereço para intimações do advogado. Em caso de indeferimento, cabe agravo, conforme o parágrafo único do art. 4º da Lei Estadual n. 12.069/2001. Este agravo a que se refere a lei é o agravo regimental, a ser julgado pelo

27 Parágrafo único do art. 3º da Lei Estadual n. 12.069/2001: “A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação”.

28 É a opinião de Nélson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery. *Op. cit.*, p. 1.594.

Pleno; a rigor, todavia, deveria ser o caso de apelação, pois a decisão é extintiva²⁹.

A seguir, encaminhará o relator a segunda via da petição inicial à autoridade que haja subscrito o ato impugnado, assinando-lhe o prazo de trinta dias para prestar informações, segundo o art. 6º da Lei Estadual n. 12.069/2001. Em caso de pedido de liminar, obedecerá o relator o art. 10, assinando prazo de cinco dias para que se pronuncie a autoridade que emanou o ato.

Em seguida, submeter-se-á o pedido de liminar ao Órgão Especial para apreciação, salvo em caso de excepcional urgência, quando o relator pode suspender o ato impugnado, sob o referendo do Órgão Especial, conforme consta do § 3º do art. 10 da Lei Estadual n. 12.069/2001.

Deverá ainda o Tribunal de Justiça de Santa Catarina publicar em seção especial do Diário Oficial e do Diário da Justiça do Estado a parte dispositiva da decisão liminar³⁰, no prazo de dez dias.

Em se tratando de ato estadual, deve-se citar o Procurador-Geral do Estado e, em caso de manter-se inerte, o Procurador-Geral da Assembléia Legislativa; no caso de ato municipal, cita-se o Procurador-Geral do Município. De acordo com o art. 8º da Lei Estadual n. 12.069/2001, devem todos responder à ação em 15 dias. Decorrido o prazo para resposta, dá-se vista ao Procurador-Geral de Justiça, por idêntico prazo, para emitir parecer.

O art. 9º, § 1º, da Lei Estadual n. 12.069/2001 possibilita que o relator, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, requisite informações adicionais, designe perito ou comissão de peritos para que emitam parecer sobre a questão, ou fixe data para que em audiência pública ouça “pessoas com experiência e autoridade na matéria”. Trata-se da figura denominada poderes instrutórios do relator³¹, que podem ser utilizados de ofício ou a requerimento sempre que se vislumbre a necessidade da providência para formação do convencimento do órgão julgador.

29 NERY. *Op. cit.*, p. 1.597.

30 Art. 11, *caput*, da Lei Estadual n. 12.069/2001: “Concedida a medida cautelar, o Tribunal de Justiça fará publicar em seção especial do Diário Oficial e do Diário da Justiça a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo”.

31 NERY. *Op. cit.*, p. 1.602.

Finda a instrução, lançar-se-á o relatório com cópias a todos os desembargadores e haverá posterior pedido de dia para julgamento, com a devida inclusão do processo em pauta³².

Na sessão de julgamento, após a leitura do relatório será facultado às partes sustentarem oralmente suas razões pelo prazo de quinze minutos, e declarará o Órgão Especial a inconstitucionalidade do ato³³, por decisão irrecurável e não suscetível de impugnação via ação rescisória³⁴.

Importante disposição da Lei Estadual n. 12.069/2001 é o art. 17, que permite ao tribunal, ao declarar a inconstitucionalidade do ato normativo e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir pelo voto de dois terços de seus membros os efeitos da declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de momento a ser estabelecido. Esse momento, por óbvio, só pode ser fixado entre a edição do ato e a publicação oficial da decisão, pois não poderá o tribunal “estipular como termo inicial para produção dos efeitos da decisão, data posterior à publicação da decisão no Diário Oficial, uma vez que a norma inconstitucional não mais pertence ao ordenamento jurídico, não podendo permanecer produzindo efeitos”³⁵.

A regra para a decisão final, diferentemente daquela da liminar, é a de que a declaração de inconstitucionalidade tenha efeitos retroativos, anulando todos os atos e efeitos jurídicos produzidos pela lei inconstitucional. Todavia, conforme esse dispositivo, pode o tribunal, pelo voto de dois terços de seus membros, restringir esse efeito e fixar o termo inicial a partir do qual teria eficácia a decisão.

A decisão, qualquer que seja o sentido, será comunicada ao poder competente para adoção de providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para o cumprimento em trinta dias. A lei estadual ou municipal declarada inconstitucional, diversamente do que se entendia anteriormente³⁶, não requer decreto legislativo para que seus efeitos se-

32 Ver art. 8º do Ato Regimental n. 6/90.

33 O art. 14 da Lei Estadual n. 12.069/2001 dispõe: “Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se nesse sentido se manifestar a maioria absoluta dos membros do Órgão Especial do Tribunal”.

34 O entendimento decorre da disposição do art. 26 da Lei n. 9.868/99: “A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecurável, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória”.

35 MORAES. *Op. cit.* p. 601.

36 De acordo com entendimento à época majoritário, assim foi redigido o art. 11 do Ato Regimental n. 6/90: “Declarada a inconstitucionalidade, a decisão será comunicada ao poder

jam definitivamente suspensos, como ensina João José Schaefer, pois tanto o art. 52, X, da Constituição Federal quanto o art. 42, XIII, da Constituição Estadual referem-se à declaração de inconstitucionalidade pela via incidental³⁷.

Por fim, deverá o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em dez dias, publicar em seção especial do Diário Oficial e do Diário da Justiça do Estado a parte dispositiva da decisão final, tal qual ocorre com a decisão liminar³⁸.

ANEXO: LEI N. 12.069, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2001

Procedência: Governamental

Natureza: PL 508/01

DO n. 16.814 de 28/12/2001

Fonte: ALESC/Divisão de Documentação

Dispõe sobre o procedimento e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

O GOVERNADOR DO ESTADO DE SANTA CATARINA, faço saber a todos os habitantes deste Estado que a Assembléia Legislativa decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o procedimento e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Estado.

Seção I

competente para adoção das providências necessárias (Constituição Estadual, art. 85, § 3º) e, em se tratando de lei estadual ou municipal, à Assembléia Legislativa, para os fins do art. 40, XIII, da Constituição Estadual”. Atualmente, em virtude de proposição do Des. João José Schaefer, acatada pelo Ato Regimental n. 46/2001, este artigo passou a ter nova redação e o seguinte parágrafo único: “Nas ações diretas de inconstitucionalidade de leis estaduais ou municipais, frente à Constituição do Estado, será dispensada a comunicação do Tribunal de Justiça à Assembléia Legislativa”.

37 Art. 52, X, da Constituição Federal: “Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X — suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”; Art. 40, inciso XIII, da Constituição Estadual: “É da competência exclusiva da Assembléia Legislativa: [...] XIII — suspender, no todo ou em parte, a execução de lei estadual ou municipal declarada inconstitucional por decisão definitiva do Tribunal de Justiça”.

38 Art. 18 da Lei Estadual n. 12.069/2001.

Da Admissibilidade e do Procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. 2º Estão legitimados à propositura de ação direta de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, nos termos de seu art. 85:

I — o Governador do Estado;

II — a Mesa da Assembléia Legislativa ou um quarto dos Deputados Estaduais;

III — o Procurador-Geral de Justiça;

IV — o Conselho Secional da Ordem dos Advogados do Brasil;

V — os partidos políticos com representação na Assembléia Legislativa;

VI — as federações sindicais e as entidades de classe de âmbito estadual; e

VII — o Prefeito, a Mesa da Câmara ou um quarto dos Vereadores, o representante do Ministério Público, a Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil e as associações representativas de classe ou da comunidade, quando se tratar de lei ou ato normativo municipal.

Art. 3º A petição indicará:

I — o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações; e

II — o pedido, com suas especificações.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Art. 4º A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo Relator.

Parágrafo único. Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.

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

Art. 6º O Relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Parágrafo único. As informações serão prestadas no prazo de trinta dias contados do recebimento do pedido.

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

Parágrafo único. O Relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Art. 8º Decorrido o prazo das informações serão ouvidos o Procurador-Geral do Município, se municipal o ato impugnado, o Procurador-Geral do Estado ou caso este se abstenha de defender o ato o Procurador-Geral da Assembléia Legislativa, se estadual, e, em seguida, o Procurador-Geral de Justiça, em qualquer caso, que deverão manifestar-se no prazo de quinze dias.

Art. 9º Vencido o prazo do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Desembargadores e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o Relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

Seção II

Da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Órgão Especial do Tribunal, observado o disposto no art. 13, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

§ 1º O Relator, julgando indispensável, ouvirá o Procurador-Geral do Estado ou do Município, conforme o caso, e o Procurador-Geral de Justiça, no prazo de três dias.

§ 2º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

§ 3º Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Tribunal de Justiça fará publicar em seção especial do Diário Oficial e do Diário da Justiça do Estado a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.

§ 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal conceder-lhe eficácia retroativa.

§ 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e à segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Procurador-Geral do Estado ou do Município, conforme o caso, e do Procurador-Geral de Justiça, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

CAPÍTULO II

DA DECISÃO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Art. 13. A decisão sobre a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos integrantes do Órgão Especial do Tribunal.

Art. 14. Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se nesse sentido se manifestar a maioria absoluta dos membros do Órgão Especial do Tribunal.

Parágrafo único. Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de inconstitucionalidade, estando ausentes Desembargadores em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos ausentes, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão num ou noutro sentido.

Art. 15. Proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta.

Art. 16. Julgada a ação, far-se-á a comunicação à autoridade ou ao órgão responsável pela expedição do ato, inclusive para efeitos do § 2º do art. 85 da Constituição Estadual.

Art. 17. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Tribunal de Justiça, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Art. 18. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Tribunal de Justiça fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial do Estado a parte dispositiva do acórdão.

Art. 19. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 20. Revogam-se as disposições em contrário.

*Paulo Roberto Bauer,
Governador do Estado, em exercício.*

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

MANDADOS DE SEGURANÇA

MANDADO DE SEGURANÇA N. 2002.005040-7, DA CAPITAL

Relator: Des. Newton Trisotto

Administrativo — Concurso público — Delegado de polícia substituto — Exame psicotécnico e de capacidade física — Exigências contidas no edital — Mandado de segurança — Decadência — Matéria fática.

Extingue-se em cento e vinte dias, contados da publicação do edital, o direito de o candidato impugnar exigência — submissão a exames psicotécnico e de capacidade física, de caráter eliminatório — nele contida como requisito para aprovação em concurso para o preenchimento de cargos na administração pública (Lei n. 1.533/51, art. 18).

E, por não comportar dilação probatória, não se presta o mandado de segurança para questionar os critérios científicos desses exames ou de avaliação dos resultados.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n.2002.005040-7, da comarca da Capital, em que é impetrante Acácio Marcel Marçal Sarda e impetrados o Secretário de Estado da Segurança Pública e outros:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Público, por votação unânime, denegar a ordem.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Acácio Marcel Marçal Sarda impetrou mandado de segurança contra o Secretário de Estado da Segurança Pública, o Diretor da Academia de Polícia Civil e a Presidente da Comissão de Concurso da Universidade de Desenvolvimento do Estado de Santa Catarina (UDESC).

O litígio tem origem em concurso público para provimento de 30 (trinta) cargos de Delegado de Polícia Substituto. De acordo com o Edital do

Concurso, publicado no Diário Oficial do dia 7/11/01, o processo seletivo desdobra-se em duas fases: a primeira denominada de “Processo Seletivo” e a segunda de “Curso de Formação Profissional” (item 5). Aquele compreende:

“a) Prova de Redação (Dissertação);

“b) Prova Objetiva de Conhecimentos Gerais e de Conhecimento Específico;

“c) Exame Psicotécnico;

“d) Exame de Capacidade Física” (Edital, item 5.2).

Todas essas fases são eliminatórias. Prevê o Edital que somente 210 (duzentos e dez) candidatos passarão para a etapa seguinte: exame psicotécnico (Edital, item 7.1.19); para a subsequente — exame de capacidade física —, apenas os que forem considerados aptos (Edital, itens 7.2 e 7.3). Encerrado o processo seletivo, “os candidatos constantes na relação dos classificados, dentre o número de vagas oferecidas para a carreira de que trata este Edital, devidamente homologada, serão convocados por Portaria do Diretor da Acadepol para efetivação de suas matrículas no curso” (Edital, item 9.1).

Também consta do Edital: a) que “a avaliação dos candidatos no Exame Psicotécnico será efetuada pelos conceitos ‘apto’ e ‘inapto’ (item 7.2.5)”; b) os recursos previstos e os atos a eles sujeitos; c) que “não serão admitidos pedidos de revisão do julgamento, da correção e da avaliação das provas e exames”.

Na primeira fase do concurso, o impetrante foi classificado em 150º

(centésimo quinquagésimo) lugar; foi considerado *inapto* no exame psicotécnico.

Na petição inicial, sustenta o impetrante que: a) “houve nítida ilegalidade do exame psicotécnico, porquanto a legislação de regência sobre a matéria (Lei n. 6.843/86 — Estatuto da Polícia Civil do Estado de Santa Catarina) não mais o prevê como requisito de ingresso na aludida carreira, nos moldes da Lei Complementar Estadual n. 216/2001”; b) não tem e nunca teve amparo legal a exigência do exame de capacidade física e viola ela o princípio da razoabilidade; c) o critério de avaliação é subjetivo; d) não poderia o teste ter caráter eliminatório, pois sua índole é “meramente informativa”; e) nula é a decisão que o eliminou do concurso, pois carente de fundamentação; f) constituem flagrante inconstitucionalidade as disposições do Edital que conferem caráter sigiloso ao resultado da avaliação e dele não admitem recurso; g) não foi preservado o “princípio da igualdade entre os candidatos”.

Ao final, requereu o impetrante o “deferimento da liminar, *inaudita altera pars*, para o fim de que integre a relação dos candidatos classificados, ainda não divulgada, em virtude da ilegalidade dos exames psicotécnico e de capacidade física, autorizando também sua matrícula junto à Acadepol, bem como a frequência ao curso, caso integre o limite de vagas oferecidas no presente Edital, além de todos os atos seguintes e necessários para sua aprovação definitiva no certame e subsequente nomeação e posse no cargo de Delegado de Polícia” (fl. 18).

Deferida a liminar (fl. 140), os impetrados prestaram informações (fls.

147/160 e 161/165). Rosângela de Souza Machado, Presidente da Comissão do Concurso Público da Secretaria da Segurança Pública, argüiu, como preliminar, a sua ilegitimidade para compor o pólo passivo do *writ*. No tocante ao mérito, todos defenderam a legalidade das exigências constantes do Edital do concurso, asseverando, em síntese, que não houve violação a direito líquido e certo do impetrante.

O Procurador de Justiça José Eduardo Orofino da Luz Fontes exarou parecer “no sentido, preliminarmente, da citação dos candidatos que tiverem a sua classificação alterada, na qualidade de litisconsortes passivos necessários; no mérito, pela concessão da ordem, com o conseqüentemente deferimento da matrícula do impetrante junto à Acadepol, desde que a mesma integre-se no limite de vagas oferecidas” (fl. 174).

II — Voto

1. Segundo Hely Lopes Meirelles, “incabível é a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. A impetração deverá ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário; (...) Essa orientação funda-se na máxima *ad impossibilia nemo tenetur*, ninguém pode ser obrigado a fazer o impossível. Se as providências pedidas no mandado não são da alçada do impetrado, o impetrante é carecedor da segurança contra aquela autoridade, por falta de legitimação passiva para responder pelo ato impugnado” (Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, man-

dado de injunção, *habeas data*, Malheiros, 13ª ed., pág. 35).

O Estado de Santa Catarina delegou à Fundação Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC) competência para:

“a) receber as inscrições e os respectivos valores das inscrições;

“b) deferir e indeferir as inscrições;

“c) emitir os documentos de confirmação de inscritos;

“d) elaborar, aplicar, julgar, corrigir e avaliar as provas e exames;

“e) julgar os recursos previstos nas alíneas ‘a’, ‘b’, ‘c’ do item 13.1 deste Edital;

“f) prestar informações sobre o concurso” (Edital, item 14.1).

É evidente que o mandado de segurança não poderia ter sido impetrado exclusivamente contra a Presidente da Comissão do Concurso, pois não teria poderes para atender à ordem judicial, se deferida a segurança. No entanto, não há negar que ela, na qualidade de responsável pela realização dos exames, detém as informações a respeito dos fatos alegados pelo impetrante.

2. No tocante ao mérito, permito-me breve digressão a respeito de características do mandado de segurança que têm pertinência com o caso *sub judice*, como se verá adiante.

2.1. Não se presta o mandado de segurança à defesa de qualquer direito, mas tão-somente daquele que se revestir das características de liquidez e certeza (CF, art. 5º, LXIX; Lei n. 1.533/51, art. 1º). Celso Agrícola Barbi adverte que “enquanto, para as ações em geral, a primeira condição para a

sentença favorável é a existência da vontade da lei cuja atuação se reclama, no mandado de segurança isto é insuficiente; é preciso não apenas que haja o direito alegado, mas também que ele seja líquido e certo. Se ele existir, mas sem essas características, ensejará o exercício da ação por outros ritos, mas não pelo específico do mandado de segurança” (Do mandado de segurança, Forense, 2000, 9ª ed., pág. 48).

Direito líquido e certo, na consagrada lição de Hely Lopes Meirelles, “é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante” (*op. cit.*, págs. 13/4).

2.2. Carvalho Santos, citando Cunha Gonçalves, ensina que “os direitos atravessam estágios de evolução, suscitando previsões mais ou menos seguras, exatamente como na existência dos homens: uns ficam em embrião, outros abortam no meio da gestação, outras chegam a seu termo, mas são incapazes”. Concluindo, aponta três fases aos “direitos”:

“1a. — Esperanças ou meras previsões. Têm elas mui pouca importância jurídica; porque nenhuma vantagem definida conferem ao indivíduo que no seu íntimo se obriga. Tal é a situação de quem espera ser contemplado num testamento, que é revogável, ou herdar por sucessão legítima bens que podem ser legados por testamento, ou dissipados etc.

“2a. — Expectativas de direito. Nestes casos, a previsão funda-se num fato aquisitivo, já em parte realizado, mas cuja completa verificação é ainda incerta. Todavia, esta fundada previsão produz efeitos, posto que diversos do direito definitivo, como vamos ver.

“3a. — Direitos completos e certos, mas não exigíveis. Tais são os que dependem de um termo inicial; são direitos já existentes, mas que só são exigíveis depois de terminado o prazo convencional ou legal” (Código civil brasileiro interpretado, Freitas Bastos, 10ª ed., vol. II, pág. 218).

Para Washington de Barros Monteiro, “a expectativa é mera possibilidade de adquirir um direito. No expressivo dizer de Andréa Torrente, é direito *in fieri*, em formação”. Acrescenta que “expectativa de direito é o nada jurídico” (Curso de direito civil, Saraiva, 1977, 15ª ed., vol. I, págs. 166/7).

Esperanças ou meras previsões, expectativas de direito e direitos completos e certos, mas não exigíveis, não podem ser tuteladas em sede de mandado de segurança.

2.3. O mandado de segurança não comporta dilação probatória. A prova do direito, da existência do ato impugnado e de ter ele sido praticado pelo impetrado deve ser pré-constituída. Segundo Arnoldo Wald, “é preciso que o fato alegado pela parte e em que baseia o seu direito líquido e certo, tenha sido provado documentalmente, de modo absoluto e evidente. Assim, pouco importa a complexidade do problema jurídico discutido; indispensável é que o fato alegado esteja devidamente comprovado e dê ao impetrante o direito subjetivo cuja proteção requer ao juiz” (*Do mandado de segurança na*

prática judiciária. Forense, 1968, 3ª ed., pág. 123).

2.4. “Como toda ação, o mandado de segurança exige — interesse — no sentido processual do termo. Ademais, cumpre projetar-se até o encerramento do processo. Caso contrário, a jurisdição resta afetada” (REsp n. 35.247, Min. Vicente Cernicchiaro). Assim, “perdendo objeto a impetração, impõe-se a extinção do processo, uma vez que a prestação jurisdicional há de compor a lide como a mesma se apresenta no momento da entrega” (RMS n. 3.020, Min. Sálvio de Figueiredo; ACMS n. 5.603, Des. Eder Graf).

Da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo colaciono arestos que completam o tema enfocado:

“O interesse processual, cuja existência é indispensável, se existiu no início da causa, mas não está presente no momento da sentença, motiva a rejeição da ação” (JTJ 173/126).

“O interesse de agir deve existir no momento em que a sentença for proferida. Se ele existir no início da causa mas desaparecer naquela fase, a ação deve ser rejeitada por falta de interesse” (JTJ 163/9).

3. Fixadas as premissas acima, pelas razões que passo a alinhar, concluo que o pleito do impetrante não reúne condições de deferimento.

3.1. Conforme já referido no relatório, tão-somente os 210 (duzentos e dez) candidatos classificados na primeira fase do concurso foram chamados para se submeter a exames psicotécnico e de capacidade física (para este, excluídos os considerados *inaptos* naquele). Se

todos forem aprovados nas três etapas dessa fase do concurso, apenas os 30 (trinta) melhor classificados na “Prova de Redação” e na “Prova Objetiva de Conhecimentos Gerais e de Conhecimento Específico” poderão ingressar na Acadepol. Os cento e oitenta candidatos remanescentes terão de aguardar que candidatos, entre os trinta classificados, desistam do curso.

Considerando que na primeira fase do concurso o impetrante foi classificado em 150º (centésimo quinquagésimo lugar), não tem direito, menos ainda líquido e certo, à matrícula na Acadepol. Tem em seu favor nada mais que uma expectativa de direito, traduzida na possibilidade — remota registre-se — de cento e vinte candidatos desistirem do concurso.

Como referido inicialmente, não se presta o mandado de segurança para a proteção de mera expectativa de direito.

Impende esclarecer que o prazo para matrícula na Acadepol já se encerrou (1º a 5 de abril p.p.). Não há prova de que houve desistências em número suficiente a assegurar a participação do impetrante.

É certo que o concurso tem validade por dois anos (Edital, item 16.3) e que novos cursos poderão ser realizados pela Acadepol com aproveitamento dos demais candidatos aprovados. Porém, o mandado de segurança deve ser examinado à luz do pedido formulado: “(...) deferimento da liminar, *inaudita altera pars*, para o fim de que integre à relação dos candidatos classificados, ainda não divulgada, em virtude da

ilegalidade dos exames psicotécnico e de capacidade física, autorizando também sua matrícula junto à Acadepol, bem como a frequência ao curso, *caso integre o limite de vagas oferecidas no presente Edital*, além de todos os atos seguintes e necessários para sua aprovação definitiva no certame e conseqüente nomeação e posse no cargo de Delegado de Polícia” (fl. 18, promovi o destaque).

3.2. A aprovação em exame psicotécnico era prevista na Lei n. 6.843/86 (Estatuto da Polícia Civil do Estado) como condição para ingresso nos quadros da Polícia Civil (art. 13). Em dezembro/2001 sobreveio a Lei Complementar n. 216, que é silente a respeito dessa exigência.

No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça grassa controvérsia acerca da licitude da exigência do exame psicotécnico quando não há expressa previsão em lei. Os arestos abaixo retratam a divergência:

“O exame psicotécnico é legítimo haja ou não previsão legal, desde que subsista a necessidade de se proceder a avaliação psíquica do candidato aspirante a um cargo público” (REsp n. 254.710, Min. Hamilton Carvalhido).

“Inexigível é o exame psicotécnico não previsto em lei, não suprindo a omissão legal a inclusão de sua exigência no edital de concurso” (REsp n. 28.936, Min. Costa Lima).

“A teor do disposto nos arts. 8º, inc. III, e 10, parágrafo único, do Decreto-Lei n. 2.320/87, o candidato que participa do certame para preenchimento do Cargo de Delegado da Polícia Federal deve submeter-se ao exa-

me psicotécnico específico da carreira, sendo defeso seu aproveitamento, mesmo que já tenha obtido êxito em outro concurso realizado anteriormente. Precedente (REsp 202.654/RS)” (AGA n. 397.794, Min. Gilson Dipp).

“A jurisprudência do STF e deste STJ é unânime em reconhecer a legalidade da exigência, em editais de concurso, de aprovação em exame psicotécnico, sobretudo para o ingresso na carreira policial, desde que realizados em moldes nitidamente objetivos, possibilitando aos candidatos ‘não habilitados’ o conhecimento do resultado e a interposição de eventual recurso” (AGA n. 391.466, Min. Edson Vidigal).

In casu, se me afigura desnecessário perquirir a respeito da legislação estadual. A inserção no edital de concurso do exame psicotécnico encontra respaldo em lei nacional. A Lei n. 9.437, de 20 de fevereiro de 1997, que trata do Sistema Nacional de Armas, prescreve:

“Art. 6º. A autorização para portar arma de fogo terá eficácia temporal limitada, nos termos de atos regulamentares e dependerá de o requerente comprovar idoneidade, comportamento social produtivo, efetiva necessidade, capacidade técnica e aptidão psicológica para manuseio de arma de fogo”.

Referida lei veio a ser regulamentada no Decreto n. 2.222, de 8 de maio de 1997:

“Art. 13. O porte federal de armas de fogo será autorizado e expedido pela Polícia Federal, e o porte estadual pelas Polícias Cíveis, tendo

como requisitos mínimos indispensáveis:

“(…)

“VI — aptidão psicológica para manuseio de arma de fogo, atestada em laudo conclusivo fornecido por psicólogo do quadro das Polícias Federal ou Civil, ou credenciado por estas”.

Se o exame de aptidão psicológica é exigido de qualquer cidadão que pretende portar arma de fogo, por maior razão deve ser exigido do policial, civil ou militar.

Em relação aos policiais militares, essa exigência persiste (Lei n. 6.218/83, art. 11):

“Para o ingresso na Polícia Militar e matrícula nos estabelecimentos de ensino policial-militar destinados à formação de Oficiais e Graduados, além das condições relativas à nacionalidade, idade, aptidão psicológica, capacidade física e idoneidade moral, é necessário que o candidato não exerça, e nem tenha exercido atividades prejudiciais ou perigosas à segurança Nacional”.

Não vislumbro razões para dispensar os policiais civis do exame psicotécnico. Por oportuno, lembro lição de Rangel Dinamarco, “As exigências legais não de ser interpretadas por critérios presididos pela razoabilidade e não se pode perder de mente que a lei é feita com vistas a situações típicas que prevê, merecendo ser modelada, conforme o caso, segundo as peculiaridades de casos atípicos” (RJTJESP 102/27).

3.3. Previstos no Edital do concurso os exames psicotécnico e de capacidade física, e tendo decorridos

mais de 120 (cento e vinte dias) entre a data da sua publicação no Diário Oficial e a do aforamento da *actio*, decaiu o impetrante do direito de impugná-lo na seara do mandado de segurança (Lei n. 1.533/51, art. 18).

3.4. Admitida a legalidade da exigência do exame psicotécnico, somente em processo de conhecimento seria admissível questionamento em torno dos critérios científicos adotados na sua implementação ou de avaliação do candidato.

Para ilustrar, formulo exemplo. A posse em cargo público pressupõe que o candidato tenha plenas condições físicas e mentais de exercer as funções. Submetido à perícia, a Junta Médica atesta que é ele mentalmente insano. Se o candidato foi aprovado nas provas de seleção, é provável que a constatação da insanidade mental situe-se em uma linha de extrema subjetividade. Negada a posse, restará ao candidato preterido a possibilidade de ajuizar ação de conhecimento para que em sentença seja declarado que é capaz para o exercício das funções públicas inerentes ao cargo. A produção da prova pericial será inevitável. Assim sendo, a *quaestio* não poderá ser solucionada em sede de mandado de segurança.

3.5. Afirma o impetrante que o Edital, nos itens que dispõem sobre o *sigilo* e a *irrecorribilidade* das decisões, afronta o inc. XXXIV, *a* e *b*, e o inc. LV do art. 5º da Constituição Federal.

Como é cediço, “não cabe mandado de segurança contra lei em tese” (STF, Súmula 266). O conceito de lei, na hipótese, é amplo, compreendendo qualquer ato normativo (Hely Lopes Meirelles, *op. cit.*, pág. 18).

Não havendo prova de ter o impetrante interposto recurso administrativo e de que ele não foi conhecido, ou de ter requerido e lhe ter sido negado o resultado da avaliação do exame de capacidade física, a impugnação é estéril; esbarra no veto da Súmula 266.

Anoto que o Edital não menciona ter o resultado das avaliações caráter sigiloso.

3.6. Não há falar em subjetividade na avaliação do desempenho do candidato no teste de aptidão física. Infere-se do Edital que o critério é objetivo (item 5.4.3). A solução de eventual inconformismo com o resultado — como ocorre em relação ao exame psicotécnico — também não prescindirá de dilação probatória.

4. À vista do exposto, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela impetrada Rosângela de Souza Machado e denego o mandado de segurança, ressaltando que “o juiz não está obrigado a responder todas alegações das partes, quando já tinha encontrado motivos suficientes para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por ela e tampouco a responder um ou todos os seus argumentos” (EDREsp n.

231.651, Min. Vicente Leal; EDAC n. 1996.006076-6, Des. Francisco Oliveira Filho).

Denegada a ordem, resta prejudicada a preliminar argüida pelo Procurador de Justiça relacionada com a necessidade de serem chamados a integrar o processo os litisconsortes necessários. Ademais, se considerados os termos do pleito do impetrante, nenhum candidato seria prejudicado se ele viesse a ser acolhido.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, denegaram a segurança.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Volnei Carlin, Luiz César Medeiros, Vanderlei Romer e Francisco Oliveira Filho.

Pela Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. José Eduardo Luz Fontes.

Florianópolis, 12 de junho de 2002.

João Martins,
Presidente com voto;
Newton Trisotto,
Relator.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 1998.008136-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Volnei Carlin

Mandado de segurança — Licitação — Edital não cumprido — Concorrente inabilitado.

A licitação, procedimento anterior ao contratato administrativo, tem como princípio basilar a vinculação ao instrumento convocatório, que é lei interna do próprio certame e, por isso, deve ser cumprido em sua totalidade. É por meio dele que ficam estabelecidas

as regras para o posterior cumprimento do contrato. Faltante um item exigido pelo edital, inabilita-se o proponente.

Licitação – Interpretação sistêmica do princípio da isonomia e do instrumento convocatório.

O princípio da isonomia deve ser interpretado de forma sistêmica ao princípio da vinculação do edital, pois este estabelece as regras do certame e aquele garante, dentro da própria licitação, a justa competição entre os concorrentes.

A isonomia não deve ser tratada única e exclusivamente como direito dos licitantes, mas também como um conjunto de deveres e limitações impostas pelo próprio edital.

Ausência de violação ao direito líquido e certo da impetrada – Questões que demandam produção de provas devem ser discutidas em ação própria de conhecimento.

Direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, ou seja, é aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documentação inequívoca. Não cabe discutir em ação mandamental se o produto fornecido pela impetrante era seguro ou não, pela impossibilidade de dilação probatória característica do mandamus.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 1998.008136-0, da comarca da Capital, em que é impetrante Stopower Sistemas de Segurança Ltda. e impetrados Secretária de Estado da Segurança Pública de Santa Catarina e outro:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Público, por votação unânime, denegar a segurança.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Stopower Sistemas de Segurança Ltda. interpôs mandado de segurança contra ato da Senhora Secretária de Estado da Segurança Pública

de Santa Catarina e do Senhor Presidente da Comissão Permanente de Licitações da Gerência de Administração de Serviços Gerais da Diretoria Administrativa e Financeira da Secretaria de Segurança Pública, tendo em vista sua ulterior participação no Certame Licitação n. 012/SSP/98, o qual tinha como objeto a compra de 400 (quatrocentos) coletes à prova de bala.

Alega, a impetrante, que o edital não foi expedido com obediência à lei, pois a “exigência que limita a um só e ultrapassado material de fabricação do colete revela-se ofensiva aos princípios da universalidade e da isonomia entre os concorrentes...” (fls. 4/5).

Aduz à fl. 7 que o material usado pela empresa (polietileno) atende

ao objeto da licitação, pois possui inúmeras vantagens sobre o exigido no edital (Aramida).

Requeru a liminar para a suspensão dos efeitos de sua inabilitação ou da própria licitação até o deslinde da ação de segurança. Pleiteou ainda a concessão da ordem definitiva para participar do certame (fl. 12).

A liminar foi indeferida às fls. 125/126.

O Ente Público prestou informações, arguindo que atendeu ao edital e, ao final, pugnou pela improcedência da ação (fls. 134/137).

O Ministério Público opinou pela denegação da segurança.

II — Voto

Segundo se infere dos autos (fls. 81/101), a impetrante foi desclassificada da Licitação n. 012/SSP/98 por não apresentar um item especificado no edital.

No entanto, a impetrante alega que seus produtos possuem inúmeras vantagens sobre aquele exigido no instrumento convocatório, ou seja, que o princípio da universalidade e isonomia estariam sendo ofendidos em virtude da limitação “*a um só e ultrapassado material*” (fl. 5).

Cumprir gizar que procedimento licitatório visa a selecionar a proposta mais vantajosa entre as oferecidas pelos diversos concorrentes. É uma sucessão ordenada de atos norteados por princípios e regras próprias, além da vinculação à lei e aos termos expressos do instrumento convocatório.

Um dos princípios a ser obedecido é o da igualdade ou isonomia entre os interessados. Segundo a Constituição da República:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

“XXI — ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Porém, na licitação, que possui índole jurídica, constitucional e administrativa, os concorrentes e o próprio Poder Público ficam vinculados ao edital de convocação, que é um instrumento no qual são estabelecidas as regras do certame, condições e cláusulas específicas para a posterior contratação, visando à qualidade e à segurança do serviço público. Nele são delineados os procedimentos, as propostas, a documentação, o julgamento e o próprio contrato.

É o que dispõe o art. 3º da Lei n. 8.666/93:

“Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao

instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.

Nesse contexto, o princípio da isonomia deve ser interpretado de forma sistêmica ao princípio da vinculação do edital, pois este estabelece as regras do certame e aquele garante, dentro da própria licitação, a justa competição entre os concorrentes.

Cita-se, por oportuno, o descrito na obra deste relator:

“O princípio da isonomia assegura a todos igualdade perante a lei, compreendida esta como equiparação de todos os homens no que concerne ao gozo e à fruição de direitos, *bem como à sujeição a deveres. Isonomia significa estado daqueles que são governados pelas mesmas leis*” (Carlin, Volnei Ivo. Direito Administrativo, Doutrina, Jurisprudência e Direito Comparado, 2ª ed., rev. atual. e ampl., Florianópolis, OAB/SC, Editora, 2002, pág. 60), grifo inexistente no original.

Dessa forma, a isonomia não deve ser tratada única e exclusivamente como direito dos licitantes, mas também como um conjunto de deveres, os quais estão limitados pelos instrumentos convocatórios.

Ora, a partir do momento em que as empresas se dispuseram a participar de uma concorrência pública, receberam as regras a que estariam submetidas.

Assim, somente ocorreria violação aos princípios da isonomia e da universalidade se o Poder Público se omitisse em não aplicar o disposto no edital.

Ao intentar a compra de um determinado objeto, a Administração lança mão desse relatado procedi-

mento para contratar o que está necessitando. Porém, está usando, neste momento, seu poder discricionário de exigir determinadas especificações que darão a segurança necessária para o material a ser adquirido.

No caso em tela, o referido instrumento convocatório (fls. 23/27) expressa a necessidade de algumas especificações técnicas mínimas, tal qual o discutido material Aramida.

Assim dispõe o edital:

“Item – 01

“Colete a prova de bala nível II a de fabricação nacional. Modelo tático policial. Confeccionado com material leve e flexível. *Tipo poliamida aromático (Aramida)...*”. Sem grifo no original.

O produto fornecido pela impetrante, descrito por suas próprias palavras, é o polietileno (fl. 7), ou seja, diverso do exigido pelo edital. Assim, é fato incontroverso que o equipamento fornecido pela impetrante não é do tipo Aramida, ou seja, está ausente um requisito imprescindível, exigido pelo edital, o qual, repita-se, é vinculativo para as partes.

Nesse sentido, colhe-se da doutrina:

“Na concorrência de menor preço a Administração não dá prevalência a qualquer outro fator para o julgamento das propostas, pelo que só se levam em consideração as vantagens econômicas das ofertas, *desde que satisfaçam ao pedido no edital*” (sem grifo no original) (Meirelles, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo, 9ª ed., atualizada, São Paulo, Editora dos Tribunais, 1990, pág. 77), sem grifo no original.

Em consonância com a lei e a doutrina, colhe-se da jurisprudência:

“Concorrência pública — Desclassificação de proposta por inobservância de cláusula do edital — Perda do objeto diante da homologação do certame — Inocorrência, por isso que a impetração é precedente ao esaurimento do processo licitatório — Comprovação de qualificação técnica incompleta — Ordem denegada.

“Licitação — Menor preço — Execução de obras em áreas destinadas à Sede do Poder Legislativo do Estado de Santa Catarina — Exigência do Visto do Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia de Santa Catarina — Formalidade atendida pela maioria dos participantes — Inobservância do requisito pela proponente — Direito líquido e certo inexistente — Denegação.

“No âmbito da licitação: ‘o proponente há que submeter-se, irrestritamente, às cláusulas do edital e ofertar com clareza e exatidão, sob pena de invalidar a sua própria oferta.

‘A proposta que desatender ao edital é inaceitável, ainda que vantajosa para a Administração’ (Hely Lopes Meirelles).

“O princípio da isonomia que deve informar o procedimento licitatório exige que todas as partes licitantes se apresentem com iguais situações no tocante à documentação exigida e a ser avaliada, de forma a impedir favoritismo.

“Não emergindo, em termos inequívocos, ser ilegal o ato emanado da autoridade, não há falar em direito líquido e certo amparado por mandado de segurança” (MS n. 97.013037-6, da Capital, rel. Des. Alcides Aguiar). Grifos inexistentes no original.

Colaciona-se ainda:

“Administrativo — Contratos — Licitação — Edital — Limites — Coleta de lixo — Pagamento — Modificação da data — Estado — Custas — Isenção.

“O princípio da vinculação ao instrumento convocatório veda a realização do procedimento em desconformidade com o estabelecido previamente no edital. Como lei interna da licitação, ao edital tudo se vincula. Nem os documentos de habilitação nem as propostas podem ser apresentados em desconformidade com o que foi solicitado no instrumento convocatório, nem o julgamento do certame pode realizar-se senão sob os critérios nele divulgados. Tampouco o contrato poderá desviar-se de sua matriz — o instrumento convocatório — de modo a descaracterizar essa vinculação” (Ap. Cív. n. 99.005517-5, de Chapecó, rel. Des. Newton Trisotto).

Quanto ao princípio da universalidade, segue-se o mesmo raciocínio empregado nas linhas antecedentes, ou seja, deve ele ser interpretado em conjunto com o princípio do instrumento convocatório, que é a lei interna das licitações.

A impetrante afirma que seu material (polietileno) é mais adequado, seguro e vantajoso para o Ente Público (fls. 2/12). Entretanto, essa argüição prescinde de ampla dilação probatória, de exaustivos testes comparativos entre os dois materiais, além de outros procedimentos que possam assegurar a eficiência do material. O que no *writ of mandamus* não é possível.

Desse modo, ainda que pudessem ser suprido o item editalício, à impetrante não caberia discutir essas questões na via estreita do mandado de segurança, uma vez que depende de ampla comprovação técnica, incabível nesta espécie de procedimento.

Veja-se, a respeito:

“Assim, a impetração do mandado de segurança não pode fundamentar-se em simples conjecturas ou em alegações que dependam de dilação probatória incompatível com o procedimento do mandado de segurança” (Moraes, Alexandre de. Direito Constitucional, 4ª ed., rev. e ampl., São Paulo, Editora Atlas, 1998, pág. 148).

Conforme o explanado, não foi configurado abuso de poder ou ilegalidade no ato proferido pela autoridade impetrada, que apenas deu cumprimento às normas e condições estabelecidas no edital e também obedeceu ao que dispõe o art. 41 da Lei n. 8.666/93, *verbis*:

“Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

Em não procedendo dessa forma, repita-se, o Ente Público seria omissos em seu dever de agir. Certo de sua legalidade, não há falar em violação ao direito líquido e certo da impetrante.

Também inexistente qualquer lesão ao bom direito, posto que este resulta de fato certo, ou seja, sem ater-se a discussões alheias aos documentos juntados, no caso em tela, se o material fornecido é seguro ou não. Nas palavras do já citado doutrinador Moraes:

“Direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, ou seja, é aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documentação inequívoca. Note-se que o direito é sempre líquido e certo. A caracterização de imprecisão e incerteza recai sobre os fatos, que necessitam de comprovação” (Moraes, Alexandre de. *Op. cit.*, pág. 148).

Solidificando a questão, nos-
sos Tribunais já decidiram:

“Como se sabe, o mandado de segurança requer, como pressuposto constitucional de sua admissibilidade, a existência de direito líquido e certo a ampará-lo. E direito líquido e certo se traduz naquele incontroverso, comprovável de plano e que não reclama a produção, nem o cotejo de provas, tampouco é embasado em presunções” (MS n. 6.233, da Capital, rel. Des. João Martins).

Dessa forma, o Poder Público, no exercício de suas funções, agiu em conformidade com os preceitos legais, doutrinários e jurisprudenciais, o que, acrescido à impossibilidade de averiguar-se, por via mandamental, a segurança do material destinado aos seus usuários, na qual se conclui que a impetrante não possui direito líquido e certo a ser protegido.

Ex positis, denega-se a ordem.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide o Grupo, à unanimidade dos votos, denegar a ordem.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Oliveira Filho, Luiz César Medeiros e Nilton Macedo Machado. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros.

Florianópolis, 14 de agosto de 2002.

João Martins,
Presidente com voto;
Volnei Carlin,
Relator.

APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 2002.015074-1, DE OTACÍLIO COSTA

Relator: Des. João Martins

Reexame necessário — Mandado de segurança — Serviço público — Concurso — Aprovação — Cargos não preenchidos — Expectativa de direito à nomeação — Ausência de direito líquido e certo — Ocorrência de preterição somente quando do provimento sem observância da ordem de classificação dos aprovados no certame — Preenchimento dos cargos por meio de contratação temporária — Via inadequada de impugnação por mandado de segurança — Remessa necessária conhecida e provida.

Qualquer ilegalidade relacionada a contratações temporárias efetuadas pela municipalidade não é passível, no caso, de impugnação pela via do mandado de segurança, tendo em vista que o ato de contratação não se refere e não afronta direito individual da impetrante, pois possui esta mera expectativa de direito à nomeação diante do fato de que tanto o provimento dos cargos relativos ao certame como a opção pela contratação temporária encontra-se no âmbito da discricionariedade da Administração. Assim, é concernente ao juízo de conveniência e oportunidade do Poder Público a opção de valer-se ou não da medida de contratar temporariamente pessoal em vez de decidir pela nomeação dos aprovados no concurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2002.015074-1, da comarca de Otacílio Costa, em que é impetrante Cecília Filomena Fuck, sendo impetrado o Prefeito Municipal de Otacílio Costa:

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, conhecer da remessa necessária e dar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Cecília Filomena Fuck, qualificada nos autos, impetrou mandado de segurança contra ato do Prefeito Municipal de Otacílio Costa, igualmente qualificado, sob o argumento de que este não teria observado o resultado de concurso público realizado naquele Município ao efetuar a contratação temporária de empresas terceirizadas para suprir as mesmas vagas de provimento efetivo do concurso em comento.

Alega que prestou concurso para uma das 19 (dezenove) vagas destinadas ao cargo de auxiliar de serviços gerais (feminino), classificando-se em 13º (décimo terceiro) lugar no certame. Todavia, argumenta que não foi chamada para exercer suas funções, uma vez que o Prefeito Municipal passou a contratar temporariamente empresas terceirizadas de serviços de mão-de-obra para preenchimento de referidos cargos.

Afirma ser tal medida ilegal, haja vista visar à burla do concurso público realizado.

A liminar pleiteada foi negada à fl. 37.

Devidamente notificada, a autoridade impetrada prestou as informações, argüindo, preliminarmente, a inexistência de prova pré-constituída a embasar o direito da impetrante.

No mérito, argumenta que não há ilegalidade nas contratações de empreiteiras de mão-de-obra pelos órgãos públicos, porquanto possui a Administração autonomia administrativa para optar por esta espécie de contratação, considerando a economicidade e praticidade dos serviços prestados.

Após manifestação do representante do Ministério Público de primeiro grau pela concessão da ordem (fls. 67/79), o Magistrado *a quo*, entregando a prestação jurisdicional, concedeu a segurança para determinar a imediata nomeação e posse da impetrante no quadro de pessoal permanente, observada a ordem de classificação, tendo em vista a nulidade da contratação de empresa terceirizada pelo Município (fls. 81/93).

Decorrido *in albis* o prazo para recurso voluntário, ascenderam os autos a esta Corte, por força do duplo grau de jurisdição, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Procurador de Justiça Humberto Francisco Scharf Vieira, opinado pelo conhecimento e desprovisionamento da remessa necessária (fls. 133/141).

É o relatório.

II — Voto

A matéria em exame já se encontra consolidada no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, bem como neste colendo Tribunal de Justiça, no sentido de que inexistente direito líquido e certo à nomeação do candidato aprovado em concurso público, mas mera expectativa desse direito, porquanto o provimento dos cargos está adstrito ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública. Revela-se presente o direito à nomeação somente quando da preterição do candidato, ou seja, pelo preenchimento de vagas sem observância da ordem de classificação dos aprovados.

É o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

“O provimento de cargo público, quando antecedido de qualquer modalidade de seleção ou habilitação dos candidatos, é um procedimento que só com o ato final de nomeação ou equivalente gera direito à posse; antes — ainda que findo o processo seletivo — o provimento e a investidura são objeto, como é curial, de mera expectativa de direito (...)” (STF, 1ª Turma, RE n. 143.807/SP, rel. Min. Sepúlveda Perence, j. 28/3/2000, *in* DJU 14/4/2000, pág. 52).

Ou ainda:

“Concurso público. A aprovação em concurso não gera direito absoluto à nomeação, constituindo mera expectativa de direito. *In casu*, não demonstraram os impetrantes do mandado de segurança que até o dia final da validade do concurso (quatro anos) tenha ocorrido o preenchimento de vagas sem observância da classificação dos candidatos aprovados. Assim sendo, aplica-se a regra de § 3º do art. 97 da Constituição da República.

“Não se configurando direito líquido e certo, dá-se provimento ao recurso do Estado” (STF, 2ª Turma, RE n. 116.044/AM, rel. Min. Djaci Falcão, j. 8/11/98, *in* DJU 9/12/88, pág. 32.682).

Desse teor, *a contrario sensu*, é a Súmula 15 do STF:

“Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“É unânime na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que o êxito no concurso, por si só, não gera

direito adquirido para o habilitado ser nomeado dentro do seu prazo de validade; tal direito só emerge quando o candidato é preterido em benefício de outro com classificação inferior” (STJ, 5ª Turma, ROMS n. 9.539/RJ, rel. Min. Edson Vidigal, j. 14/12/99, *in* DJU 28/2/2000, pág. 96).

Em semelhante caso, já decidiu esta Corte, entendendo inexistir direito à nomeação de candidato aprovado em concurso público quando tenha havido preenchimento de vagas por intermédio de contratação temporária:

“Serviço público — Concurso — Aprovação — Cargos não preenchidos — Expectativa de direito à nomeação — Ausência de direito líquido e certo — Mandado de segurança denegado.

“A aprovação em concurso público não gera direito absoluto à nomeação; o aprovado adquire direito subjetivo à nomeação, com preferência sobre outro classificado posterior, desde que a Administração, de acordo com sua conveniência e oportunidade, se disponha a prover o cargo” (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 96.009429-6, de Urussanga, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 4/6/98).

Colhe-se do corpo do acórdão:

“Vê-se, portanto, que não foram criadas nem providas novas vagas, tendo ocorrido, na realidade, contratação provisória de professores não concursados para atender a interesse público de caráter excepcional e temporário, o que é permitido pela legislação vigente (cessada a necessidade, evita-se o excesso de servidores).

(...)

“Sendo por demais sabido que inexistente direito líquido e certo à nomeação ao candidato aprovado em concurso público, mas apenas expectativa desse direito, não poderiam exigir nomeação para cargos cujo preenchimento a Administração entendeu desnecessário pela temporariedade”.

Quanto à alegação de que a contratação de empresas terceirizadas é ilegal por burlar o concurso público, cabe, inicialmente, mencionar que a medida da contratação temporária de pessoal pelo Poder Público encontra-se autorizada pela Constituição Federal, restrita a situações de necessidade temporária em que haja excepcional interesse público, nos termos do seu art. 37, inciso IX, *in verbis*:

“IX — a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público”.

Em observância ao preceito constitucional em comento, estabelece a Lei Complementar n. 1/97, do município de Otacílio Costa, os casos de necessidade temporária de excepcional interesse público para fins de contratação de pessoal por prazo determinado.

Desse modo, verifica-se a possibilidade de a Administração Pública contratar temporariamente serviços de terceiros, desde que, evidentemente, corresponda a alguma das situações excepcionais mencionadas na lei municipal *supra*.

Contudo, qualquer ilegalidade relacionada a contratações temporárias efetuadas pela municipalidade não é passível, no caso, de impugnação pela via do mandado de segurança, ten-

do em vista que o ato de contratação não se refere e não afronta direito individual da impetrante, pois possui esta mera expectativa de direito à nomeação diante do fato de que tanto o provimento dos cargos relativos ao certame como a opção pela contratação temporária encontra-se no âmbito da discricionariedade da Administração. Assim, é concernente ao juízo de conveniência e oportunidade do Poder Público a opção de valer-se ou não da medida de contratar temporariamente pessoal em vez de decidir pela nomeação dos aprovados no concurso.

Por essa razão, cabe à impetrante utilizar-se da via adequada para impugnar eventual ilegalidade do ato administrativo, cuja anulação, mesmo assim, não a beneficiaria, haja vista não ter sido preterida.

É entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“Mandado de segurança. Pressupostos. Direito líquido e certo e ato de autoridade praticado com abuso de poder. Direito certo e incontestável inexistente. Denegação da segurança.

“A ação de segurança, para o alcance de seu deferimento, há de se assentar em dois pressupostos eminentemente configurados e constitucionalmente definidos: a proteção de direito líquido e certo de seu autor contra ato ilegal e abusivo de autoridade.

“Para viabilizar a proteção objetivada no *mandamus*, o autor deve afirmar-se (e comprovar de forma indiscutível) titular do direito material a ser discutido e demonstrar a utilidade que o provimento jurisdicional poderá lhe proporcionar, desde que, por esta via, não se postule que o juiz declare nulo o ato,

mas se pede um mandado que garanta direito líquido e certo do impetrante.

“Descabe mandado de segurança para mera declaração de invalidade do ato coator (ainda que com base em sua ilegalidade manifesta), sem a respectiva proteção ao direito do autor, desde que o remédio heróico não é sucedâneo da ação popular.

“Segurança denegada. Decisão unânime, com a ressalva de que o Ministro Milton Luiz Pereira declarava extinto o processo” (STJ, 1ª Seção, MS n. 3.752/DF, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 13/12/94, in DJU 8/5/95, pág. 12.273).

Extrai-se do corpo do acórdão:

“Como se depreende do texto expresso da Constituição, ‘a ação de que o impetrante pode valer-se, há de estar em estrita correlação com o direito que seu titular invoca em juízo’ (cf. Alfredo Buzaid, do Mandado de Segurança Individual, pág. 82)”.

Ensina José Cretella Júnior:

“Não tem cabimento, portanto, o pedido, cujo objetivo é o desfazimento de ato que beneficiou outrem e cujo direito se pretendeu que não fosse reconhecido, já que a nulidade do ato não aproveita ao requerente. Haveria, no caso, tão-só interesse pessoal do impetrante, jamais direito” (in Do mandado de segurança, Forense, 1980, pág. 125).

É da lição de Hely Lopes Meirelles:

“Direito individual, para fins de mandado de segurança, é o que pertence a quem o invoca e não apenas à sua categoria, corporação ou associação de classe. É direito *próprio* do impetrante. Somente este direito legitima a impetração. Se o direito for de outrem, não autoriza mandado de segurança, podendo ensejar ação popular

ou ação civil pública (Leis ns. 4.717/65 e 7.347/85)” (in Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade, 22ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, pág. 35).

Ademais, em que pesem os relevantes indícios fundados no parecer investigatório do Ministério Público n. 220/00 acostado pela impetrante (fls. 21/31) confirmando a prática generalizada de contratações sem concurso efetuadas pelo Município, o que resultou em um termo de compromisso de ajustamento de conduta em 28/5/2001, não houve comprovação ou mesmo indicação de qual contratação específica teria supostamente preterido a impetrante nas funções do almejado cargo de Auxiliar de Serviços Gerais.

Posto isso, tendo a impetrante mera expectativa de direito à nomeação, revela-se ausente o direito líquido e certo a ensejar a impetração do mandado de segurança, razão pela qual se dá provimento à remessa para cassar a segurança.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, à unanimidade, conhecer da remessa necessária e dar-lhe provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Volnei Carlin e Cesar Abreu. Pela douda Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 22 de agosto de 2002.

João Martins,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 1998.013808-6, DA CAPITAL

Relator: Des. Francisco Oliveira Filho

Mandado de segurança — Direito adquirido — Supremacia do interesse público — Concessão — Licença ambiental prévia — Descumprimento de compromisso assumido — Apelo desprovido.

“É sabido que ninguém adquire direitos contra o interesse público, que prevalece sempre sobre o privado. Pode, pois, a Administração Pública, a todo tempo, fazer cessar as atividades ou obras particulares licenciadas ou que se apresentem em desacordo com as normas legais ou regulamentares ou que, por motivos supervenientes, passem a prejudicar o interesse coletivo. Neste último caso, revogado o alvará, fica o Poder Público no dever de indenizar os danos suportados pelo particular com a cessação da atividade ou com a paralisação e demolição da obra, cujo exercício ou construção foi até então permitido. Se, porém, o alvará for cassado por estar o titular descumprindo a lei ou regulamento, nenhuma obrigação de indenizar resulta para o Poder Público. O que convém fixar é que o alvará não poderá nunca ser invocado pelo particular para violar a lei ou o regulamento que estabeleça restrições de ordem pública ao exercício de certos direitos e atividades, condicionando-os à aquiescência prévia e à permanente fiscalização dos órgãos competentes” (Hely Lopes Meirelles. *Direito de Construir*. 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, pág. 87).

Ipsa facto inexistente na espécie direito líquido e certo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 1998.013808-6, remetidos pelo Juízo de Direito da comarca da Capital (Vara da Fazenda/1º Cartório), em que é impetrante Nova Predial — Comércio e Administração de Imóveis Ltda., sendo impetrado o Chefe da Divisão de Vigilância Sanitária da Prefeitura de Florianópolis:

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

Custas na forma da lei.

Nova Predial — Comércio e Administração de Imóveis Ltda., por seu procurador, impetrou mandado de segurança contra ato praticado pelo Chefe da Divisão de Vigilância Sanitária do município de Florianópolis.

Asseverou que em 21 de janeiro de 1994 obteve na Fatma — Fundação de Amparo à Tecnologia e ao Meio Ambiente a Licença Ambiental Prévia n. 006-F-94 para a construção do Condomínio Residencial 14 Bis, no Loteamento Recreio Santos Dumont. Posteriormente, teriam sido emitidas as Licenças Ambientais de Instalação e de Operação de números 62-F-94 e 54-F-97, respectivamente.

Quando do requerimento do alvará sanitário, também conhecido por “habite-se”, a impetrada exigiu a aprovação do projeto hidrossanitário na Divisão de Vigilância Sanitária do Município, indeferindo o pedido.

Em 14 de julho de 1997 teve o Alvará Sanitário concedido pela Secretaria de Saúde de Florianópolis, sendo, *a posteriori*, interdito o sistema hidrossanitário pela Divisão de Vigilância Sanitária (Auto de Intimação n. 11.117).

A liminar foi indeferida (fl. 128).

O impetrado informou que em 22 de abril de 1997 o pedido foi indeferido, uma vez que o impetrante não se adequou às normas do Decreto n. 077/96 (não lançar efluentes na drenagem pluvial).

Enfatizou ainda que quando do requerimento ao Secretário de Saúde Municipal comprometeu-se, no prazo de 90 (noventa) dias, a implantar um sistema de valas de infiltração (fl. 133) para a liberação do “habite-se”.

Em 9 de dezembro de 1997 os técnicos da Vigilância Sanitária constataram o descumprimento do acordo, não restando outra alternativa senão interditar o local em face do interesse da coletividade (fls. 134/135).

Há parecer do Ministério Público no sentido da denegação da ordem. A sentença é negativa.

Irresignado, apelou o impetrante.

O município de Florianópolis apresentou suas contra-razões, e a posição do Órgão Ministerial manteve-se inalterada.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Aor Steffens Miranda, opinou no sentido do conhecimento e improvidamento daquele recurso.

É o breve relato.

A impetrante insurgiu-se contra o Decreto Municipal n. 077/96, aduzindo que este extrapolou a alçada regulamentar que dispõe o executivo e inovou a lei que regulamenta, restando o ato administrativo motivado neste decreto ilegal e abusivo.

Sobre decretos leciona Hely Lopes Meirelles: “Decretos, em sentido próprio e restrito, são atos administrativos da competência exclusiva dos Chefes do Executivo, destinados a prover situações gerais ou individuais, abstratamente previstas de modo expresso, explícito ou implícito pela legislação. Comumente, o decreto é normativo e geral, podendo ser específico ou individual. Como ato administrativo, o decreto está sempre em situação inferior à da lei, e, por isso mesmo, não a pode contrariar. O decreto geral tem, entretanto, a mesma normatividade da lei, desde que não ultrapasse a alçada regulamentar de que dispõe o Executivo” (Direito Administrativo Brasileiro. 25ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pág. 168).

O Decreto n. 077, de 15 de março de 1996, regulamenta a emissão de efluentes na rede pluvial do município de Florianópolis e não contradiz a legislação existente nem extrapola a alçada regulamentar que dispõe o Executivo; senão vejamos o art. 8º do Decreto Estadual n. 14.250, de 5 de junho de 1981, que regulamenta dispositivos da Lei n. 5.793, de 15 de outubro de 1980: “É proibido lançamento, direto ou indireto em corpos de água, de qualquer resíduo sólido, assim como o vinhoto proveniente de usina de açúcar e destilaria de álcool”. No mesmo sentido reza o art. 18 da Lei Municipal n. 4.565, de 23 de dezembro de 1994: “Toda pessoa está proibida de descarregar ou lançar ou dispor de qualquer resíduo, industrial ou não, sólido, líquido ou gasoso, que não tenha recebido adequado tratamento determinado pela autoridade de saúde, em especial do órgão responsável pelo meio ambiente”.

Evidencia-se a regulamentação da legislação existente em breve análise do art. 1º do decreto guereado: “É proibido o lançamento e, ou descarga de efluentes de qualquer espécie na rede de drenagem pluvial, na área de abrangência da Lei n. 2.193/85 (Plano Diretor dos Balneários)” e em seus parágrafos: “Excetam-se os efluentes cujo resultado final de qualidade atenda aos seguintes padrões: a — Remoção da DBO (Demanda Bioquímica de Oxigênio), b — Garantia de nitrificação total do nitrogênio contido nos efluentes, c — Nível positivo de oxigênio no efluente final, d — Garantia de no máximo 500 coliformes fecais totais por 100ml de amostra; a qualidade do efluente deverá ser comprovada à Autoridade de

Saúde Municipal a cada 30 (trinta) dias”.

Assevera, ainda, possuir direito adquirido, líquido e certo, uma vez que obteve na Fatma licenças ambientais (prévia, de instalação e de operação). Recorda que, quando da concessão do alvará sanitário, o Chefe da Divisão de Vigilância Sanitária indeferiu o pedido, tendo somente o conseguido por requerimento direto à Secretaria de Saúde. Em 9 de dezembro de 1997 a Divisão de Vigilância Sanitária interditou o sistema hidrossanitário.

Acerca do direito adquirido, sustenta o preclaro De Plácido e Silva: “(...) direito adquirido quer significar o direito que já se incorporou ao patrimônio da pessoa, já é de sua propriedade, já constitui um bem, que deve ser juridicamente protegido contra qualquer ataque exterior, que ose ofendê-lo ou turbá-lo” (Vocabulário Jurídico. 11ª ed., vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 1989, pág. 77).

Segundo o lapidar Carlos Maximiliano: “Chama-se adquirido o direito que se constitui regular e definitivamente e a cujo respeito se completaram os requisitos legais e de fato para se integrar no patrimônio do respectivo titular, quer tenha sido feito valer, quer não, antes de advir norma posterior em contrário” (Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis, Livraria Editora Freitas Bastos, 1946, pág. 43).

Na mesma esteira, expõe o douto José Cretella Júnior: “A lei nova não atingirá o direito adquirido, não incidirá sobre o direito adquirido. A lei nova não pode retirar do ‘mundo’ o fato jurídico, pois o evento já ocorreu e interferiu no mundo jurídico. Fato jurí-

dico é o próprio fato do mundo (a morte, por exemplo) com repercussões no mundo jurídico. O fato jurídico que ainda não ocorreu, esse sim, está à mercê da lei nova. O fato ocorrido não, porque é algo perfeito e acabado, que pertence ao passado. Temos assim dois planos: o plano da existência e o plano da eficácia. 'Foi por isso que o legislador não se satisfaz com a proposição no plano da existência, e lançou mão de outra, no plano da eficácia: A lei não prejudicará o direito adquirido' (cf. Pontes de Miranda, Comentários, 3ª ed., 1987, Ed. Forense, vol. V, n. 101)" (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. I, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, pág. 456).

Ocorre que *ninguém adquire direito contra o interesse público*. É nesse sentido que se manifesta Hely Lopes Meirelles: "É sabido que ninguém adquire direitos contra o interesse público, que prevalece sempre sobre o privado. Pode, pois, a Administração Pública, a todo tempo, fazer cessar as atividades ou obras particulares licenciadas ou que se apresentem em desacordo com as normas legais ou regulamentares ou que, por motivos supervenientes, passem a prejudicar o interesse coletivo. Neste último caso, *revogado* o alvará, fica o Poder Público no dever de indenizar os danos suportados pelo particular com a cessação da atividade ou com a paralisação e demolição da obra, cujo exercício ou construção foi até então permitido. Se, porém, o alvará for *casado* por estar o titular descumprindo a lei ou regulamento, nenhuma obrigação de indenizar resulta para o Poder Público. O que convém fixar é que o alvará não poderá nunca ser invoca-

do pelo particular para violar a lei ou o regulamento que estabeleça restrições de ordem pública ao exercício de certos direitos e atividades, condicionando-os à aquiescência prévia e à permanente fiscalização dos órgãos competentes" (Direito de Construir. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, pág. 87).

A irresignada afirma que a licença ambiental de instalação n. 62-F-94 emitida pela Fatma concedeu-lhe o direito de implementar o projeto, pois a vigilância sanitária não provou que o sistema existente polui ou prejudica a saúde de terceiros, eis que o decreto posteriormente editado não pode prevalecer sobre fatos jurídicos consumados anteriormente a sua vigência, até porque não dispõe sobre retroatividade ou eficácia relativa a atos pretéritos (fls. 162/163).

Sucede que o Decreto n. 77, em seu art. 6º, é claro ao dispor: "Os proprietários de sistemas existentes devem comprovar à Autoridade de Saúde Municipal que a qualidade de seus efluentes atendem ao que determina este Decreto num prazo máximo de 60 (sessenta) dias à sua publicação, caso contrário devem suspender a emissão"; ou seja, não há falar em direito adquirido, pois trata-se de interesse público, cabendo aos proprietários comprovar a qualidade de seus efluentes e não à municipalidade, porque a regulamentação estende-se aos sistemas preexistentes.

Ademais, colhe-se das informações que a apelante teve concedido o Alvará Sanitário somente porque comprometeu-se a implantar um sistema de valas de infiltração no prazo de 90 (noventa dias), uma vez que o

“habite-se” parcial facilitaria a comercialização das unidades e financiamento no sistema financeiro (fl. 133); ou seja, a apelante não preencheu os requisitos legais para a obtenção da licença.

Decorrido o prazo, Nova Predial — Comércio e Administração de Imóveis Ltda. não implantou o sistema, restando à Divisão de Vigilância Sanitária interditar o local, uma vez que o lançamento de efluentes na drenagem pluvial coloca em risco a saúde de terceiros.

“Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei; não pode deixar de punir quando constate a prática de ilícito administrativo; não pode deixar de exercer o poder de polícia para coibir o exercício dos direitos individuais em conflito com o bem-estar coletivo; não pode deixar de exercer os poderes decorrentes da hierarquia; não pode fazer liberalidade com o dinheiro público. Cada vez que ela se omite no

exercício de seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado” (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, pág. 70).

“A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral” (Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, pág. 95).

Ante o exposto, é negado provimento ao apelo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Luiz César Medeiros e Nilton Macedo Machado, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Aor Steffens Miranda.

Florianópolis, 12 de agosto de 2002.

Francisco Oliveira Filho
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 2002.002587-9, DA CAPITAL

Relator: Des. Monteiro Rocha

Processual civil — Ação cautelar — Petição inicial indeferida — Ação inadequada para o rito escolhido pela apelante — Indeferimento da inicial — Interesse processual — Inexistência — Cumprimento espontâneo da pretensão da autora pela apelada — Pretendida extinção processual — Art. 269, I, do CPC — Perda superveniente do interesse processual — Ocorrência — Indeferimento da inicial — Sentença mantida — Recurso desprovido.

O escopo da ação cautelar é assegurar o direito e não satisfazê-lo, o que só é permitido em situações jurídicas envolvendo direitos absolutos.

A satisfação da pretensão — deduzida erroneamente em processo cautelar — pela parte ex adversa, não autoriza a procedência do pedido inicial, mormente se esta não foi citada para integrar a lide.

Na ausência de conflito de interesses a ser solucionado pelo Judiciário, julga-se extinto o processo, sem julgamento de mérito, por ausência de interesse processual.

Inexistindo relação processual mantém-se o indeferimento da inicial.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2002.002587-9, da comarca da Capital, em que é apelante Lia Aparecida Gastão Vianna, sendo apelada Fundação dos Economistas Federais — Funcef:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por unanimidade de votos, conhecer do recurso para desprovê-lo.

Custas pela autora.

I — Relatório

Lia Aparecida Gastão Vianna, por sua advogada (procuração inclusa), ajuizou ação cautelar inominada contra Fundação dos Economistas Federais — Funcef, objetivando que a requerida fosse compelida “ao pagamento da suplementação da aposentadoria da autora, no percentual de 75% (setenta e cinco por cento), sob pena de aplicação de multa diária de 1 salário mínimo no caso de descumprimento.

Concedida a liminar pleiteada, antes de seu cumprimento — apesar de expedido o competente mandado, a autora interveio no feito (fls. 50/51) para noticiar que enviou carta à re-

querida para comunicar a concessão da liminar.

Às fls. 55/57, o então Juiz processante, extinguindo a ação sem apreciar o mérito, indeferiu a petição inicial ao argumento de que falece à autora interesse processual para o processamento do feito, sem que a requerida houvesse sido regularmente citada.

Inconformada com a solução dada pelo Magistrado *a quo*, Lia Aparecida Gastão Vianna, em tempo e modo devidos, apelou da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira, opinou pela conversão do julgamento em diligência, a fim de que fosse aberto prazo para a recorrida apresentar suas contra-razões.

Por intermédio do petitório que ora determino a juntada, a recorrente, informando que a suplicada está satisfazendo a pretensão deduzida na ação cautelar, requer a extinção do feito, com fundamento no art. 269, I, do CPC.

É o relatório.

II — Voto

Inicialmente, *determino* à Diretoria Judiciária que proceda a nova autuação do recurso, como apelação

cível, porque não se trata de apelação cível em mandado de segurança.

O escopo da ação cautelar é assegurar o direito material a ser acertado em via principal, e não satisfazê-lo, o que só é permitido em situações jurídicas envolvendo direitos absolutos, como por exemplo quando envolve direitos morais e direito à propriedade.

O direito referido na cautelar, como direito obrigacional que é, possui natureza relativa, sendo determinada a pessoa jurídica contra a qual foi ajuizada a ação.

A petição ofertada pela recorrente mostra-se imprópria ao fim a que se destina, pois a relação processual — na ausência de citação válida da parte *ex adversa* — ainda não está instaurada, sendo inconcebível, pela flagrante nulidade que dela resultaria, uma decisão acerca do mérito da pretensão sem a instauração do contraditório.

A ação cautelar deduzida não tinha por escopo assegurar o direito a ser pleiteado na inicial. Seu objetivo, como asseverou o Togado *a quo*, é a satisfação do direito material, do bem da vida pretendido pela apelante e consistente em obrigar a Fundação requerida a suplementar-lhe a aposentadoria, sem exigir-lhe a assinatura do Instrumento Particular de Alteração contratual. Entretanto, tal escopo só pode ser satisfeito na ação principal, pois a cautelar não possui, em regra, caráter satisfativo.

A propósito, Humberto Theodoro Júnior ensina que ao processo cautelar “cabe uma função ‘auxiliar e subsidiária’ de servir à ‘tutela do processo principal’, onde será protegido o direito e eliminado o litígio” (*in* Curso de Direito

Processual Civil: vol. II: Processo de execução e processo cautelar. 21ª edição. Rio de Janeiro : Forense, 1998, pág. 361).

Por isso, o Magistrado singular agiu com acerto ao indeferir a petição inicial com fulcro no art. 295, III, do Código de Processo Civil. É 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. Movendo a ação errada ou utilizando-se do procedimento incorreto, o provimento jurisdicional não será útil, razão pela qual a inadequação procedimental acarreta a inexistência de interesse processual” (Nery Júnior, Nelson e Nery, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 3ª edição: revista e ampliada. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pág. 532, n. 13 ao art. 267).

Por outro lado, o interesse processual que já não existia quando do ajuizamento da inicial, solidificou-se *a posteriori*, quando a parte autora noticia que a parte ré está complementando sua aposentadoria e que, em ação ordinária, discutirá o percentual do *quantum* devido ao argumento de que os 75% satisfeitos espontaneamente pela fundação demandada não correspondem, integralmente, a sua pretensão.

Aduzindo às razões do Magistrado singular, a ausência de litígio entre as partes litigantes, voto pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, à unanimidade, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Luiz Carlos Freyesleben e Jorge Schaefer Martins, lavrando parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 12 de setembro de 2002.

Mazoni Ferreira,
Presidente;
Monteiro Rocha,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 2001.004152-9, DE BRAÇO DO NORTE

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Mandado de segurança — Corte no fornecimento de água — Inadimplência do usuário — Prova acerca do aviso prévio — Inteligência do art. 6º, § 3º, II, da Lei n. 8.987/95 — Discussão sobre o valor da tarifa de esgoto cobrada conjuntamente — Competência — Segurança denegada — Recurso não provido — Sentença mantida.

A concessionária de serviços de energia elétrica, quando não for paga a conta respectiva, pode interromper seu fornecimento, desde que expedido regular aviso prévio.

A tarifa cobrada pelo fornecimento de água e serviço de esgoto sanitário é preço público, sendo despicienda “a promulgação de lei para alterar os valores cobrados a título de tarifa de esgoto, haja vista inexistir lesão ao princípio, no âmbito tributário, da legalidade, por não se tratar de taxa, espécie de tributo” (ACMS n. 2001.007571-7, de Joinville, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2001.004152-9, da comarca de Braço do Norte, em que é apelante Elizabete Wernck, sendo apelada Samae Serviço Autônomo Municipal de Água e Esgoto:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas legais.

1. Na comarca de Braço do Norte, Elizabete Wernck impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do diretor da Samae, que determinou suspensão do fornecimento de água, logo após pedido expresso de verificação de irregularidades no consumo, alegando:

“Que a impetrante faz uso de água, fornecida pela requerida, em sua residência e num hotel que funcio-

na na parte da frente de sua residência; que a impetrante vinha pagando regularmente a água fornecida, quando percebeu que, com a conta da água era-lhe cobrado outro numerário a título de taxa de esgoto e saneamento; que a competência para estabelecer as tarifas do serviço público é do município e não do diretor da Samae; que o Diretor da Samae não deu conhecimento ao Sr. Prefeito Municipal quando do estabelecimento das tarifas; que há inserção da cobrança de serviço que não o fornecimento de água, sem a autorização expressa do consumidor, e que é repelido pelo Código de Defesa do Consumidor; que o impetrado não se utilizou dos meios especificados em lei para a cobrança de supostos débitos com a Fazenda Pública" (fls. 106/107).

Aduziu que o fornecimento de água é serviço essencial, não podendo ser suspenso como forma de coagir o usuário a pagá-lo, culminando por requerer o restabelecimento deste serviço.

Deferida a liminar (fls. 66/68), nas informações (fls. 70/82) a autoridade coatora alegou "que a interrupção do fornecimento de água não é meio de cobrança de débito, mas há um interesse coletivo, maior que o interesse individual, em jogo, no regular pagamento de água por parte dos consumidores; que a impetrante foi tempestivamente alertada e informada de que o não-pagamento do débito importaria em inscrição do débito em dívida ativa e interrupção do fornecimento de água para a preservação do equilíbrio econômico financeiro do órgão, no interesse da coletividade consumidora; que a coleta do esgoto sanitário é questão de saúde pública;

que o índice de 80% que é cobrado sobre a quantidade de água consumida foi fixado de acordo com as normas estabelecidas pela ABNT, sendo calculado pela água efetivamente consumida; que a Portaria SAMAE SLU n. 01/99 é posterior ao débito da impetrante; que a dívida da impetrante tornou-se líquida e certa pela ausência de impugnação" (fl. 107).

O representante do Ministério Público opinou pela denegação da segurança e o Dr. Juiz de Direito, sentenciando, julgou "improcedente o pedido contido na inicial" (fls. 106/111).

Irresignada, a vencida apelou (fls. 113/129), sustentando a ilegalidade do corte do fornecimento de água e a irregularidade quanto à fixação das alíquotas cobradas para a prestação desse serviço.

Com as contra-razões (fls. 134/144) e o parecer do representante do Ministério Público de primeiro grau opinando primeiramente pela nulidade da sentença, porque não apreciou a questão da fixação da tarifa e, depois, pela concessão da segurança.

Os autos ascenderam a esta instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Raulino Jacó Brüning, opinou pelo conhecimento e provimento parcial do recurso com o argumento da "ilegalidade da exigência da taxa de esgoto da forma mencionada" (fls. 176/182).

É o relatório.

2. O recurso é conhecido, mas não merece provimento.

3. Não há dúvida que a ilustre autoridade judiciária omitiu, na sentença, qualquer análise à questão

suscitada versando sobre a fixação do valor da tarifa pertinente ao serviço de esgoto sanitário, cobrado com aquele do fornecimento de água, o que poderia resultar na nulidade da sentença, consoante alertado pela digna representante do Ministério Público.

No entanto, toda a matéria está devolvida a esta instância com o recurso de apelação, não cumprindo à instrumentalização do processo a declaração de eventual nulidade da sentença, porquanto a instância superior tem competência para conhecer e decidir a matéria. De qualquer forma, nesta Corte o tema está pacificado, no sentido que se desenvolverá a seguir, de nada adiantando anular a sentença para o resultado já sabido neste grau de jurisdição.

Assim, vale citar, desta colenda Câmara, os seguintes julgados:

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

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

“Teoricamente, não há óbice à cobrança por meio de tarifa, tudo de-

pendendo do regime jurídico que disciplina a prestação do serviço, pois tarifa é a sua contraprestação, sendo justa a remuneração do capital investido em favor dos usuários.

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

“Quer seja por considerar que em se tratando de serviço prestado mediante concessão torna-se impraticável a remuneração por taxa do gênero tributo, quer seja pela incoerência de norma constitucional obstativa à contraprestação via preço público, de acordo com a melhor doutrina, a tarifa cobrada pelo fornecimento de água e esgotamento sanitário é preço público, não possuindo, via de conseqüência, caráter tributário. Não padece, portanto, de qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade a cobrança do denominado faturamento de esgoto patrocinada pela Casan em obediência à Lei Estadual e Municipal, regulada pela Resolução n. 418/92” (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2000.023585-7, de Joinville, rel. Des. Luiz César Medeiros).

Ainda:

“Apelação cível — Mandado de segurança — Serviço de esgoto prestado por concessionária — Remuneração efetivada mediante preço público, e não taxa — Constitucionalidade da fixação de percentual nos moldes da política tarifária estabelecida na lei instituidora da concessão — Inexistência de direito líquido e certo — Segurança denegada — Apelos e reexame necessário providos.

“A partir do momento em que o serviço público passa a ser prestado por uma concessionária, a forma da respectiva remuneração transmuta-se em tarifária (preço público), como é da essência dos serviços concedidos, a teor do que dispõe o art. 175, II, da *Lex Mater*, até porque, ao se afirmar que determinado serviço só pode ser remunerado mediante taxa, se está, concomitantemente, negando-lhe a possibilidade de ser concedido.

“Assim sendo, despicienda é a promulgação de lei para alterar os valores cobrados a título de tarifa de esgoto, haja vista inexistir lesão ao princípio, no âmbito tributário, da legalidade, por não se tratar de taxa, espécie de tributo” (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2001.007571-7, de Joinville, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

Nada mais precisa ser dito para afastar a tese defensiva.

4. No mais, razão assiste à apelada quando sustenta que a Lei n. 8.987/95 (chamada Lei das Concessões) autoriza a cortar o fornecimento de água a usuário inadimplente, desde que expedido o competente aviso prévio.

É do seu teor:

“Art. 6º — Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

(...)

“§ 3º — Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua

interrupção em situação de emergência, ou, *após prévio aviso*, quando:

(...)

“II – *por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade*”.

Esse, aliás, vem sendo o posicionamento adotado pelas colendas Câmaras deste egrégio Tribunal, sempre entendendo que a suspensão do fornecimento de água, sem o devido aviso prévio, constitui-se manobra ilegal e arbitrária para coagir o usuário inadimplente ao pagamento da tarifa correspondente.

Vale citar:

“Mandado de segurança. Corte do fornecimento de água. Inadimplência do usuário. Ausência da prévia notificação. Exigência do art. 6º, § 3º, da Lei n. 8.987/95. Corte inadmissível. Sentença concessiva da ordem mantida. Remessa e recurso voluntário desprovidos” (ACMS n. 2000.004053-3, de Itajaí, rel. Des. Gaspar Rubik).

Ou ainda:

“Mandado de segurança — Energia elétrica — Corte no fornecimento — Ausência de prévio aviso — Escolas municipais e municipalizadas — Segurança denegada — Recurso provido — Sentença reformada.

“A concessionária pode cortar o fornecimento de energia elétrica a consumidor particular, quando não paga a conta respectiva referente ao mesmo medidor, desde que expedido regular aviso prévio.

“Quando o inadimplente é órgão público, o princípio maior da continuidade do serviço público, que veda a paralisação da execução do contrato mesmo diante da omissão ou atraso da

Administração no cumprimento das prestações a seu cargo, impede a suspensão no fornecimento” (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 1996.009744-9, de Seara, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Assim, como se pôde observar, o corte no fornecimento do serviço somente pode dar-se após expedido o competente aviso prévio, prova que, nos presentes autos, logrou demonstrar na fatura exibida pela própria impetrante à fl. 55, na qual consta grifado: “*Fatura não quitada até a data do vencimento acarretará multa de 10% s/ o seu valor a ser cobrada na fatura posterior. A não impugnação desta fatura, por escrito, no mês de vencimento, implicará no reconhecimento da liquidez e certeza da dívida. Na falta de pagamento, será inscrita em dívida ativa, acrescida de multa, juros, correção monetária (art. 2º, Lei n. 6.830/80). Serve esta ainda de aviso prévio de que na falta de resgate desta fatura em até 15 dias após seu vencimento, serão interrompidos os serviços de forne-*

cimento de água para a preservação do equilíbrio econômico financeiro do órgão, no interesse da coletividade consumidora (Lei n. 8.987/95)”.

Sendo assim, presente a prova de que a apelada/impetrante foi devidamente notificada da ameaça de suspensão no fornecimento de água em razão de falta de pagamento, revela-se legal a atitude tomada pela prestadora do serviço.

5. Ante o exposto, conhece-se da remessa e do recurso e dá-se-lhes provimento, para cassar a segurança.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Luiz César Medeiros e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raulino Jacó Brüning.

Florianópolis, 26 de agosto de 2002.

*Francisco Oliveira Filho,
Presidente com voto;
Nilton Macedo Machado,
Relator.*

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.018983-9 DE ITAJAÍ

Relator: Des. Francisco Oliveira Filho

Apelação cível — Transporte marítimo — Falta de mercadorias — Violação do container — Verificação após entrega e vistoria — Ressalva inexistente — Responsabilidade da autoridade portuária — Exegese do art. 1º, § 3º, do Decreto-Lei n. 116/67 — Apelo desprovido, e reexame necessário parcialmente provido.

Nos termos do art. 2º do Decreto-Lei n. 116/67, “a responsabilidade da entidade portuária começa com a entrada da mercadoria em seus armazéns, pátios ou locais outros designados para depósitos, e somente cessa após a entrega efetiva no navio ou ao consignatário”.

Ex vi do § 3º do art. 1º desse diploma, “os volumes em falta, avariados ou sem embalagem inadequada ao transporte por água, serão desde logo ressaltados pelo recebedor, e vistoriados no ato da entrega, na presença dos interessados” (grifo nosso).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.018983-9, da comarca de Itajaí (Vara da Fazenda Pública, Execução Fiscal e Acidentes do Trabalho), em que é apelante Administradora Hidroviária Docas Catarinense – ADHOC, sendo apelada a Companhia Paulista de Seguros:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao pleito recursal, e dar parcial provimento ao reexame necessário a fim de excluir a condenação nas custas.

Sem custas.

Companhia Paulista de Seguros, por seus procuradores, deflagrou ação regressiva de indenização em face da Administradora Hidroviária Docas Catarinense — ADHOC, alegando, em síntese, que mantém contrato de seguro de transporte com a empresa Cremer S.A. — Produtos têxteis e cirúrgicos, cujo objeto é a cobertura de riscos referentes às mercadorias destinadas à exportação.

Aduziu que sete dias após a entrega das mercadorias no Porto de Itajaí, constatou-se o furto parcial da carga, consistente em 53 (cinquenta e

três) caixas contendo artigos têxteis — toalhas de banho e rosto — totalizando um prejuízo de R\$ 9.235,26 (nove mil, duzentos e trinta e cinco reais e vinte e seis centavos).

Por fim, requereu a condenação da ré ao pagamento dos prejuízos indenizados pela autora, acrescidos de correção monetária e juros legais.

Mandato e documentos instruem a inicial (fl. 10 *usque* 45).

Devidamente citada, por seu representante legal, a Administradora Hidroviária Docas Catarinense — ADHOC contestou, sustentando, em suma, não ter responsabilidade sobre o furto da mercadoria existente no *container*, eis que não ocorreu dentro da área portuária (fls. 52/57).

O *Parquet* opinou pela improcedência do pedido (fls. 158/163).

A prestação jurisdicional foi positiva (fls. 165/171).

Irresignada, apelou a vencida reiterando os mesmos argumentos apresentados anteriormente (fls. 175/183).

Contra-razões foram ofertadas no sentido da manutenção incólume da r. sentença objurgada (fls. 188/194).

O Ministério Público opinou pelo conhecimento e improvemento do pleito recursal (fls. 197/201).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra da ilustre Procuradora Dra. Rosa Maria Garcia, manifestou-se pelo desprovemento do recurso.

É a síntese do essencial.

A *quaestio* cinge-se à responsabilidade ou não da Administradora Hidroviária Docas Catarinense — AHDOC pela falta da mercadoria em área portuária.

Ex vi do art. 1º do Decreto-Lei n. 116/67 (dispõe sobre as operações inerentes ao transporte de mercadorias por via d'água nos portos brasileiros, delimitando suas responsabilidades e tratando das faltas e avarias), “as mercadorias destinadas ao transporte sobre água, que antes ou depois da viagem forem confiadas à guarda e acondicionamento dos armazéns das entidades portuárias ou trapiches municipais, serão entregues contra-recibo passado pela entidade recebedora à mercadoria”.

Consoante o parágrafo terceiro do artigo supramencionado, “os *volumes em falta*, avariados ou sem embalagem inadequada ao transporte por água, *serão desde logo ressalvados pelo recebedor, e vistoriados no ato da entrega*, na presença dos interessados” (grifo nosso).

Prevê o art. 2º daquele diploma legal que “a responsabilidade da entidade portuária começa com a entrada da mercadoria em seus armazéns, pátios ou locais outros designados para depósitos, e somente cessa após a entrega efetiva no navio ou ao consignatário”.

In casu, constata-se pelo documento de fl. 12 que o *container* contendo a mercadoria que desapareceu foi entregue na área portuária de Itajaí em 20/5/95, conforme carimbo *az patio*.

Esse carimbo significa o recebimento da mercadoria, nos termos dos depoimentos das testemunhas Francisco Bernardino Cordeiro e Antônio Carlos Balbinot (fls. 118 e 122 respectivamente).

Pelo termo de faltas e avarias (fl. 36), a falta das mercadorias bem como a violação do *container* foram detectadas apenas em 26/5/95, no pátio da legitimada passiva.

Somente no dia 26/5/95 foi detectado que a chapa anti-roubo (*Seal Coston*) da porta direita do *Container* n. DSRU900.162-0 havia sido quebrada e colada com durepox.

Importante frisar que para o *az patio*, o *container* estava com os lacres intactos (fl. 36). Corrobora com a assertiva o depoimento de Cláudio Martire, no qual este afirma que o lacre colocado pela empresa exportadora estava intacto quando abriu a porta pela primeira vez (fl. 120).

Como bem enfatizou o Magistrado *a quo*, “as testemunhas ouvidas durante a instrução foram unânimes em dizer que o referido *container* foi aberto por Cláudio Martire e vistoriado por funcionários da Receita Federal, sendo que naquela oportunidade não foi notada a falta de mercadoria e violação do lacre”.

Todavia, a análise probatória não elucida se o furto da mercadoria ocorreu dentro ou fora da área portuária.

Para Olivio Michel, motorista da transportadora — fls. 133/134 — o desaparecimento até poderia ter ocorrido no pátio da empresa transportadora, uma vez que “a empresa transportadora não tinha vigia noturno”.

De outra banda, Francisco Bernardino Cordeiro, despachante aduaneiro — fls. 118/119 — afirmou que “o trabalho de furto no interior do porto era difícil, mas poderia, eventualmente, ocorrer”.

Certo é que o transportador responde pela mercadoria até sua efetiva entrega. No caso em tela, a transportadora Eskelsen Ltda. exonerou-se da responsabilidade no momento em que entregou o *container* no pátio da ré, onde este foi aberto e vistoriado, recebendo o carimbo *az patio*.

Era no ato da entrega que o *container* deveria ser vistoriado, ressaltando-se eventual falta de algum volume, nos termos precisos do § 3º do art. 1º do Decreto-Lei n. 116/67.

Como a legitimada passiva não se eximiu da responsabilidade comprovando que a falta das mercadorias deu-se fora da área portuária, a presunção que paira nos autos é a de que o furto ocorreu no seu pátio, arcando conseqüentemente a autarquia com a responsabilidade.

Aliás, colhe-se da jurisprudência:

“Indenização. Transporte marítimo. Falta de mercadorias no porto de destino. Ação de segurada subrogada nos direitos do consignatário da carga.

“A responsabilidade da empresa transportadora tem início com o embarque das mercadorias e finda com sua entrega à entidade portuária; se, nesse momento, não houve ressalva, exime-se de responsabilidade perante o consignatário” (Ap. Cív. n. 52.244, de São Francisco do Sul, rel. Des. Paulo Gallotti).

Entretanto deve ser dado parcial provimento ao reexame necessário a fim de excluir a condenação nas custas.

Ante o exposto, nega-se provimento ao pleito recursal e dá-se parcial provimento ao reexame necessário para excluir a condenação nas custas.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Luiz César Medeiros e Nilton Macedo Machado, e lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Sra. Dra. Rosa Maria Garcia.

Florianópolis, 12 de agosto de 2002.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.001243-5, DE CRICIÚMA**Relator: Des. Francisco Oliveira Filho**

Execução fiscal — Embargos do devedor — Estado falimentar — Superveniência — Multa fiscal e juros de mora — Inadmissibilidade em face da massa — Apelo desprovido — Reexame necessário — Não conhecimento — Inteligência dos arts. 1º e 2º da Lei n. 10.352, de 26 de dezembro de 2001.

“É pacífica a jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não se inclui no crédito habilitado na falência a multa fiscal moratória, por constituir pena administrativa (Súmulas 192 e 565 do STF)” (STJ, REsp n. 169.727/PR, 1ª Turma, Min. José Delgado, j. 21/9/98).

“Em se tratando de falência, não há, em princípio, que se cogitar da fluência de juros após a data de sua decretação (art. 26 do Decreto-Lei n. 7.661/45). Os juros incidentes sobre créditos vencidos antes desse termo são calculados normalmente, de acordo com o pactuado, desde o vencimento até a aludida decretação, ficando condicionado o seu pagamento, porém, à existência de saldo que remanesça ao resgate do principal dos créditos habilitados” (STJ, REsp n. 194.59/RJ, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.001243-5, remetidos pelo Juízo de Direito da comarca de Criciúma (Vara dos Feitos da Fazenda, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos), em que é apelante município de Criciúma, sendo apelada Massa Falida da Cia. Brasileira Carbonífera de Araranguá:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao apelo e não conhecer do reexame necessário.

Custas na forma da lei.

Massa Falida da Cia. Brasileira Carbonífera de Araranguá, por seu ad-

vogado, deflagrou embargos à execução fiscal que lhe move o município de Criciúma, ao argumento de que a decretação da quebra lhe suspende a exigibilidade do pagamento de multa fiscal e juros de mora.

Intimada, a parte *ex adversa* ofertou impugnação e objetou a ilegalidade atribuída aos encargos reclamados. Prosseguiu sustentando que o crédito fiscal não se sujeita à habilitação em falência.

O Ministério Público *a quo* emitiu parecer no sentido do acolhimento parcial dos embargos para reconhecer a viabilidade da CDA e excluir os juros de mora e a multa fiscal aplicados.

O digno Togado singular julgou parcialmente procedente o pedido inicial.

Irresignado, o município de Criúma manejou apelo, reeditando os termos de seu articulado.

Sem resposta, os autos ascenderam a esta egrégia Corte.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. José Antonio Salvadori, opinou pelo desprovemento do apelo e do reexame necessário.

É o breve relato.

O reclamo desmerece prosperar.

Quanto à multa fiscal, cuida-se de verba inquestionavelmente indevida em estado falimentar, conforme desso-me das Súmulas 192 e 565, do Pretório excelso, posto tratar-se de penalidade pecuniária imposta por infração administrativa, conforme o disposto no inciso III do art. 23 da Lei de Quebras:

“Súmula 192. Não se inclui no crédito habilitado em falência a multa fiscal com efeito de pena administrativa”.

“Súmula 565. A multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência”.

No mesmo vértice é o entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça: “Tributário e processual civil. Embargos à execução fiscal. ICMS. Cobrança de multa. Empresa em regime de concordata com posterior declaração de falência. Art. 23, parágrafo único, III, do Decreto-Lei n. 7.661/45. Aplicação. Inteligência das Súmulas 192 e 565 do STF.

“É pacífica a jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não se inclui no crédito habilitado na falência a multa fiscal moratória, por constituir pena administrativa (Súmulas 192 e 565 do STF)” (REsp n. 169727/PR, 1ª Turma, Min. José Delgado, j. 21/9/98).

Da mesma toada é a jurisprudência cristalizada nesta Corte: “Com a superveniência da falência, impõe-se a exclusão da multa fiscal moratória, na conformidade das Súmulas 565 e 192 do STF, que tem natureza de penalidade administrativa. O art. 23, parágrafo único, III, da Lei de Quebras, dispõe que não podem ser reclamadas na falência as penas pecuniárias por infração às leis penais administrativas” (Ap. Cív. n. 97.010333-6, de São Joaquim, rel. Des. Alcides Aguiar).

O mesmo se diga acerca dos juros de mora *ex vi* do art. 26 da Lei de Falências: “Em se tratando de falência, não há, em princípio, que se cogitar da fluência de juros após a data de sua decretação (art. 26 do Decreto-Lei n. 7.661/45). Os juros incidentes sobre créditos vencidos antes desse termo são calculados normalmente, de acordo com o pactuado, desde o vencimento até a aludida decretação, ficando condicionado o seu pagamento, porém, à existência de saldo que remanesça ao resgate do principal dos créditos habilitados” (STJ, REsp n. 19.459/RJ, DJU de 19/9/94, pág. 24.696).

No mesmo sentido: AI n. 99.015539-0, de Brusque, Des. Newton Trisotto; AI n. 99.015509-9, de Brusque, rel. Des. Eder Graf; AI n. 99.015501-3, de Brusque, rel. Des. Gaspar Rubik e Ap. Cív. n. 99.000113-0, de Blumenau, rel. Des. Pedro Manoel Abreu.

Quanto ao reexame necessário, existe novo posicionamento decorrente das modificações impostas pela Lei n. 10.352, de 26/12/01.

Conforme os arts. 1º e 2º desta Lei, há incidência da nova redação do art. 475, § 2º, do Código de Processo Civil, a qual exclui o reexame necessário quanto à condenação, ou ao direito controvertido, “for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor”. *Mutatis mutandis*, a propósito do art. 34 da Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980, aplicável é a Súmula 502 do excelso Pretório, cuja conclusão é categórica: “(...) valor da causa e salário mínimo vigente na Capital do Estado, ou do Território, para efeito de alçada, devem ser considerados na data do ajuizamento do pedido”.

É verdade, por outro lado, que em direito intertemporal a regra básica é de que a lei do recurso é a lei do dia da sentença. Roubier, referindo, dentre outros, Merlin e Gabba, afirma, peremptório, que “os recursos não podem ser definidos senão pela lei em vigor no dia do julgamento: nenhum recurso novo pode resultar

de lei posterior e, inversamente, nenhum recurso existente contra uma decisão poderá ser suprimido, sem retroatividade, por lei posterior” (*Apud* Galeno Lacerda, *O Novo Direito Processual Civil e os Efeitos Pendentes*, Forense, 1974, pág. 68). O reexame necessário não é recurso, porque não se trata de ato voluntário da parte, mas condição de eficácia do provimento jurisdicional, tanto assim que pode ser avocado se não for manifestado pelo juiz (art. 475, parágrafo único, daquele cânone). Logo, a ensinança de Galeno Lacerda é pertinente somente em se tratando de apelo.

Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo e não se conhece do reexame necessário.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Luiz César Medeiros e Nilton Macedo Machado, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. José Antonio Salvadori.

Florianópolis, 26 de agosto de 2002.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1998.010094-1, DA CAPITAL

Relator: Des. Anselmo Cerello

Apelação cível — Embargos à execução — Execução de aluguéis — Locação prorrogada — Fiança pactuada até a entrega do imóvel — Contrato de fiança válido e eficaz mesmo depois da revisão do valor do aluguel — Impossibilidade de cobrança da majoração havida, ante a ausência de participação do fiador no processo revisional — Inteligência do art. 472 do CPC — Apelo parcialmente provido.

Se o contrato locatício prevê a responsabilidade do fiador até a entrega das chaves do imóvel locado, o fiador responde até aquele momento; assim, não sendo citado para a ação revisional o fiador não se exonera do encargo, mas, sim, dos acréscimos decorrentes da revisão.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1998.010094-1, da comarca da Capital (3ª Vara), em que é apelante João Carlos Biccas Zaniratti, sendo apelado José Agostinho Coelho:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade prover parcialmente o recurso.

Custas legais.

João Carlos Biccas Zaniratti, devidamente qualificado, e espólio de Odete Pitol Zaniratti opuseram embargos à execução, que lhe movem José Agostinho Coelho, devidamente qualificado, aduzindo em síntese:

O exequente, quando ajuizou ação revisional de aluguel, não providenciou a citação dos fiadores, bem como a fiança deu-se por prazo determinado, encerrando-se a responsabilidade dos fiadores em 10/5/86.

Alegou, ainda, que o credor pretendia cobrar aplicação de acessórios não pactuados pelas partes.

Requeru pela procedência da execução, em relação aos embargantes, bem como pela condenação do embargado ao pagamento de perdas e danos, em face da litigância de má-fé praticada.

Devidamente intimado, o credor impugnou os embargos, aduzindo que os embargantes deram interpretação distorcida à cláusula III, *in*

fine, à fl. 5v. do contrato firmado pelas partes.

Asseverou que a referida cláusula tratou apenas de pactuar os reajustes que sofreriam os alugueres, e não limitou a fiança até cinco anos da celebração.

Aduziu que a cláusula XVII, à fl. 6, estabeleceu que a responsabilidade dos fiadores somente cessaria com a entrega das chaves, mediante recibo, fornecido pelo locador.

Afirmou que os fiadores somente se desobrigariam da fiança assumida se ajuizassem ação própria, com fundamento no art. 1.500 do CCB.

Requeru a improcedência dos embargos.

O MM. Juiz *a quo* julgou improcedentes os embargos, em face do contrato firmado, condenando os embargantes ao pagamento das custas processuais e dos honorários de advogados, estes arbitrados em 15% sobre o valor da execução, devidamente corrigidos.

Irresignado, João Carlos Biccas Zaniratti, representando também o espólio de Odete Pitol Zaniratti, apela, renovando os argumentos espostos quando da inicial, requerendo o provimento do recurso interposto; a condenação em perdas e danos, bem como as cominações legais em honorários advocatícios de 20% so-

bre o valor da execução devidamente corrigida ao tempo do pagamento.

Em contra-razões os apelados requerem a manutenção da sentença hostilizada.

É o relatório.

Trata-se de recurso de apelação cível em que o recorrente busca o acolhimento de sua pretensão exordial, qual seja, a sua desobrigação na relação da garantia do contrato de locação inadimplido e revisto sem seu consentimento.

Duas são as figuras a ser analisadas no presente reclamo: se o recorrente ainda está obrigado pelo contrato e, se afirmativa a primeira indagação, até qual limite?

No tocante ao primeiro ponto, a douta sentença apelada, da lavra do Exmo. Sr. Juiz Wilson Augusto do Nascimento, judiciosamente o apreciou, motivo pelo qual a adoto, passando a transcrevê-la:

“Quanto à alegação de que o contrato previa a fiança por prazo determinado, não merece prosperar, eis que os embargantes atribuíram ao contrato interpretação distorcida, a fim de eximir-se de suas responsabilidades legais.

“Dessome-se, no entanto, da interpretação literal das cláusulas avençadas, que os embargantes se obrigaram até a efetiva e real entrega do imóvel, havendo, ainda, renúncia ao disposto no art. 1.500 do CCB.

“A cláusula XX do contrato é expressa:

‘XX – Como fiadores e principais pagadores, na forma prevista no inciso II do art. 1.492 do Código Civil,

assinam o presente o Sr. João Carlos Bicca Zaniratti e sua mulher Odete Pittol Zaniratti, já qualificados, os quais se responsabilizam pelo pagamento dos aluguéis, pelos reajustes que venham a sofrer quando acordados ou majorados por lei, por todas as obrigações decorrentes do presente contrato, inclusive multa contratual, até a efetiva devolução do prédio nas condições constantes deste instrumento, e do recibo de chaves, acessórios, utensílios e instalações, firmado pelo locatário no ato de recebimento do imóvel, sendo que, havendo procedimento judicial, os fiadores se obrigam ainda pelos honorários de advogado, despesas e custas. A responsabilidade dos fiadores continua vigente se, findo o prazo contratual, deixar o locatário ou quem suas vezes fizer de restituir o imóvel locado. E até que se torne efetiva esta restituição, sendo que os fiadores declararam, expressamente, renunciar, desde já, qualquer eventual direito de restringir somente ao prazo ora ajustado neste contrato a garantia de sua fiança, renunciando, igualmente, a faculdade assegurada no artigo 1.500 do Código Civil’.

“Ora, não havendo qualquer nulidade no contrato firmado pelas partes, eis que firmado pela vontade livre e consciente dos contratantes, não há como negar-se vigência ao mesmo.

“O Pretório Catarinense ensina:

‘Fiança — Contrato de locação prorrogado por prazo indeterminado — Exoneração — Cláusula de renúncia a este direito — Responsabilidade solidária do fiador — Persistência.

‘Inserida no contrato de locação cláusula segunda a qual os fiadores se obrigam até a real e efetiva entrega do

imóvel, nos termos do art. 39 da Lei n. 8.245/91, havendo ainda renúncia expressa ao direito inscrito no artigo 1.500 do Código Civil, a responsabilidade dos garantes persiste no caso de sua prorrogação por prazo indeterminado’.

“Traz-se à colação, ainda, decisão do Superior Tribunal de Justiça, a qual amolda-se ao caso em tela:

‘Fiança — Locação — Exoneração — Cláusula de renúncia desse direito — Validade, ainda que o contrato seja por tempo indeterminado — Inteligência do art. 1.500 do CC.

‘Respondendo o fiador pelas obrigações pactuadas até a desocupação do imóvel locado, é válida a cláusula mediante a qual renuncia ele ao direito de exonerar-se da fiança (art. 1.500 do CC), ainda que a locação se tenha prorrogado por prazo indeterminado’ (RT 737/188).

“Consignou em voto o Ministro Edson Vidigal:

‘Com relação ao art. 1.500, CC, a orientação jurisprudencial da Corte é no sentido de que a cláusula de renúncia ao direito de exoneração permanece válida ainda que o contrato tenha-se tornado por tempo indeterminado. A propósito:

‘(...) III — Ocorrendo a prorrogação do contrato de locação por tempo indeterminado (§ 1º, art. 46, da Lei n. 8.245/91), a fiança subsiste porque os fiadores se obrigam até a entrega real e efetiva do prédio locado’ (STJ, 6ª T., REsp n. 67.601/SP, rel. Min. Adhemar Maciel, DJ 12/2/1996).

“E, ainda:

‘Processo: REsp n. 0040374/SP, 1993, RIP n. 00030846.

‘Ementa:

‘Civil. Locação. Fiança. Contrato prorrogado. Cláusula contratual.

‘Onde os fiadores, de modo expresso, se responsabilizam até a entrega das chaves e abrem mão, de modo expresso, dos benefícios do art. 1.500 do Código Civil’.

‘Código Civil. Validade. Recurso especial não conhecido’ (STJ, Sexta Turma, Decisão 12/4/1994, DJ 24/6/96, pág. 22.823. rel. Ministro Adhemar Maciel)” (fls. 25/28).

Portanto, verificado que o contrato firmado pelo apelante encontra-se plenamente vigente e eficaz, *pacta sunt servanda*, deve ser aplicado ao presente caso.

Contudo, com relação ao segundo ponto, compulsando os autos verifica-se que o apelante não participou da renegociação do contrato de locação, razão pela qual não lhe pode ser imputada obrigação de adimplemento da majoração sofrida.

Nesse norte, encontra-se a jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“Locação (STJ e TRF, volume 83, pág. 164) — REsp n. 54.723/DF (94.0029506-5) — Sexta Turma (DJ 11/3/1996), rel. Ministro William Patterson, recorrentes: Leoni Vargas de Lima e cônjuge, recorrido: Antônio Honório Pires de Oliveira Júnior, advogados: Drs. Janúncio Azevedo e outros e Diomar Corrêa da Costa Neto.

“Locação. Fiança. Responsabilidade.

“I — Afastadas as prejudiciais de natureza processual, forçoso é reconhecer que a hipótese não se subso-

me à preceituação civil que limita a responsabilidade do fiador.

(...)

“IV — O fiador fica desobrigado se locador e locatário celebram novo contrato de locação ao qual aquele ficou estranho”.

Do corpo do v. acórdão:

“(...) É certo que tenho posição pessoal inadmitindo a interpretação extensiva da fiança, principalmente quando o fiador não participou da alteração contratual, chamada, apenas, na fase de execução”.

Cumpre-me ressaltar que não restou evidenciado nos autos, em momento algum, até a execução, que foram o apelante e sua esposa citados ou que tiveram conhecimento da revisão. Por essas razões há que se dar cumprimento às disposições do artigo 472 do CPC que dispõe:

“Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”.

Conforme já restou decidido pelo egrégio Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro:

“Fiança — Majoração do aluguel — Acordo — Exoneração.

“A cláusula contratual que estipula a subsistência da fiança até a devolução, com a entrega das respectivas chaves, há de ser interpretada restritivamente, como preceitua o art. 1.483 do CC. Na majoração do valor do aluguel por ajuste entre o afiançado e o locador sem participação do fiador, não responde este por obrigação assumida pelo afiançado, extrapolante do contrato, inaplicando exoneração da fiança” (TACiv, RJ, Ac. unân. da 2ª Câm., 10/3/94, Ap. n. 13.656/93, rel. Juiz Carlos Motta).

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para excluir da execução os valores que não foram pactuados ou revistos pelo apelante, mantidas as demais cominações da sentença apelada.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Mazoni Ferreira e Vanderlei Romer. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Sra. Dra. Hercília Regina Lemke.

Florianópolis, 25 de junho de 2001.

Anselmo Cerello,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.011597-5, DE JOINVILLE

Relator: Des. Anselmo Cerello.

Responsabilidade civil — Transporte aéreo internacional — Extravio de bagagem — Danos morais e patrimoniais — Aplicação do Código de Defesa do Consumidor em detrimento à Convenção de Varsóvia — Nulidade das cláusulas que limitam a responsabilidade — Direito à integralidade da reparação — Recurso desprovido.

Destarte, o Código de Defesa do Consumidor estabelece, em seu artigo 51, inc. I, que “há nulidade de pleno direito, entre outras, das cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos”.

Ademais, “o fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República — incisos V e X do artigo 5º, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil” (RE n. 172.720-9, Rio de Janeiro, rel. Min. Marco Aurélio, 6/2/96).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.011597-5, da comarca de Joinville (1ª Vara), em que é apelante American Airlines Inc., sendo apelado Manuel Carlos Maia de Oliveira:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, desprover o recurso.

Custas legais.

Manuel Carlos Maia de Oliveira, devidamente qualificado nos autos, perante a 1ª Vara Cível da comarca de Joinville, ajuizou ação de reparação de danos contra American Airlines Inc.

O autor alegou que em 22/12/95 realizou, juntamente com sua família, uma viagem por via aérea destinada aos Estados Unidos, sendo que tais serviços foram prestados pela requerida. Ressaltou que ao desembarcarem verificou que sua bagagem foi extraviada, o que o levou a passar por diversos constrangimentos, ficando impedido de realizar todos os seus planos. Observou, ainda, que ao retornar ao

Brasil foi informado de que teria direito apenas a uma indenização de U\$ 634,90, a qual não foi aceita pelo autor. Diante do exposto, postulou indenização por perdas e danos materiais no montante de R\$ 2.000,00 e danos morais à razão de 50 salários mínimos.

Citada, a empresa-ré apresentou contestação (fls. 44/47), aduzindo, preliminarmente, que em nenhum momento tratou o passageiro com desrespeito ou pouco caso, enviando-lhe, inclusive, um cheque aferido segundo avaliação dos objetos descritos pelo próprio autor e proporcionalmente aos parâmetros estabelecidos na Convenção de Varsóvia. No mérito, alegou que, segundo referida Convenção, há um limite a ser respeitado, qual seja a indenização por dano material ou moral de 1.000 Direitos Especiais de Saque, requerendo seja estabelecido um valor indenizatório compatível com o extravio da única bagagem e com os parâmetros estabelecidos pela Convenção de Varsóvia.

O autor manifestou-se acerca da contestação às fls. 76/77.

Realizada audiência, restou inexistente a conciliação.

Sentenciando, às fls. 94/99, o MM. Juiz julgou parcialmente procedente o pedido exordial, condenando a requerida a pagar ao autor o valor de R\$ 2.000,00 pelos danos materiais, além do equivalente a R\$ 4.000,00 em razão dos danos morais; e, compensando-se a sucumbência recíproca, condenou a ré ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 20% do valor da condenação, bem como ao pagamento de 2/3 do valor das custas, enquanto que o autor deverá pagar ao patrono da ré o equivalente a 20% sobre a parte do pedido pela qual o autor decaiu, ou seja, a diferença entre o equivalente a 50 salários mínimos e R\$ 4.000,00, além de responsabilizar-se por 1/3 das custas processuais.

Irresignada, a ré apelou (fls. 103/109), asseverando que o transporte aéreo internacional e as relações entre passageiros e transportador, em se tratando de vôo internacional, estão reguladas pela Convenção de Varsóvia, posteriormente emendada pelo Protocolo de Haia; que, em face da legislação aplicável, é exorbitante a indenização ganha pelo apelado; que não ficou comprovada a existência de danos morais.

O apelado não apresentou contra-razões.

É o relatório.

Trata-se de ação de reparação de danos ajuizada por Manuel Carlos Maia de Oliveira contra American Airlines Inc. que, inconformada com a decisão do douto Magistrado que julgou procedente o pedido exordial, interpôs recurso de apelação, sob os seguintes argumentos:

1 – o valor da condenação por danos materiais deve ser reduzido para que possa adequar-se aos limites da Convenção de Varsóvia, legislação correta a ser aplicada ao caso;

2 – não há dano moral a ser indenizado, pois sequer foi juntada prova de sua ocorrência, não podendo decorrer logicamente que o extravio de bagagem possa ter gerado qualquer abalo moral.

Não assiste razão à apelante quanto à aplicação da Convenção de Varsóvia ao presente caso, porquanto, não obstante as regras definidas na Convenção de Varsóvia limitarem o *quantum* indenizatório em caso de dano, os fatos narrados ocorreram em 1995, data em que já vigorava o Código de Defesa do Consumidor que, em seu artigo 6º, inciso VI, assegura “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

Destarte, o Código de Defesa do Consumidor estabelece, em seu artigo 51, inc. I, que “há nulidade de pleno direito, entre outras, das cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos”.

Nesse sentido, o Professor Alberto do Amaral Jr. manifesta-se acerca da invalidade das cláusulas limitativas de responsabilidade nos contratos de transporte aéreo:

“São nulas, nos contratos de transporte de carga, as cláusulas limitativas de responsabilidade do transportador referentes à perda ou avaria da

coisa transportada. O mesmo raciocínio aplica-se ao transporte de pessoas em que certa cláusula estabeleça a quantia a ser paga desde que sobrevenha o dano” (*in Ajuris* 3/98, Edição Especial, pág. 445).

É sabido que o Código de Defesa do Consumidor não revogou a integralidade da Convenção de Varsóvia, entretanto, onde houver evidente conflito, há de prevalecer o primeiro que estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inc. XXXII, e 170, inc. V, da Constituição Federal.

Ora, o caso *sub judice* encontra-se perfeitamente enquadrado dentro dos conflitos tratados pelo Código de Defesa do Consumidor que abrange “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (art. 2º do CDC).

Nessa perspectiva, o passageiro que tem sua bagagem extraviada é consumidor, pois se amolda na definição da lei, configurando-se, entre o passageiro e a companhia aérea, uma relação consumidor/fornecedor do produto ou serviço.

Indubitável, portanto, a prevalência da norma de direito interno, assegurando a indenização integral, contrapondo-se à norma de direito internacional que estabelece um limite indenizatório.

Não obstante os tratados e convenções serem atos de grande relevância jurídica com interesse do país em preservá-los, por sua inegável importância na definição das relações internacionais, suas normas não podem ser sobrepostas à Lei Maior.

Por outro lado, o princípio da especialidade não poderia ser aplicado para justificar a prevalência da norma internacional, visto que o Código de Defesa do Consumidor também é lei especial, pois regula universalmente toda e qualquer relação de consumo. Ademais, deve-se ressaltar que, também pelo critério hierárquico, o Código de Defesa do Consumidor prevalece já que editado nos termos do art. 5º, inc. XXXII, da Constituição Federal.

Nesse sentido, por qualquer dos critérios, seja da especialidade ou hierárquico, sobrepõe-se o estatuto do consumidor.

É da jurisprudência:

“Indenização — Dano moral — Extravio de mala em viagem aérea — Convenção de Varsóvia — Observação mitigada — Constituição Federal — Supremacia.

“O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República — incisos V e X do artigo 5º, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil” (RE n. 172.720-9, Rio de Janeiro, rel. Min. Marco Aurélio, 6/2/96).

E ainda:

“Responsabilidade civil. Transporte aéreo internacional. Extravio de bagagem. Indenização por danos morais e patrimoniais. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Nulidade das cláusulas que limitam a responsabilidade. Direito à integralidade da

reparação. Antinomia de normas da Convenção de Varsóvia e do Código Brasileiro de Aeronáutica, resolvidos pela prevalência do CDC. Inversão do ônus da prova.

“A Convenção de Varsóvia continua vigente exceto no tocante à responsabilidade civil, matéria esta que foi regulada, nas relações de consumo, pelo Código de Defesa do Consumidor” (Ap. Cív. n. 98.008188-2, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Indiscutível, ainda, a aplicação de indenização por danos morais ao caso, porquanto, consoante dispôs o douto Magistrado, à fl. 98:

“(…) entende-se que não se faz necessária uma agressão à personalidade moral do ser humano para que se configure o abalo, cujo ressarcimento tem garantia constitucional. Assim, qualquer violação à tranqüilidade, ao sossego, à paz desejada, sobretudo em viagem de lazer, por aquele que tinha a obrigação do transporte, deve ser justamente indenizada, sendo incontestável o transtorno e a desagradável surpresa que a perda de uma mala, com pertences pessoais, muitas vezes amíúde escolhidos e planejados, causam a qualquer cidadão comum”.

Ademais, intocável o *quantum* estipulado pelo MM. Juiz, a título de danos morais, que levou em consideração tanto o caráter compensatório como o punitivo inerentes ao dano moral.

Como compensação, a fixação do dano moral objetivou propiciar à víti-

ma um recebimento pecuniário que fornecesse algum grau de conforto, amenizando os constrangimentos injustamente causados, enquanto que o caráter punitivo visou a reprimir o causador dos danos de maneira que pudesse inibi-lo de cometer atos idênticos.

É o entendimento deste egrégio Tribunal Catarinense:

“Danos morais. *Quantum*. Estipulação. Apreciação das circunstâncias do caso concreto. Valor adequado. Recurso desprovido.

“A estipulação do valor da reparação pelo dano moral cabe ao juiz, que o arbitrará consoante seu prudente arbítrio, 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 ilícito, tampouco que seja inexpressiva a ponto de não atender aos fins a que se propõe” (Ap. Cív. n. 99.017662-2, de Içara, rel. Des. Sérgio Paladino).

Diante do exposto, desprovejo o recurso interposto e mantenho, assim, todas as cominações legais.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Mazoni Ferreira e Monteiro Rocha.

Florianópolis, 29 de maio de 2002.

Anselmo Cerello,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.018329-7, DE SÃO JOSÉ DO CEDRO**Relator: Des. Gaspar Rubik**

Seguro — Incêndio fortuito — Perda total dos bens imóvel e móveis segurados — Pagamento de indenização inferior ao contratado e previsto na apólice para a hipótese — Transação não devidamente formalizada — Simples declaração firmada pelo segurado, concordando com o valor pago, sem passar plena, geral e irrevogável quitação — Má-fé do segurado por superestimação do valor dos bens não comprovada — Imprestabilidade, para tanto, de orçamentos da seguradora e do segurado com valores desproporcionados para reposição dos bens — Prevalência do valor estimado na apólice, sobre o qual cobrado o prêmio, não infirmado pela seguradora anteriormente à data da ocorrência do evento danoso, seu termo final — Aplicação do art. 1.462 do CC — Direito do segurado à diferença do valor — Ação de cobrança procedente — Sentença confirmada — Recurso desprovido.

A perda total, em incêndio, de bens segurados, imóvel e móveis que o guarnecem, deve ser indenizada integralmente pelo valor pelo qual se os estimou e houve prefixação na apólice, na forma do art. 1.462 do Código Civil, não sendo mais dado à seguradora, após o sinistro, valer-se do permissivo do art. 1.438 do mesmo digesto, exce-tuada, evidentemente, a prova da má-fé do segurado, da qual ali não cuidou o legislador.

Não pode ser considerado transação o escrito particular rotulado como simples “declaração”, subscrito exclusivamente pelo segurado, sem testemunhas, no qual acorda simplesmente em receber, sem passar plena, rasa, geral e irrevogável quitação, valor muito inferior ao previsto na apólice para a perda total de imóvel sinistrado, porquanto ausente requisito essencial exigido como efeito da obrigação (Título II do Código Civil), inexistindo reciprocidade de sacrifícios e benefícios ou de equivalência de concessões.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.018329-7, da comarca de São José do Cedro, em que é apelante Companhia de Seguros Aliança do Brasil, sendo apelada Leci Fátima Uliana:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por maioria de votos, desprover o recurso.

Custas de lei.

Na comarca de São José do Cedro, Leci Fátima Uliana promoveu ação

ordinária de cobrança contra BrasilSeg Seguradora do Brasil S.A., objetivando haver desta o pagamento da quantia de R\$ 23.949,21 com os acréscimos de lei, alegando, em síntese, que celebrou com esta contrato de seguro contra incêndio de sua residência, abrangente do prédio e móveis que o guarneciam, pelo valor total de R\$ 38.500,00 para o caso de perda total dos bens, e que tendo ocorrido o sinistro com essas proporções, limitou-se ela a pagar-lhe tão-somente a importância de R\$ 14.550,79.

Citada, a demandada, com sua nova denominação de Companhia de Seguros Aliança do Brasil, apresentou oportuna contestação instruída com inúmeros documentos em que, na busca pela improcedência do pedido, esclareceu que, em cumprimento ao disposto no subitem 9.2 das condições gerais do seguro Ouro Residencial contratado, foi indenizado ao segurado, após levantamento dos prejuízos causados com o sinistro, efetuado por empresa expressamente contratada para tanto, o valor do imóvel e do seu conteúdo, descontado o valor de depreciação referente à sua idade, valor este que, se reconstruísse aquele ou comprasse novos bens dentro de 180 dias após o recebimento da indenização, também lhe seria restituído. Argumentou, outrossim, que a demandante concordou em receber dito valor, que é aquele que reconhece ter-lhe sido pago, e que o foi por meio de termo identificado na doutrina como transação que, por não ter ocorrido qualquer das condições expressas no art. 1.030 do CC para se dar sua rescisão, produziu efeito de coisa julgada entre as partes.

À réplica seguiu-se inexistosa audiência conciliatória, ao encerramento

da qual chamou o MM. Juiz de Direito os autos para si, por entender ser caso de julgamento antecipado, e, em gabinete, proferiu sentença acolhendo integralmente o pedido formulado.

Irresignada, a seguradora apelou, na pugna por reverter integralmente esse desfecho que lhe foi totalmente desfavorável insistindo, em resumo que se faz de seu longo arazoado, em que a apelada, pelo pagamento que recebeu pela transação perfeita e acabada, que cobriu com sobras o valor dos bens segurados, e lhe foi feito em estrita observância às disposições dos arts. 1.435 e seguintes do CC, deu-lhe plena e geral quitação pelo contrato, nada mais podendo lhe exigir. Aduziu que a manutenção da sentença, que diz tê-la condenado em valor superior ao do bem, promovendo um autêntico enriquecimento ilícito desta, importará, conseqüentemente, em afronta aos arts. 1.025 e 1.030 do mesmo diploma substantivo, e § 5º, incs. II e XXXVI, da Constituição Federal, cujos dispositivos prequestiona para o caso de vir a ser confirmada. Sustentando má-fé da seguradora quando da contratação por superestimação do valor dos bens, dispôs-se a restituir, invocando o disposto no art. 1.438 do CC, que diz aplicável ainda nesta fase por força do art. 1.462 do mesmo digesto, a parcela do prêmio cobrada a mais, bem como a pagar o valor de R\$ 3.637,70 descontados em função da depreciação dos bens sinistrados na forma do subitem 9.2 das condições gerais do contrato, apesar de não ter a recorrida comprovado a reconstrução e reaquisição dos bens sinistrados.

Contra-razões ofertadas, ascenderam os autos.

É o relatório.

A irresignação, na qual a recorrente chega a suscitar algumas questões novas que não debateu na instância originária, das quais, a rigor, não se poderia conhecer, por afrontarem o princípio do duplo grau que o art. 517 do CPC visa a preservar, não procede.

Com efeito, pois aquelas matérias que acanhadamente levantou em primeiro grau, nas quais em momento algum cogitou de ter sido criminoso o incêndio, até porque restou incontroverso, das investigações e perícias previamente realizadas, que foi acidental, foram muito bem analisadas e correta e criteriosamente equacionadas na bem lançada-sentença do culto Juiz Yhon Tostes, que, por isso, não está a padecer de reparo algum, pouco a ela se podendo acrescentar.

A principiar pelo enfoque que S. Excia. deu ao escrito que a apelante quer equiparar a uma transação, mas que transação evidentemente não é, por faltar-lhe essenciais requisitos para que se o tenha como tal. Na verdade, referido documento não foi mais do que uma singela “declaração”, tal como rotulado (v. fl. 84), que foi subscrita exclusivamente pela apelada, sem a presença de testemunhas instrumentárias, pela qual limitou-se ela a manifestar seu pleno acordo com a quantia que lhe foi ofertada a título de ressarcimento dos prejuízos que sofreu com o incêndio, sem passar, contudo, como é sustentado ao início do arrazoado recursal (fl. 157), plena e geral quitação pelo contrato. E com isso deixou uma brecha que lhe permitiu buscar legitimamente a diferença do valor prefixado contratualmente, o que, aliás, lhe ficou assegurado no segundo parágrafo

da maisinada declaração, por uma redação dúbia desta que oportuniza dupla interpretação.

Mas, como consignou o douto Sentenciante na jurígena sentença que lavrou, “no tocante à transação realizada — e não acordo que é apenas elemento constitutivo daquele instituto do direito das obrigações — entre as partes após o ocorrido sinistro, entendo ser esta nula pois implicou na renúncia e disposição de direito da parte da seguradora.

“Não se pode olvidar, à luz do art. 1.025 do Código Civil, que a ‘transação é um negócio jurídico bilateral através do qual as partes previnem ou extinguem relações jurídicas duvidosas ou litigiosas, por meio de concessões recíprocas, ou ainda em troca de determinadas vantagens pecuniárias’ sendo que ‘a quase totalidade dos códigos e escritores encara a transação como um contrato, sendo poucos os que se opõem a tal ponto de vista’ (*apud* Direito Civil, Silvio Rodrigues, vol. 2, Editora Saraiva, 16ª edição, 1986, págs. 259/260).

“Hodiernamente, as relações contratuais devem ser sempre analisadas também sob a ótica do Código do Consumidor, que trouxe modificações substanciais na esfera do direito civil pátrio.

“Assim, diz o art. 51, I, do Código do Consumidor:

‘Art. 51 – São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

‘I – impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza

dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos...”.

Por oportuna, intercala-se aqui, por sua clareza e porque dela não se afastou o espírito do código consumerista, a lição do imortal Washinton de Barros Monteiro (Curso, 6ª ed., Saraiva, 1970, 4º vol. , 1ª parte, págs. 340/341), quando pontifica que “se apenas uma das partes cede, tratar-se-á de renúncia, desistência ou doação, não, porém, de transação. Não poderá destarte catalogar-se como ato dessa natureza aquele que só outorgue vantagens a uma das partes e sacrifícios à outra. Exige-se reciprocidade dos benefícios e sacrifícios, posto de rigor não seja, naturalmente, a equivalência das concessões”.

E prossegue, repleto de razão, o autor do decreto verberado:

“Ora, evidentemente a ré era parte extremamente hipossuficiente na relação estabelecida entre os litigantes, sendo um absurdo a renúncia do direito que a mesma possuía de se ver ressarcida dos valores totais constantes da apólice.

“Qual a vantagem para a segurada? Quais as desvantagens para a empresa seguradora? Onde ficou o princípio da equidade e equilíbrio contratual?”

Naturalmente que estas são indagações que não precisam sequer ser respondidas, tal a obviedade que delas decorre.

A apelante, no entanto, mesmo assim ensaiou uma resposta (fl. 158), ao dizer que com o recebimento dos R\$ 18.188,49 ofertados a apelada teria vantagem, visto que não precisaria ingressar em Juízo para cobrar o seguro, enquanto que ela, apelante, pode-

ria efetuar o pagamento, eis que o valor transacionado se equiparava ao valor do bem sinistrado que, diga-se de passagem, uma minúscula casa de madeira que sequer banheiro tinha.

Mas — indaga-se também aqui — que grande vantagem esta, se comparada com o que deixaria ela, apelante, de pagar, apesar de já haver cobrado e recebido o prêmio referente também a essa parte?!

De se estranhar até que, no afã de depreciar o bem segurado, a ele se refira agora com esse, de certo modo, tom de desdém, que bem demonstra que sua preocupação maior é somente conseguir mais e mais adesões de seus correntistas aos seguros que administra, e menor com a substância dos contratos que celebra, pois aquele de que dão notícia os autos (fls. 9 e 83) é paupérrimo em relação às características do bem segurado, não se referindo sequer à sua metragem e a seus cômodos. A propósito, foi certamente a apelante, por seu preposto, como sói acontecer na espécie, quem preencheu seus claros datilograficamente, inclusive com os valores estimativos e aproximados atribuídos aos bens segurados. E se o foi, e não há prova de que a estimativa foi exclusiva da recorrida, ou se simplesmente os aceitou, não parece justo que agora reclame, e muito menos acuse a segurada de ter agido de má-fé por superestimação. Chega, aliás, a ser contra-senso querer justificar a não realização, na época da contratação, de uma inspeção para aferir o real valor do imóvel, com o argumento de que seu alto custo encareceria o prêmio, que preferiu receber com base naquele que lhe foi atribuído e aceito aleatoriamente, mas realizar, após registrado o sinistro, uma perícia

bem mais completa, complexa e muito mais dispendiosa, e não apenas com o mesmo propósito, senão com o de, principalmente, não honrar o pagamento da indenização correspondente ao do prêmio que não teve pejo em receber e quer, inclusive, porém tardiamente, se lhe assegure, com base nos arts. 1.462 c/c 1.438 do CC, o direito que não mais lhe pode ser reconhecido, de devolver o excedente.

Realmente, pois acerca do assunto assim já se pronunciou, em mais de uma oportunidade, a colenda Corte Superior de Justiça:

“Quando ao objeto do contrato de seguro voluntário se der valor determinado e o seguro se fizer por esse valor, e vindo o bem segurado a sofrer perda total, a indenização deve corresponder ao valor da apólice, salvo se a seguradora, antes do evento danoso, tiver postulado a redução de que trata o art. 1.438 do Código Civil, ou se ela comprovar que o bem segurado, por qualquer razão, já não tinha mais aquele valor que fora estipulado, ou que houve má-fé, o que não se deu na espécie” (RE n. 63.543/MG, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. un. de 10/12/97, in DJU de 16/3/98, *apud* RSTJ, n. 105, pág. 323).

Do corpo desse r. aresto destaca-se:

“...mas evidentemente que essa exigência tem que ser feita antes de ocorrer qualquer dano sobre o objeto segurado, salvo, evidentemente, se o segurado houver obrado de má-fé, o que não se cogitou na hipótese em análise.

“Não fora assim, a seguradora desfrutaria do privilégio de receber um prêmio maior e só faria a sua redução

depois, se eventualmente ocorresse um evento danoso a afetar o bem segurado”.

Ora, o que a apelante concluiu, pelas investigações periciais que realizou após o funesto acontecimento, foi que o imóvel e os móveis que o guarneciam não valiam o *quantum* que lhes foi atribuído, e não que, por alguma outra razão superveniente, já não tinham mais aquele valor. Tampouco, repita-se, comprovou que foi a apelada quem superestimou aqueles valores e que, em assim agindo, o teria feito de má-fé.

Aliás, sendo por demais conhecido o modo como se processam essas propostas de seguro, e público e notório que os valores dos bens segurados são lançados aleatoriamente por estimativa, resulta evidente que aqueles levantados na investigação procedida pela apelante e amostrados em simples orçamentos não se prestam, só por si, sem melhor prova a referendá-los, para comprovar, *estreme* de dúvida, que aquele, e não o contratado, é o real, ainda mais que esbarram em prova igual, ou seja, orçamentos também levantados pela seguradora, que os acusam até bem mais elevados, e dos quais ela, apelante, a seu bel-prazer, cortou vários itens simplesmente por com eles não concordar. Por sinal, com relação ao mobiliário, sua atitude é causa de pasmo, pois além de também reduzir o valor pelos quais segurados, aplicou, sobre aquele que estabeleceu a seu talante, redutor em percentual igual a 20% a título de depreciação, ao simplório, inconcebível e desconfortado argumento, que igualmente não se preocupou em levantar quando da aceitação da proposta e do recebimento do prêmio, de ser *fisicamente impossível*

acondicionar dentro de uma casa de 54 m² a quantidade de bens sinistrados relacionados, que, estimando-se o padrão de vida do segurado e sua família, considerou verdadeiro absurdo.

O assunto não escapou, de certa forma, ao arguto Magistrado a quo quando assim assertivou:

“A seguradora cobrou os valores constantes na apólice, aceitou a indicação ofertada pela segurada ou pelo agente segurador (não faz diferença eis que é preposta), e agora, quando operou-se o prejuízo, aciona toda a máquina administrativa na tentativa vergonhosa de alegar que há ‘enriquecimento sem causa’ pelo fato de os valores dos bens segurados serem menores do que os indicados na relação negocial.

“Interessante ressaltar que as empresas seguradoras só se apercebem destes detalhes após os sinistros, pois passam anos recebendo os valores do seguro sem indagar nada, esquecendo-se também de que sua atitude configura indubitavelmente um enriquecimento sem causa.

“Após a aceitação dos valores, compete à empresa seguradora — quando do sinistro — única e exclusivamente dar a cobertura total dos prejuízos encontrados na apólice eis que esta tem a função de fixar os danos.

“Em caso análogo, pronunciou-se o egrégio Tribunal de Justiça Catarinense:

‘Apelação cível. Contrato de seguro. Transação. Inocorrência. Recibo firmado pelo segurado, dando quitação integral da dívida. Irrelevância.

‘A quitação ‘plena, geral e irrevo-gável’ dada pelo segurado à empresa

seguradora não deve subsistir no caso de inadimplência contratual parcial desta e nem serve de obstáculo ao ingresso em juízo visando à complementação do valor pago, pois contraria o espírito de defesa do consumidor que impregna o direito hodierno.

(...)

‘Recurso desprovido’.

“Do corpo do respeitável aresto, tomo a liberdade de extrair:

‘As relações entre seguradoras e segurados incluem-se no âmbito das relações de consumo, *ex vi* do art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor e, portanto, a interpretação das cláusulas contratuais deve se dar à luz do referido diploma.

‘Se pelas regras do vetusto Código Civil o documento de fl. 12 exonera a seguradora do pagamento de qualquer quantia além daquela equivalente ao valor de mercado do automóvel roubado, a mesma interpretação não pode ser aceita frente ao que dispõe a Lei n. 8.078/90, pois, conforme defendi em monografia publicada pela Editora Consulex, aqui ‘o legislador propositamente, desigualiza os figurantes das relações de consumo em razão das desigualdades econômicas existentes entre fabricantes, produtores, importadores, fornecedores e os consumidores. Voltou, assim, o legislador a repensar tal situação, estratificando, na nova lei, condições protetivas para contrabalançar a posição do mais fraco, coibindo e limitando as ações lesivas, regulando as relações nos planos extracontratual e contratual, entre outras’ (Código do Consumidor Comentado, 1ª ed., 1991, pág. 84).

‘Sendo o segurado a parte economicamente mais fraca, não se poderia dele exigir que recusasse o valor oferecido pela seguradora logo após a perda do seu automóvel, sob pena de ter que ingressar em juízo e aguardar a solução do litígio, para, só então, receber o valor constante da respectiva apólice. Assim, para amenizar, pelo menos um pouco, o seu prejuízo, optou por receber a quantia que lhe foi oferecida à época, assinando o recibo que lhe foi apresentado. Em seguida, acionou a máquina judiciária no intuito de receber a complementação do valor que entende lhe é devida, devendo a ‘quitação’ ser considerada como referente apenas ao valor já pago pela seguradora.

‘De qualquer forma, a ‘transação’ de fl. 12 não pode ser interpretada como pretende o apelante, vez que efetivada apenas em seu benefício, atenuando sua responsabilidade contratual, restringindo as obrigações inerentes à natureza do contrato de seguro e colidindo com o sistema de proteção ao consumidor (art. 51, incisos I e XV, e § 1º, inciso II, do Codecom) (in TJSC, Ap. Cív. n. 97.012416-3, de Blumenau/SC, rel. Des. Silveira Lenzi, j. 16/12/97)’.

(...)

‘O que não se pode admitir, de todo, é que beneficiada com o sinistro total, verificado nas condições admitidas na hipótese em estudo, viesse a ser a Companhia, como se o incêndio, por exemplo, tivesse se verificado em uma ocasião em que a casa estava desprovida de todo e qualquer sortimento, pois a presunção é que alguns objetos devessem ali existir, desde que a casa estava em

pleno funcionamento. Quer dizer: ‘a admitir-se o rigor dos que negam, em casos tais, a obrigação de indenização de qualquer quantia ao segurado, aceita-se, evidentemente, como consequência, uma forma de extinção do contrato, que não está na lei, nem na vontade, ainda que presumida, das partes. A questão toda versa em precisar o montante dos prejuízos, para saber que quantia a Companhia fica obrigada a indenizar. É uma mera questão de prova, que, dadas as circunstâncias anormais do caso, exclui a possibilidade de qualquer rigor, devendo, ao contrário, ser julgada suficiente, desde que encontre fundamento razoável em presunções excludentes de qualquer má-fé da parte do segurado’ (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. XIX, 9ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1977, págs. 359/360).

“Diante deste quadro, percebe-se claramente que se a empresa Seguradora não rescindiu o contrato na forma inculpada no art. 1.438 do Código Civil, deve arcar com os prejuízos constantes na apólice.

“Neste norte é o entendimento pretoriano:

‘Contrato de seguro. Incêndio. Indenização devida.

‘Admitidos pela seguradora os valores indicados na proposta de seguro e se os incluindo na apólice, sem discriminação dos bens que guarneciam a casa, tais valores estão validados, mesmo porque utilizados pela seguradora para a cobrança dos prêmios pertinentes, sem qualquer oposição. Configurado o incêndio como total, sem salvados, o ônus de provar o alegado menor prejuízo do

segurado é da seguradora, por ter-se omitido, na época oportuna, de realizar a prévia vistoria e não se utilizar da faculdade prevista no art. 1.438 do CC. Apelação improvida’.

“No corpo do brilhante acórdão, extrai-se a seguinte e correta observação:

‘A apelação da seguradora limita-se a um único fundamento: ‘O segurador deve responder pelo valor dos bens por ocasião do sinistro e não por ocasião do contrato, cabendo ao segurado a demonstração dos prejuízos que sofreu com o sinistro, o que não ocorreu no caso dos autos’. Nenhuma alegação séria de que o valor somado das importâncias seguradas — que admito fossem o imóvel e os móveis que o guarneciam — seja excessivo, por indicado o valor pelo próprio segurado. A seguradora recebeu o prêmio correspondente e, oportunamente, não impugnou os valores segurados, pois não se utilizou da faculdade indicada no art. 1.438 do CC. Os valores segurados estão, assim, validados por concordância tácita da seguradora”’.

Por fim, apesar de indubitado que houve a destruição total da residência segurada e do mobiliário que abrigava ela em seu interior, também garantido pelo contrato, pois as perícias realizadas assim o atestam, reportando-se, inclusive, a vestígios de material escolar dos filhos da apelada como indicativos de que o sinistro foi acidental, a apelante, ainda assim, mesmo reconhecendo, no relatório de regulação do sinistro, essa situação de perda total, limita-se, simples e muito comodamente, a aplicar também um redutor de 20% sobre o valor

do imóvel, a título de depreciação pela sua idade, uso e/ou estado de conservação, cuja postura, essa sim, não está a corresponder com a mais estrita boa-fé que devem, não só os segurados, mas principalmente as seguradoras, manter nos contratos da espécie, pois busca ela reduzir o valor da indenização previamente estabelecida com base em fatores que não questionou quando da contratação ocorrida apenas seis meses antes, tempo, aliás, demais exíguo para se minimizar, principalmente porque sem demonstração concreta do mau uso do bem, tão altamente o seu valor que, se mantida tal progressão percentual, ficaria reduzido a zero no curto espaço de mais dois anos.

Em suma, e ante todo o amplamente exposto, se por um lado, por não se reconhecer como caracterizada a transação alegada, não se tem por afrontados os dispositivos legais que a apelante prequestiona, por outro, com a manutenção da sentença recorrida, que determinou o pagamento do montante segurado, não há, porque não provado que os bens valem menos do que o valor pelo qual foram garantidos, nem, tampouco, que a segurada foi quem os lançou ou que foram superestimados por ela, como se reconhecer seu enriquecimento ilícito ou sua atuação de má-fé. Prejudicada resta, ainda, com a confirmação do julgado, a pretensão da apelante, porque serôdia, de se predispor em restituir parte do prêmio recebido, bem como de pagar tão-somente o valor da depreciação apurada pela aplicação do redutor.

Nega-se, conseqüentemente, por essas razões, provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello.

Florianópolis, 28 de setembro de 2000.

Mazoni Ferreira,
Presidente para o acórdão com voto
vencido;
Gaspar Rubik,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira

Dissenti da doutra maioria porque, em meu entender, o imóvel sinistrado não valia a quantia descrita na apólice de seguro (R\$ 37.500,00). Nos autos há informações de que a residência do segurado era construída toda em madeira e medindo não mais do que 54m² (fls.

11/15). Registre-se, outrossim, até pelas descrições fornecidas pelo perito criminal da Polícia Civil e pelos oficiais do Corpo de Bombeiros, que a casa não apresentava feições de sofisticação, muito pelo contrário possuía uma estrutura simples e sem nenhum tipo de adorno (forro e assoalho de madeira, telhado de zinco etc.).

Dessa forma, entendi ser mais do que justa a quantia paga administrativamente pela seguradora (R\$ 14.550,79), máxime existirem nos autos orçamentos justificando que a residência sinistrada não valia R\$ 37.500,00.

Isso posto, posiciono-me no sentido de dar provimento ao recurso de apelação.

Mazoni Ferreira.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.003430-4, DA CAPITAL

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Monitória. Cheques prescritos. Companhia de fomento mercantil (factoring). Ausência de notificação. Irrelevância. Descumprimento da obrigação. Julgamento antecipado. Cerceamento de defesa.

Se não foi efetuado pagamento nem ao cedente nem ao cessionário é irrelevante para a cobrança a ausência da notificação, já que seu propósito é apenas o de proteger o devedor de pagar duas vezes o mesmo crédito.

No contrato de factoring, ao assumir a cobrança dos negócios realizados pela empresa faturizada, a faturizadora responde às mesmas objeções que seriam oponíveis àquela.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.2000.003430-4, da comarca da Capital, em que é apelante Lauro Arcanjo Luiz e apelado Labor Consultoria e Fomento Mercantil Ltda.:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas legais.

1. Trata-se de apelação interposta por Lauro Arcanjo Luiz em face da sentença que julgou os embargos à ação monitória movida por Labor Consultoria e Fomento Mercantil Ltda.

O Dr. Juiz de Direito, em julgamento antecipado da lide, proveu parcialmente os embargos, determinando que os cheques fossem corrigidos monetariamente desde a emissão e incidam juros de 0,5% ao mês. Considerou ser irrelevante a discussão sobre a *causa debendi*, por não ser o cheque título causal, e, ainda, tratar-se o autor de terceiro possuidor de boa-fé, não figurando como parte no negócio que originou a dívida. Condenou o embargante ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios arbitrados em 15% sobre o valor atualizado da dívida.

O apelante, em sua insurgência, alegou que o julgamento antecipado representou cerceamento de defesa. Aduziu que a causa da emissão dos cheques foi a entrega de casa pré-fabricada, e que o contratado descumpriu o acordo, motivo pelo qual foram sustados os pagamentos. Alegou que a empresa contratada, após

ver-se impedida de descontar os títulos, trocou-os por dinheiro na empresa do apelado. Informou que foi oferecida denúncia contra o sacado como incurso no artigo 171 do Código Penal. Ressaltou que a empresa apelada não tomou a devida cautela ao receber os cheques e que deixou de notificar o sacado, como dispõe o artigo 1.069 do Código Civil. Argumentou que o contrato de *factoring* foi firmado com pessoa física, quando a empresa somente negociava com pessoas jurídicas, evidenciando-se que a autora agiu de má-fé. Pugnou, ao final, pelo provimento do recurso para que seja anulada a sentença.

Nas contra-razões, o apelado manifestou-se pelo desprovimento do recurso. Aduziu que o apelante age de má-fé ao insinuar que o autor teria sido partícipe em operação fraudulenta. Considerou que a matéria *sub judice* é de direito, pois o cheque é título abstrato e as objeções relativas ao negócio jurídico subjacente não podem ser opostas contra terceiro de boa-fé, pelo que o julgamento antecipado da lide não implicou cerceamento de defesa.

2. Dá-se provimento ao recurso.

2.1. É irrelevante a ausência de notificação da cessão do crédito para ajuizamento de ação monitória.

Inicialmente é de se observar que não se trata de operação de cessão de crédito, mas de faturização, instituto peculiar, como se tratará adiante. Todavia, ainda que se tratasse de simples cessão do crédito, a ausência de notificação não prejudicaria o direito posto em causa.

A exigência de notificação do art. 1.069 do Código Civil visa a proteger o devedor de adimplir duas vezes a mes-

ma obrigação. Assim, se o devedor, não notificado da cessão, paga ao cedente e não ao cessionário, exonera-se da obrigação, como dispõe o artigo 1.071 do Código Civil.

Como afirmou-se em decisão no Superior Tribunal de Justiça:

“A ausência de notificação restringe os efeitos da cessão civil de crédito ao cedente e cessionário. A providência, que deve assumir a forma escrita, pública ou privada, visa tão-somente assegurar a eficácia da transmissão do direito ao devedor da obrigação” (REsp n. 317.632/MG, rela. Min. Nancy Andrighi, j. 18/12/2001, *in* DJ 25/3/2002).

A ausência de notificação, de outra parte, não invalida o ato de cessão, por ser este independente da vontade do devedor. É parte legítima para cobrar o crédito o portador que apresenta o cheque, ressalvado o direito do devedor de, não notificada a cessão, pagar o valor da dívida ao cessionário, eximindo-se, nesse caso, de qualquer obrigação. Na lição de Carvalho Santos, “a falta de notificação não impede, por outro lado, que o cessionário pratique todos os atos conservatórios do crédito que lhe foi cedido” (Código Civil brasileiro interpretado, 12ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1989, pág. 361).

2.2. Cassa-se a decisão por cerceamento de defesa.

Pelo procedimento monitorio veicula-se a pretensão de satisfazer-se crédito amparado em prova documental. Na dicção de Fernando César Zeni, “tal procedimento não foge à regra do art. 333, I e II, do Código de Processo Civil. Ao autor, a necessária apresentação da prova escrita e ao réu os fatos

impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Existe na ação monitoria, diversamente do que ocorre nos embargos do devedor, a repartição do ônus probante, daí os embargos no procedimento injuncional constituírem-se, pura e simplesmente, afastada a equivocada terminologia utilizada, em mera contestação” (Aspectos polêmicos da ação monitoria. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 91, ano 23, jul./set. 1998, pág. 275).

No Tribunal de Justiça do Estado do Paraná averbou-se:

“Para o exercício da ação monitoria basta que o credor exhiba qualquer documento escrito que represente um crédito não revestido de eficácia executiva. Lastreando-se a dívida em cheques prescritos, compete à parte autora demonstrar a sua origem, se contestada a sua existência, pois neste caso as cártulas servem apenas como início de prova escrita e base fática da pretensão de direito material, passível de ser elidida por prova em contrário” (Ap. Cív. n. 0112506000, rel. Des. Ivan Bortoleto, j. 26/3/2002).

Não se deve objetar a isso que o cheque encontra-se em mãos de terceiro de boa-fé, contra o qual não seriam oponíveis fundamentos relativos à origem da dívida. Em primeiro lugar, porque, como se frisou, trata-se de procedimento monitorio, não de ação executiva. Em segundo, porque não houve a simples cessão de crédito ou o endosso do título, mas sim foi firmado contrato de faturização, ou de fomento mercantil, com a empresa apelada, que exerce atividade comumente designada como *factoring*.

O contrato de fomento mercantil não se confunde com a cessão de crédito do direito civil, tampouco com o endosso. Trata-se de atividade comercial, que obedece a regras próprias, não podendo se tratar o faturizador como um completo estranho aos negócios que originaram as faturas cobradas.

A matéria não se encontra devidamente regulamentada no direito pátrio, a despeito da ampla utilização deste tipo de contrato. No Projeto de Lei do Senado n. 230, de 1995, que procura ordenar a matéria, averbou-se, na exposição de motivos, que “a atividade de fomento mercantil — *factoring* —, embora comumente praticada no País, ainda não se encontra disciplinada pela lei, o que tem gerado algumas distorções nessa prática comercial” (texto disponível em <http://www.senado.gov.br/web/senador/jofog/factoring.htm>, acessado em 19 de julho de 2002).

A atividade, contudo, já recebeu tratamento legal, no revogado artigo 28 da Lei n. 8.981, de 20 de janeiro de 1995, que definiu, em seu art. 28, § 1º, a atividade de *factoring* como “prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços”.

Segundo Ives Gandra Martins, “o que existe numa operação de *factoring* não é um financiamento, mascarado de cessão de crédito. Pressupõe o instituto a prestação de serviços, que deve ter por consequência a com-

pra dos direitos das vendas de um produto ou de uma mercadoria. Não se pode, portanto, definir o *factoring* como uma simples cessão de crédito” (Regime legal das empresas de *factoring*. *Revista jurídica*. Porto Alegre: Síntese. Ano XLV, n. 240, out. 1997, pág. 6).

A faturização pressupõe a realização de contrato de compra a prazo ou prestação de serviços. A empresa de *factoring* não responde por inadimplemento por parte do cedente do crédito, mas é à parte que descumpra a obrigação que incumbe o pagamento da dívida, sob pena de se institucionalizar o enriquecimento ilícito. A faturizadora assume os riscos de não ver satisfeito o crédito, sem direito de regresso, se não houve culpa do faturizado. Porém, se a entrega da mercadoria, ou a prestação do serviço, não se realizou, e mesmo assim foi transferido o direito de cobrança, responde a empresa faturizada pelo crédito transferido.

Como professa Fábio Konder Comparato:

“Com efeito, a transferência de créditos se opera de modo definitivo, sem direito de regresso. Basta que os créditos sejam certos quanto à sua existência, lícitos quanto à sua origem e regulares quanto às suas formalidades. Mas o *factor*, como o segurador de crédito, não assume obviamente a garantia dos chamados riscos técnicos, isto é, a ocorrência de eventos que configurem um inadimplemento por parte da empresa cedente dos créditos perante o seu cliente tal como instituído no art. 8º da Lei n. 5.474, de 18/7/1968: I – (...) II — vícios, defeitos e diferenças na qualidade ou na quan-

tidade das mercadorias vendidas, ou nos serviços executados; III — divergências nos preços ou nos prazos ou nos preços contratados” (*Factoring*. Revista de direito mercantil, São Paulo. Revista dos Tribunais, Ano XI, n. 6, pág. 60).

No tratado firmado entre diversos países na Convenção de Ottawa sobre *Factoring* Internacional, realizada em 1988, estipulou-se, no art. 9º, que numa demanda do faturizador contra o devedor, em que o título se vincula a uma venda de mercadoria feita pelo faturizado, o devedor poderá se defender como se a exigência do débito fosse feita pelo próprio faturizado (“*Article 9. 1. In a claim by the factor against the debtor for payment of a receivable arising under a contract of sale of goods the debtor may set up against the factor all defenses arising under that contract or which the debtor could have availed itself if such claim had been made by the supplier*”).

No direito brasileiro, não há de se assumir orientação diversa. Vê-se que a empresa de *factoring* não se posiciona como um terceiro estranho ao negócio subjacente. Sua atividade consiste na compra dos direitos de crédito da faturizada para sua posterior cobrança. Pressupõe a realização do negócio jurídico. Neste condão, os fatores extintivos ou modificativos de direito, que seriam oponíveis ao faturizado, são oponíveis à faturizadora, sob pena de se legitimar a atividade de *factoring* como instrumento de enriquecimento ilícito para empresas que descumprem seus contratos.

Nessa senda a decisão proferida no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Ação monitória. Contrato de *factoring*. Cheques. Discussão sobre origem do crédito. Ônus da prova. Embora não se tenha como vedada a aquisição de cheques, através de contrato de *factoring*, é ônus da faturizadora confirmar e comprovar que os mesmos tenham origem em venda mercantil ou prestação de serviços, não se prestando aqueles que foram cedidos como forma de garantia de transações a esse tipo de negociação” (Ap. Cív. n. 70002178762, rela. Desa. Elaine Harzheim Macedo, j. 6/3/01).

No mesmo esteio, decidiu-se no Superior Tribunal de Justiça:

“Frustrada a expectativa do cessionário de títulos, por força de contrato de *factoring*, de receber o respectivo valor, por ato imputável ao cedente, fica esse responsável pelo pagamento” (REsp n. 43914/RS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 28/11/1995).

Na presente demanda, o réu alegou que o faturizado deixou de entregar a casa pré-fabricada, trazendo fotos do terreno em que ela deveria estar e pedindo a ouvida de testemunhas. A lide foi julgada antecipadamente, nos termos do artigo 330, I, do CPC, entendendo o digno Magistrado *a quo* ser a matéria exclusivamente de direito. Sobre a hipótese de incidência deste dispositivo, comentou Pontes de Miranda:

“Pode acontecer que o réu não negue a alegação ou as alegações sobre fatos, e só a *quaestio iuris* ou as *quaestiones iuris* sejam objeto do julgamento. Quase sempre é quanto à existência ou inexistência de determinada regra jurídica, ou de ter ou não mais ter vigência, ou sobre os elementos necessários ao seu supor-

te fático” (Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, Forense, 1996, págs. 229/228).

Contudo, como se expôs, é condição da exigibilidade do crédito cobrado que se tenha procedido à entrega da mercadoria, tal qual contratado. Trata-se de matéria de fato, que depende da análise de provas.

No procedimento monitorio, sendo assegurada a ampla defesa ao devedor e havendo indício da insubsistência do crédito cobrado, merece a sentença ser cassada para que, prosseguindo-se a instrução, seja oportunizado às partes produzirem as provas necessárias para se averiguar se houve cumprimento da obrigação por parte do faturizado. Ressalte-se que o ônus da prova do cumprimento da obrigação é do autor da monitoria, afinal, é

inadmissível que se cobre do embarcante a produção de prova negativa. Exime-se o embarcante do pagamento dos valores expressados nos cheques se houve inadimplemento culposo por parte da empresa faturizada.

3. Em face do exposto, dá-se provimento ao recurso, cassando-se a sentença para oportunizar-se a produção da prova da realização do negócio subjacente.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos e Cercato Padilha.

Florianópolis, 15 de agosto de 2002.

*Pedro Manoel Abreu,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.013244-1, DE SOMBRIO

Relator: Des. Trindade dos Santos

Alienação fiduciária em garantia — Busca e apreensão — Paralisação do feito — Intimação do autor para impulsionar o processo — Falta de providências a respeito — Extinção do processo — Não efetivação, entretanto, da intimação da credora — Extinção mantida, todavia, por razões diversas — Apelo desprovido.

A extinção do feito, por incidência do art. 267, III, do CPC, exige a intimação pessoal do autor para que, em 48 horas, regularize a situação, dando prosseguimento ao feito (art. 267, § 1º, do CPC). E não há ter como atendida a exigência legal, quando o AR intimatório retorna a juízo sem cumprimento.

No direito pátrio, como resulta do art. 963 do Código Civil, a mora do devedor somente se integra quando o atraso no cumpri-

mento da obrigação vincula-se a fato a ele atribuível. Integrado o saldo devedor tido como de sua responsabilidade de acessórios abusivos ou impostos com exacerbamento dos limites legalmente admissíveis, descaracterizada estará a mora do devedor que não paga o que lhe está sendo indevidamente exigido. E descaracterizada, ou insegura a configuração da mora, pela exigência de encargos abusivos ou ilegais, há a carência da ação de busca e apreensão nessa mora respaldada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.013244-1, da comarca de Sombrio, em que é apelante Banco Ford S.A., sendo apelado Adelmo Fontana Baltazar:

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

Custas legais.

I — Relatório

Banco Ford S.A. propôs ação de busca e apreensão, com fulcro no Decreto-Lei n. 911/69, contra Adelmo Fontana Baltazar, em virtude do inadimplemento do contrato de cessão de direitos e obrigações, oriundo do contrato de financiamento ao consumidor final garantido por alienação fiduciária do veículo Ford KA 1.0 L, ano 1998, chassi 9BFZZZGDAWB607673.

Deferida e cumprida a liminar, o demandado contestou o feito, argüindo, em preliminar, carência da ação ante a não comprovação da mora, postulando, ainda, que lhe fosse autorizada a purgação da mora.

No mérito, requereu a redução dos juros ao limite de 12% ao ano, exclusão da cumulação de correção monetária com comissão de permanên-

cia, da capitalização, da multa e demais taxas indevidas.

A entidade bancária autora manifestou-se acerca da resposta do réu.

O MM. Juiz de Direito a quo determinou a intimação das partes para que se manifestassem em 10 dias (fl. 49v.).

Transcorrido *in albis* o prazo judicial, o Togado singular determinou a intimação pessoal do autor para impulsionar o feito em 10 dias, sob pena de extinção.

Apesar de o AR ter retornado aos autos sem que a intimação fosse cumprida (fl. 60v.), o MM. Juiz de Direito extinguiu o feito sem julgamento do mérito, com fundamento no art. 267, III, do CPC.

Inconformada com o *decisum* proferido, a instituição financeira autora apelou, requerendo a reforma da sentença extintiva, sustentando, para tanto, ausência da intimação pessoal.

O apelo foi respondido.

II — Voto

A extinção da ação de busca e apreensão merece ser mantida, ainda que por motivo diverso do apresentado pelo julgador monocrático.

Primeiramente, cumpre salientar, que a insurgência recursal promovida pela instituição financeira acio-

nante contra a sentença extintiva do feito, por abandono, tem fundamento, eis que a autora não restou devidamente intimada.

O nosso Código de Processo Civil, em seu art. 267, estabelece claramente que:

“Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito:

“III – quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias”.

Apesar de a extinção ser cabível em tal situação, não se pode ignorar o teor do § 1º do mesmo dispositivo, que preceitua:

“O juiz ordenará, nos casos dos ns. II e III, o arquivamento dos autos, declarando a extinção do processo, se a parte, intimada pessoalmente, não suprir a falta em 48 (quarenta e oito) horas”.

Dessa forma, a extinção efetiva do processo, quando caracterizado o abandono da causa, fica condicionada à prévia intimação da parte para que, no prazo de 48 horas, promova o prosseguimento do feito.

In casu, o MM. Juiz de Direito a quo extinguiu o processo, sem a obrigatória intimação pessoal da demandante para que desse prosseguimento ao feito, nos termos da prescrição contida no § 1º do art. 267 do CPC, uma vez que a intimação retornou aos autos (fl. 91) sem cumprimento.

Ocorre que a intimação pessoal do autor, conforme dimana do disposto no art. 267, § 1º, do Código de Processo Civil, constitui-se em providência inarredável para que, com base no abandono do processo, tanto

com fulcro no inciso II do referido art. 267, quanto com fundamento no item III, seja proclamada a sua extinção.

Manifestando-se a respeito, acentua o brilhante Sérgio Sahione Fadel:

“Os itens II e III contemplam hipóteses distintas: a paralisação do processo, por mais de um ano, por negligência das partes, autor e réu, que, no caso de extinção do processo, dividirão entre si as custas do processo; e o abandono da causa, por mais de trinta dias, por parte do autor, deixando de cumprir os atos e diligências que lhe cabem, caso em que será condenado nas custas e em honorários de advogado.

“Em ambos os casos, todavia, antes de decretar a extinção o Juiz manda intimar, pessoalmente, a parte ou seu advogado, para suprir a falta em quarenta e oito horas” (Código de Processo Civil Comentado, Rio, José Konfino Editor, 1974, tomo II, pág. 91).

Na mesma esteira, assinala o douto Humberto Theodoro Júnior:

“Em qualquer hipótese, porém, a decretação não será de imediato. Após os prazos dos incisos II e III do art. 267, o juiz terá, ainda, de mandar intimar a parte, pessoalmente, por mandado, para suprir a falta (isto é, dar andamento ao feito), em 48 horas. Só depois dessa diligência é que, persistindo a inércia, será possível a sentença de extinção do processo, bem como a ordem de extinção do processo (art. 267, § 1º).

“A intimação pessoal da parte, exigida textualmente pelo Código, visa a evitar a extinção em casos que a negligência e o desinteresse são apenas do advogado, e não do sujeito

processual propriamente dito. Ciente do fato, a parte poderá substituir seu procurador ou cobrar dele a diligência necessária para que o processo retome o curso normal” (Curso de Direito Processual Civil, vol. I, Forense, Rio, 1985, pág. 335).

Também, acerca do assunto, tem dito este Pretório:

“Não basta somente que o feito esteja paralisado por mais de um ano, em razão de negligência da parte, para que o julgador declare-o extinto sem julgamento do mérito. É preciso que a parte, a quem incumbe suprir a falta, seja intimada pessoalmente para tanto, podendo então, ante a inércia desta, extinguir-se o processo” (Ap. Cív. n. 39.191, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Álvaro Wandelli).

“Precede a extinção do processo ‘parado durante mais de um ano por negligência das partes’, a inarredável intimação pessoal para suprimento da falha em quarenta e oito horas.

“Inobservada tal regra, há eiva” (Ap. Cív. n. 42.803, de Palmitos, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

“A intimação pessoal da parte é providência indispensável para a extinção do processo por abandono da causa, CPC, art. 267, § 1º” (Ap. Cív. n. 47.377, de Balneário Camboriú, rel. Des. Amaral e Silva).

“Apenas quando o autor, pessoalmente intimado, deixa de promover os atos e diligências que lhe competiam e desde que acarrete a paralisação do processo, é que o juiz ordenará o arquivamento dos autos, declarando a extinção do processo” (AR n. 448, de Piçarras, rel. Des. Hélio Mosimann).

“A extinção do processo, nos casos dos itens II e III do art. 267 do CPC, somente poderá ser declarada pelo magistrado, se anteriormente for intimada pessoalmente a parte e esta não suprir a falta em 48 horas (§ 1º do art. 267)” (AI n. 2.491, de Ituporanga, rel. Des. Aluizio Blasi).

Na mesma vertente, também assim já decidimos:

“Execução de alimentos. Extinção do processo. Inaplicabilidade do art. 794, II, do CPC. Incidência do art. 267, II, do CPC. Ausência de intimação pessoal dos exequentes. Nulidade da sentença. Recurso provido.

“Entendendo o Togado singular que estando o feito paralisado por mais de trinta dias, autorizada estará a sua extinção (art. 267, II, CPC), impõe-se-lhe a intimação pessoal dos exequentes para que, em 48 horas, promovam a continuidade da ação (art. 267, § 1º), para só após decretar a extinção do processo.

“Essa intimação há que ser pessoal, não a suprimindo a intimação do patrono dos credores, providenciada editaliciamente” (Ap. Cív. n. 47.039, de Palhoça).

“Execução. Paralisação por mais de trinta dias. Extinção. Art. 267, § 1º, do CPC. Descumprimento. *Decisum* anulado. Recurso provido.

“Embora o abandono da causa pelo autor, por prazo superior a trinta dias, autorize a extinção do processo, ex vi do disposto no art. 267, III, do CPC, essa extinção somente estará autorizada se, intimado pessoalmente, o demandante não promover o prosseguimento do feito em 48 horas. Intimado para a providência o advogado do acionante, a extinção da ação não se

faz autorizada, por descumprimento do art. 267, § 1º do CPC” (Ap. Cív. n. 98.011571-0, da Capital).

“Alienação fiduciária em garantia. Busca e apreensão. Paralisação por prazo longo. Extinção. Ausência, no entanto, de precedente Intimação pessoal da autora. *Decisum* insubsistente. Cassação. Apelo provido.

“A extinção do processo por inércia da parte autora exige a prévia intimação pessoal da mesma, com a assinação do prazo em lei previsto, para que dê prosseguimento ao feito. Quando a lei exige, como condição essencial à extinção do feito, em razão de sua longa paralisação, refere-se ela à intimação pessoal da própria autora, não a suprimindo a mera intimação de seu procurador judicial. Inobservada essa precaução, não resulta configurada a intenção da requerente em abandonar a causa, o que desautoriza a extinção do feito” (Ap. Cív. n. 99.001253-0, da Capital).

Destarte, para que ocorresse validamente a extinção decretada pelo MM. Juiz de Direito monocrático, de mister seria a precedente intimação pessoal da recorrente para que, no prazo de 48 horas, promovesse o seu andamento, providência essa que, não tomada, torna inapelavelmente nula a sentença de extinção.

Entretanto, a cassação da sentença de extinção prolatada, na atual sistemática processual civil pátria, resta ver, não obriga o Tribunal a, simplesmente, limitar-se a fazer os autos retornarem à jurisdição monocrática para que o magistrado se manifeste sobre as questões que envolvem o mérito do litígio.

Não, na atualidade, reformada a sentença de extinção, pode e deve a instância *ad quem*, quanto à matéria já suficientemente debatida pelas partes no juízo *a quo*, enfrentar o mérito do questionamento, não implicando tal na supressão de um grau de jurisdição.

Ocorre que, nos exatos termos do art. 515 do CPC:

“A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

“§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal, todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

“§ 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais”.

Reafirmando isso, acentua o art. 516 da Codificação Processual, introduzido pela Lei n. 8.950, de 13/12/94:

“Ficam também submetidas ao tribunal as questões anteriores à sentença”.

Em seus comentários a respeito, doutrina Barbosa Moreira:

“Como resulta do § 1º e § 2º, é amplíssima, em profundidade, a devolução. Não se cinge às questões efetivamente resolvidas na sentença apelada: abrange também as que nela poderiam tê-lo sido (a devolução de questões anteriores à sentença é matéria do art. 516). Estão aí compreendidas: a) as questões examináveis de ofício, a cujo respeito o órgão *a quo* não se manifestou *v.g.*, a da nulidade

do ato jurídico de que se teria originado o suposto direito do autor, e em geral as *quaestiones iuris*” (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, Rio de Janeiro, Forense, 1998, pág. 439).

De total relevância, acerca do tema, é a abalizada opinião de Sérgio Bermudes, quando, ao comentar o antes transcrito art. 516, diz:

“Por força dele, o efeito devolutivo da apelação transfere ao tribunal competência para apreciar as questões que surgiram na primeira instância e todavia não chegaram a ser decididas pelo juiz” (A Reforma do Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1994, pág. 61).

Do escólio de Arno Vaz da Cunha e Antônio Cláudio da Costa Machado, colhe-se:

“A nova regra do artigo 516 afastou a ressalva que impedia o Tribunal de decidir ‘questões anteriores à sentença final’ que pudessem ser impugnáveis por agravo (de instrumento na terminologia anterior).

“Havendo recurso, ao tribunal caberá conhecer e decidir sobre todas as questões anteriores à sentença recorrida, ainda não decididas, mesmo que matéria apenas agradável (*sic*) como, por exemplo, num mero incidente processual de impugnação ao valor da causa.

(...)

“É forçoso entender que atualmente ao tribunal se abrem as mais amplas possibilidades de conhecer e julgar todas as questões que antecederem à sentença recorrida, pendentes de decisão” (Alterações no Código

de Processo Civil. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2ª ed., 1995, págs. 83 e 84).

Então, mesmo que o julgador singular não tenha analisado as matérias alegadas pelas partes no curso da tramitação processual, isso não implica em óbice a que o tribunal as enfrente, diante do amplo efeito devolutivo que foi emprestado ao recurso de apelação pelos arts. 515 e 516 do CPC, tornando-se desnecessário, pois, o retorno dos autos à origem para que, na instância singular, seja a matéria enfrentada, o que, convenhamos, não atende ao princípio da economia processual ao qual, sempre que possível, há que se emprestar prevalência.

A propósito, tem dito esta Corte:

“Ação de reintegração de posse cumulada com indenização. Rejeição, pela sentença, da tese possessória, omitindo-se, todavia, no tocante ao pedido reparatório alternativo. Apelo do vencido, buscando o reexame das pretensões. Deferimento do pleito indenizatório. Inteligência da nova redação do artigo 516 do CPC. Recurso provido para tal fim.

“1 — Na conformidade da nova redação emprestada ao artigo 516 do CPC pela Lei n. 8.950, de 13/12/94, o efeito devolutivo, insito à apelação, transfere ao tribunal competência necessária à apreciação de questões que, não obstante discutidas na primeira instância, não mereceram a devida manifestação do Magistrado.

“2 — Sendo assim, se a pretensão vestibular cumula desejo de proteção possessória ou, quando não, pedido indenizatório por perdas e danos, e a sentença, negando o primei-

ro, omite-se acerca do segundo, tem a instância superior, segundo o sobredito permissivo procedimental, plenas condições de examinar e deferir o pleito omitido, desde que, por óbvio, o processo esteja adequadamente instruído a tal deliberação positiva” (Ap. Cív. n. 88.070070-5 (44.846), da Capital, rel. Des. Eládio Torret Rocha).

“*Ex vi* do art. 516 do CPC, redação da Lei n. 8.950/94, o efeito devolutivo da apelação transfere ao tribunal competência para apreciar questões surgidas e não examinadas no primeiro grau” (Ap. Cív. n. 49.521, de São José, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

Não se pode perder de vista, de outro lado, que já está em vigor a Lei n. 10.352, de 26 de dezembro de 2001, que, alterando o texto do art. 515 do CPC, acrescentou o § 3º, que prevê a possibilidade de, nos casos de extinção do processo sem o julgamento do mérito, o tribunal julgar desde logo a lide, impondo as condições de a causa versar unicamente de direito e de verificar-se condições de imediato julgamento.

No caso dos autos, a ação foi julgada extinta, conforme art. 267, III, do CPC, versando a causa, no entanto, questões unicamente de direito.

Quanto às condições para o seu imediato julgamento, encontram-se nos autos os contratos firmados entre as partes com garantia de alienação fiduciária, constando suas cláusulas, o que possibilita, sem dúvida, sua análise.

Os ilustrados Luiz Rodrigues Wambier e Tereza Arruda Alvim Wambier, sobre a alteração processual introduzida pela Lei n. 10.352/2001, averbam:

“Assim, o dispositivo ora analisado determina que o tribunal, recebendo a apelação de sentença que extingue o processo sem julgamento de mérito, pode, preenchidos certos requisitos, afastar a preliminar acolhida e decidir a lide.

“As condições são as seguintes: que se trate de matéria de direito e que o processo esteja em condições de imediato julgamento.

“Parece que, neste contexto, a expressão matéria de direito significa ou matéria de direito, pura e simplesmente (que assim se tenha revelado desde o início da demanda), ou matéria que se tenha transformado em matéria de direito, desde que, ao longo do feito, em primeiro grau de jurisdição, não tenha havido discordância entre as partes relativamente aos fatos que embasam a demanda, sendo a mesma versão que lhes tenha dado autor (es) e réu(s) (e desde que, apesar disso, o processo seja extinto sem o julgamento do mérito).

(...) Nós nos inclinamos a dizer que se trata de dispositivo que encerra um dever, como, aliás, são quase todos os dispositivos que dizem respeito à atividade do juiz.

“Tratando-se de um dever, isso significa dizer que, estando presentes os pressupostos, deve o juiz, necessariamente, por economia processual, decidir o mérito da causa” (Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, págs. 96 e 97).

Em julgamento recente, disse o colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Processual civil — Sentença — Reforma — Prescrição — Afastamento

— Questão de direito — Mérito — Tribunal *ad quem* — Possibilidade — CPC, art. 515, § 3º.

“Processo Civil. Prescrição afastada no segundo grau. Exame das demais questões no mesmo julgamento. Possibilidade, desde suficientemente debatida e instruída a causa. Divergência doutrinária e jurisprudencial. Exegese do art. 515, *caput*, CPC. Precedentes do Tribunal e do Supremo Tribunal Federal. Lei n. 10.352/2001. Introdução do § 3º do art. 515. Embargos rejeitados.

“I — Reformando o tribunal a sentença que acolhera a preliminar de prescrição, não pode o mesmo ingressar no mérito propriamente dito, salvo quando suficientemente debatida e instruída a causa.

“II — Nesse caso, encontrando-se ‘madura’ a causa, é permitido ao órgão *ad quem* adentrar o mérito da controvérsia, julgando as demais questões, ainda que não apreciadas diretamente em primeiro grau.

“III — Nos termos do § 3º do art. 515, CPC, introduzido pela Lei n. 10.352/2001, ‘o Tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento’” (Corte Especial, REsp n. 89.240-0/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Inexistente, assim, qualquer óbice à apreciação do mérito da causa, diretamente por esta instância.

Analisaremos, então, na seqüência, os termos da ação de busca e apreensão proposta pela entidade bancária apelante.

Extrata-se dos autos que o réu celebrou com a instituição financeira bancária o contrato de cessão de direitos e obrigações, oriundo do Contrato de Financiamento ao Consumidor garantido por Alienação Fiduciária n. 2042/199632-0, no valor de R\$ 22.196,88, a ser pago em 36 parcelas mensais.

Deixando, no entanto, o requerido de pagar as prestações 11, 12 e 13, ajuizou o estabelecimento de crédito a presente ação de busca e apreensão, com fulcro no Decreto-Lei n. 911/69.

Deferida e cumprida a liminar postulada, o demandado ofertou contestação argüindo, em preliminar, carência da ação ante a não comprovação da mora; requerendo, no mérito, a redução dos juros ao limite de 12% ao ano, exclusão da cumulação de correção monetária com comissão de permanência, da capitalização, da multa e demais taxas indevidas.

E razão assiste ao devedor fiduciante!

Não se diga que a defesa do devedor fiduciante estaria limitada apenas às possibilidades delineadas no art. 3º, § 2º, do Decreto-Lei n. 911/69, ou seja, alegando tão-somente o pagamento do débito ou o cumprimento das obrigações do contrato.

É que diante de uma concepção mais social que vem sendo colocada em destaque pelos tribunais pátrios, não mais se admite que, após as novas concepções introduzidas pelo nosso avançado e inovador Código de Defesa do Consumidor, continuem a vicejar privilégios exorbitantes em favor dos economicamente mais fortes, em detrimen-

to de direitos daqueles financeiramente menos favorecidos.

E ao Poder Judiciário, por intermédio de seus representantes, cabe trazer a lume uma nova interpretação destas normas contendoras do direito, reformulando conceitos, preceitos e posturas sedimentadas no limo de concepções totalmente arcaicas e, por isso mesmo, não mais possíveis de respaldo pretoriano.

É hora de quebrarem-se as algemas!

E com uma nova visão, mais consentânea com as aspirações de um Judiciário independente e que não se limite à aplicação de leis eivadas de injustiça, como sói ser o malfadado Decreto-Lei n. 911, que traz ínsito em si o ranço de uma ditadura que, em todos os setores, apenas teve um mérito: o de empobrecer mais e mais, seja no seu aspecto cultural, seja no seu aspecto social e humanitário, o nosso amado Brasil, favorecendo, em detrimento de toda a Nação, os mais afortunados e que, como tal, poderiam respaldar a ingloriosa “Revolução” de 1964.

Ao se repensar o tema sob a ótica da Lei Magna de 1988 e, mormente, dos enunciados do Código Consumista, não mais se pode conceber qualquer ação em que a defesa da parte requerida fique restrita a determinados pontos, retirada desta, em sendo assim, a amplitude garantida pela ordem constitucional em vigor.

Não há ser admitido que, seja qual for a ação, mesmo que regrada normas específicas, reste ceifado da parte interessada o direito de invocar em seu favor uma defesa plena, muitas vezes sustentadas nos próprios

termos do contrato em que se respalda o direito perseguido de reconhecimento pelo autor.

Inclusive, o colendo Superior Tribunal de Justiça vem dilargando o âmbito da defesa nas ações de busca e apreensão sustentadas nas disposições do Decreto-Lei n. 911, possibilitando a arguição, pela parte devedora, de contrariedade à lei ou ao contrato, ou mesmo a ocorrência de fatos que descaracterizem, ainda que parcialmente, a validade e a certeza do contrato embaixador do pedido de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, entendendo que a limitação prevista no § 2º do art. 3º do mencionado diploma legal só é de ser aplicada quando legítimas as pretensões deduzidas pela credora.

Em casos tais, guardadas as devidas proporções, tem dito o Superior Tribunal de Justiça:

“A limitação, prevista no art. 3º, § 2º do Decreto-Lei n. 911/69, da matéria da contestação em ação de busca e apreensão, só é cabível quando legítimas as exigências do credor (...)” (REsp n. 209.109/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 13/12/99).

“Alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão. Defesa. Nulidade de cláusula.

“Na ação de busca e apreensão, o limite à contestação previsto no art. 3º, § 2º, do Decreto-Lei n. 911/64, é para os casos em que o autor formula pedido nos termos do contrato e da lei, mas não impede ao réu alegar, em sua defesa, contrariedade à lei ou ao contrato.

“Recurso conhecido e provido” (REsp n. 244.813/DF, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 21/3/2000).

“Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Contestação. Matéria.

“A limitação quanto à matéria da contestação na busca e apreensão de veículos dados em alienação fiduciária não pode impedir a justiça de deferir provas para a apuração de possíveis desvirtuamentos da finalidade do instituto” (REsp n. 10.970/RJ, DJU de 23/9/91).

“Alienação fiduciária. Prova da mora. Notificação. Contestação. Âmbito da defesa. Prova (...).

“2. O réu da ação de depósito de bem alienado fiduciariamente pode alegar e requerer, na contestação, a prova dos fatos que descaracterizem, desconstituam ou invalidem parcialmente o título apresentado pelo autor. A regra do art. 3º, § 2º, do Decreto-Lei n. 911/69 tem por pressuposto título válido e legitimamente constituído.

“3. Recurso conhecido em parte e provido para permitir a produção da prova requerida” (REsp n. 167.356/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 13/10/98).

“Recurso especial. Processual civil. Lei federal. Alegação de violação a dispositivo legal. Ofensa não configurada. Ação de busca e apreensão. Âmbito da defesa. Ilegalidades. Discussão. Precedentes. Capitalização dos juros. Proibição. TR pactuada. Possibilidade.

“Violação à lei federal não configurada.

“Na ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, a contestação não sofre a limitação prevista no art. 3º, § 2º, do Decreto-Lei n.

911/64 se ilegítimas as exigências do credor, como na espécie, sendo possível ao réu alegar, na defesa, contrariedade à lei ou ao contrato.

“Salvo expressa previsão em lei específica, é vedada às instituições financeiras a capitalização de juros.

“A Taxa Referencial pode ser usada para a correção monetária do débito, desde que pactuada em contrato posterior à edição da Lei n. 8.171/91, como no caso. Precedentes.

“Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido” (REsp n. 185.812/MG, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 6/4/2000).

Desse modo, afigura-se perfeitamente admissível a extensão dos termos da contestação, nas ações de busca e apreensão de que se trata, para efeito de verificação das cláusulas contratuais celebradas em desconformidade com a legislação em vigor ou com a jurisprudência pacífica dos tribunais pátrios, não havendo como se entrever, na dilargação dos temas de defesa, qualquer ofensa ao vetusto Decreto-Lei n. 911.

Nada impede, assim, demandado argumentar, em sua defesa, a ilegalidade da proposição formulada pela parte autora, a existência de cláusula inválida a refletir no importe do débito dado como inadimplido ou o extravasamento, pela instituição credora, do permitido contratualmente.

O Decreto-Lei n. 911, certo faz-se, apressa o procedimento para melhor e mais rápida satisfação do credor; mas esse apressamento não pode deixar o devedor desamparado de uma defesa ampla, em processo

judicial do qual lhe pode resultar, além dos prejuízos de ordem patrimonial, a perda da liberdade por até um ano, segundo alguns julgadores.

Nessa senda de entendimento dissemos:

“Alienação fiduciária em garantia. Busca e apreensão. Âmbito da defesa. Ilegalidades argüidas. Investigação admissível. Acórdão que reconhece a ocorrência de cerceamento de defesa, em face da limitação da defesa do devedor. Incensurabilidade. Embargos de infringência. Rejeição.

“Argüidas pelo devedor, em ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, ilegalidades ou excessividades a refletir na apuração do exato *quantum debeatur*, a contestação não sofre a limitação prevista no art. 3º, § 2º, do Decreto-Lei n. 911/64, não implicando em violação à lei, nessa hipótese, a admissão, pelo órgão julgador, da investigação probatória acerca da ocorrência de contrariedade à lei ou ao contrato.

“O Decreto-Lei n. 911, certo faz-se, apressa o procedimento para melhor e mais rápida satisfação do credor; mas esse apressamento não pode deixar o devedor desamparado de uma defesa ampla, em processo judicial do qual lhe pode resultar, além dos prejuízos de ordem patrimonial, a perda da liberdade por até um ano, segundo alguns julgadores” (EI n. 2001.006457-0, de Trombudo Central).

In casu, a análise do pacto celebrado entre as partes revela a existência de cláusulas contratuais abusivas que, repercutindo na modificação do *quantum debeatur*, conduz à iliquidez dos valores tidos como inadimpli-

dos, descaracterizando, assim, a mora do devedor fiduciante.

Vejamos:

Constata-se que na avença celebrada estão sendo exigidos juros remuneratórios de 3,359% ao mês, com a prática do anatocismo e comissão de permanência à taxa de mercado.

E este Órgão Fracionário posiciona-se no sentido da limitação dos juros remuneratórios em 12% ao ano, embasando-se na auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, da Constituição Federal, bem como na legislação infraconstitucional, constituindo-se o extrapolamento desse percentual em onerosidade excessiva para o consumidor, incidindo em afronta ao art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor; quanto à capitalização dos juros somente é admitida nas operações afetas à disciplina de leis especiais que, expressamente, a autorizem, o que não ocorre referentemente aos mútuos bancários comuns; e a comissão de permanência não é admitida nos contratos bancários, quando ajustada à taxa de mercado ou às taxas praticadas pelo credor, posto abranger índices incertos e completamente desconhecidos do devedor.

Inexigíveis também, na hipótese *sub judice*, a multa contratual e os juros moratórios, pois somente são exigíveis acaso efetivamente integrada a mora do devedor, mora essa que, *in casu*, restou descaracterizada ante o reconhecimento judicial da abusividade dos encargos previstos contratualmente.

Percebe-se, destarte, e de forma cristalina, que, com a exclusão dos encargos abusivos, haverá uma redução sensível no valor pretendido pela instituição bancária.

Por conseqüência, prejudicada está a caracterização da mora e, logicamente, por tratar-se essa caracterização de condição indispensável ao maneio da ação de busca e apreensão, restou esta prejudicada.

Isso porque, conforme lição do eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

“Mora somente existe quando o atraso resultar de fato imputável ao devedor (art. 963 do Código Civil). Se a exigência do credor é abusiva, e portanto ilegítima, o devedor que não paga o que lhe está sendo indevidamente cobrado não incide em mora, pois pode reter o pagamento enquanto não lhe for dada quitação regular. O melhor comportamento do devedor é, em tal caso, promover a ação cabível para definir o valor exato do débito (...)” (REsp n. 150.099/MG, DJ de 8/6/98).

Nesses termos, já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Alienação fiduciária. Nulidade de cláusulas contratuais contrárias ao Código de Defesa do Consumidor. Descaracterização da mora. Ilegalidade dos juros contratados. Carência da ação.

“É nula a cláusula que deixa ao alvedrio da instituição financeira a *alienação* do bem objeto da busca e apreensão. Nulidade da cláusula que prevê a emissão de cambial em branco. Se a cambial emitida em branco confere mandato ao credor para o preenchimento, tal prática se constitui em abuso para o consumidor nos exatos termos do art. 51, inc. VIII, do CDC. Ademais, a ilegalidade contamina o contrato também no atinente aos juros pactuados (juros reais superiores a

4% ao mês). *Mora* descaracterizada. *Carência* de ação. Apelo improvido” (Ap. Cív. n. 195120217, de Porto Alegre, 4ª Câmara Civil).

“Ação de busca e apreensão. Contrato de financiamento. Alienação fiduciária. Extinção da ação. Irresignação. Desacolhimento.

“Busca e apreensão. Carência.

“Ainda que por motivos diversos aos apresentados pelo julgador monocrático, é de ser mantida a extinção da ação de busca e apreensão, partindo-se das ilegalidades constantes da avença, o que torna insegura a noção da mora.

“Apelação improvida” (Ap. Cív. n. 70001390988, de Porto Alegre, rela. Desa. Lais Rogéria Alves Barbosa).

“Alienação fiduciária.

“Ação de busca e apreensão.

“A exigência de encargos abusivos ou ilegais torna duvidosa a mora do devedor e conduz à carência da ação.

“Agravo prejudicado. Ação extinta de ofício” (AI n. 70003717311, de Porto Alegre, rel. Des. José Antônio Cidade Pitrez).

“Ação de busca e apreensão. Contrato de financiamento. Garantia de alienação fiduciária. Indeferimento de liminar. Irresignação.

“Incerteza quanto a mora. Extinção da demanda.

“Insegura a comprovação da mora, concretiza-se a carência da ação proposta.

“Além disso, vislumbrados encargos ilegais na avença, não se pode afirmar que a parte devedora esteja em mora, inviabilizando, assim, a

ação intentada, visto que ausente a noção de intencionalidade quanto ao inadimplir do pacto.

“Em conseqüência, extingue-se, de ofício, a demanda com base no artigo 267, inciso VI, do CPC.

“Agravado de instrumento prejudicado.

“Extinção, de ofício, da ação de busca e apreensão” (Ap. Cív. n. 70001436302, de Três Passos, rela. Des. Lais Rogéria Alves Barbosa).

“Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Matéria de defesa. Juros. Capitalização. Comissão de permanência. Mora.

“É possível discutir o montante do crédito em ação de busca e apreensão, como matéria de defesa.

“É entendimento da Câmara que a taxa de juros está limitada a 12% ao ano, tanto pela norma constitucional como pela legislação ordinária.

“O anatocismo é repellido pela Súmula 121 do Pretório Excelso que o afasta ainda quando expressamente convencionado.

“A cobrança de comissão de permanência a uma taxa variável, pela evidente potestatividade, não pode ser admitida ainda que não cumulada com a correção monetária.

“A mora não se configura pela simples imputação, mas pela inexecução culposa da obrigação, hipótese que não aconteceu no caso em tela, pois era exigido do mutuário um pagamento indevido, estando assim ausente requisito essencial para a ação de busca e apreensão, o que impunha sua improcedência.

“Apelação desprovida” (Ap. Cív. n. 197025547, de Seberi, rel. Des. Márcio Borges Fortes).

“Alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão.

“Estando sendo exigidos valores abusivos ou ilegais do devedor, quanto a taxa de juros, sua capitalização, comissão de permanência e juros de mora cumulados com multa, resta descaracterizada sua mora, tornando-se o credor carecedor da ação proposta.

“Extingiram a ação de ofício e julgaram prejudicada a apelação” (Ap. Cív. n. 70000936344, de Santiago, rel. Des. José Antônio Cidade Pitrez).

“Alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão. Encargos contratuais abusivos. Indicação de crédito superior ao efetivo. Não configuração da *mora solvendi*.

“Se o contrato prevê encargos abusivos, reconhecidos em sentença transitada em julgado, e o credor, fazendo-os incidir, indica crédito em valor superior ao montante efetivamente devido, resta descaracterizada a *mora solvendi*. Atitude que, ademais, no processo, deixa o consumidor em estado de perplexidade, sem saber se requer a emenda da mora ou contesta a ação. Demanda extinta sem julgamento do mérito. Apelação não provida” (Ap. Cív. n. 599249976, de Novo Hamburgo, rel. Des. Marco Antônio Bandeira Scapini).

“Ação de busca e apreensão. Contrato de financiamento com pacto de alienação fiduciária. Juros onzenários. Prática de anatocismo. O pressuposto da prestação jurisdicional que consolida a posse do bem na pessoa do credor e a mora do devedor.

“Sendo a mora a falta de pagamento de obrigação no tempo, lugar e forma convenionados, caracterizando-se a cobrança de juros ilegais (Decreto n. 22.626) e a prática do anatocismo, não há que se falar em mora, porquanto ser contra-senso pretender-se a exigência de mora pela cobrança do indevido. Carência de ação. Apelo provido” (Ap. Cív. n. 195120001, de Camaqua, rel. Des. Márcio Oliveira Puggina).

Acrescente-se, ainda, que a mora é exigência da Súmula 72 do Superior Tribunal Justiça, assim editada:

“A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente”.

Destarte, em virtude da exigência de encargos abusivos e ilegais, estava o demandado autorizado a reter os respectivos pagamentos, nos termos do art. 939 do Código Civil, não tendo, conseqüentemente, incorrido em mora por ausência de culpa no descumprimento da obrigação.

A respeito ensina o Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

“Sabe-se que a mora, no nosso sistema, exige o elemento subjetivo, pois só existe mora culposa (art. 963 do CC). Já ensinava Orosimbo Nonato, na sua linguagem enxuta: ‘como quer que seja em nosso Direito, e em face dos textos legais citados, o tema não comporta dúvidas ou entredúvidas. Exato desconter o art. 955 do Código Civil alusão à culpa: considera-se em mora o devedor que não paga ou o credor que não recebe, no tempo, lugar e forma convenionados. Mas o art. 963, complementar do art. 955, dispõe às expressas: ‘Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este

em mora’. (...) Ampla e constante, iterada e reiterada tem sido a jurisprudência dos tribunais à aplicação do art. 963 suso transcrito (Curso de Obrigações, 2ª parte, vol. I/300: no mesmo sentido. Oswaldo Optiz. Mora no negócio jurídico, pág. 12, e Washington de Barros Monteiro. Dir. das Obrigações, 1ª parte, pág. 261).

“Por isso, afastada a culpa imputável ao devedor na demora do pagamento, fato inapreciável nesta instância, estou em não conhecer do recurso, pois tanto os juros como a multa seriam conseqüências da mora” (REsp n. 82560/SP).

Entendemos, entretanto, que seria correto e prudente a confecção de novo cálculo, respeitando os ditames deste acórdão, oportunizando-se, posteriormente, a purgação da mora pelo devedor.

Ante o exposto, não caracteriza a mora, torna-se o banco apelante carecedor de ação, devendo ser extinta a presente busca e apreensão.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, é que se mantém, por motivo diverso, a extinção da ação de busca e apreensão.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cercato Padilha e Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 5 de setembro de 2002.

Pedro Manoel Abreu,

Presidente;

Trindade dos Santos,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.003681-9, DE CRICIÚMA**Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra**

Execução forçada – Contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente – Título executivo extrajudicial – Reconhecimento em anterior decisão não mais sujeita a recurso – Coisa julgada material – Sentença de extinção da execução reformada – Recurso provido.

— “*Coisa julgada material (auctoritas rei judicatae) é a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (CPC 467; LICC 6º, § 3º), nem à remessa necessária do CPC 475 (STF 423; Barbosa Moreira, Temas 3ª, 107). (...) Somente a lide (pedido) é acobertada pela coisa julgada material, que a torna imutável e indiscutível, tanto no processo em que foi proferida a sentença, quanto em processo futuro*” (Nelson Nery Júnior, in *Código de Processo Civil Comentado*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pág. 915).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.003681-9, da comarca de Criciúma (3ª Vara), em que é apelante o Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc, sendo apelados Cacril – Calçados Criciúma Ltda. e Valdeci Martinello:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Execução promovida pelo Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc, objetivando cobrar a importância de R\$ 314.046,72, representada pelo saldo devedor de Contrato de Abertura de Crédito Rotativo em Conta Corrente n. 95/204 firmado

em 31 de março de 1995 pelos executados Cacril – Calçados Criciúma Ltda. e Valdeci Martinello, na qualidade de *avalista*, no limite de R\$ 110.500,00, a ser pago em 3 de maio daquele ano, que não foi cumprido, razão da propositura da execução. Requereu, por fim, a citação dos devedores para, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, pagar a quantia acima mencionada, e, não o fazendo, penhorar tantos bens quantos necessários à satisfação do débito. Juntou os documentos de fls. 4/10.

Avaliados os bens penhorados (fl. 79), tendo sobre ela se manifestado apenas o banco, e, designada data para a realização de hasta pública (fl. 88), de que *não houve licitantes*, o credor requereu a suspensão do feito pelo prazo de 90 (noventa) dias.

À fl. 98, foi determinado o *arquivamento* do feito.

O juiz de direito julgou-a extinta com base no art. 618, I, do Código de Processo Civil.

Apelou o Besc, aduzindo que, tendo transitado em julgado a sentença e o acórdão proferidos nos embargos a respeito da executividade do título, *a matéria tornou-se preclusa e abrangida pela coisa julgada*, pelo que o prosseguimento da execução é medida que se impõe.

Sem as contra-razões, os autos, preparados, ascenderam a este Tribunal.

II — Voto

Quando proferida a sentença contra a qual é promovido o presente recurso, outra já havia sido prolatada nos autos de embargos à execução, na qual foi reconhecido como sendo título executivo extrajudicial o contrato em destaque, “nos termos do art. 585, II, do CPC” (fl. 65). Tal decisão transitou em julgado, porquanto dela quem recorreu foi apenas o exeqüente (Besc), cuja apelação, que tomou o n. 98.007154-2, de Criciúma, da lavra do Des. Nilton Macedo Machado, foi provida parcialmente pela Câmara, “para restabelecer a execução aos termos do contrato, excluída apenas a possibilidade de capitalização dos juros e assegurando-se que a multa moratória não incida sobre o produto dos juros moratórios, mediante simples cálculo, mantida a proporcionalidade sucumbencial estabelecida na sentença” (acórdão de fls. 69/74).

Nesse contexto, forçoso reconhecer a ocorrência de coisa julgada material, consubstanciada nas palavras de Nelson Nery Júnior como sendo “a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (CPC 467; LICC 6º, § 3º), nem à remessa necessária do CPC 475 (STF 423; Barbosa Moreira, Temas 3ª, 107). (...) Somente a lide (pedido) é acobertada pela coisa julgada material, que a torna imutável e indiscutível, tanto no processo em que foi proferida a sentença, quanto em processo futuro (in Código de Processo Civil Comentado, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pág. 915). Por isso que, sem dúvida, equivocada o entendimento esposado na sentença que deu pela extinção da execução (fls. 99/100). O provimento do recurso é medida que se impõe.

III — Decisão

Posto isso, dá-se provimento ao recurso, prevalecendo a sentença de fls. 64/68, com as modificações inseridas no acórdão de fls. 69/74.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Eládio Torret Rocha e Fernando Carioni.

Florianópolis, 24 de setembro de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1996.009585-3, DE CANOINHAS**Relator: Des. Newton Trisotto**

Administrativo — Loteamento irregular aprovado pelo município — Lei municipal — Efeitos — Retroação — Processual — Ação Civil Pública — Legitimidade — Ministério Público — Honorários advocatícios.

1. *“O Ministério Público é parte legítima para a defesa dos interesses dos compradores de imóveis loteados, em razão de projetos de parcelamento de solo urbano, face a inadimplência do parce-lador na execução de obras de infra-estrutura ou na formalização e regularização dos loteamentos” (REsp n. 108.249, Min. Peçanha Martins).*

2. *“A CF/88 e a lei de parcelamento do solo (Lei n. 6.766/79 estabelecem a solidariedade na responsabilidade pela inexecução das obras de infra-estrutura (art. 40)” (REsp n. 252.512, Min. Eliana Calmon).*

3. *Os efeitos de lei municipal editada posteriormente à aprovação do loteamento e à venda dos lotes não podem retroagir para alcançar situações já consolidadas. Vencido o relator.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1996.009585-3, da comarca de Canoinhas (2ª Vara), em que são apelantes o município de Canoinhas e outros e apelado o representante do Ministério Público:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso dos réus Leones Greipel, Leonidas Ernesto Greipel, Leatrice Greipel Ribeiro e Liria Terezinha Greipel Schumacher para excluir da sentença os honorários advocatícios e para limitar a responsabilidade deles pelo descumprimento das obrigações do loteador ao montante dos respectivos quinhões hereditários. De ofício, reformar a senten-

ça para exonerar o Município do pagamento das custas judiciais. Vencido, parcialmente, o Desembargador Newton Trisotto quanto à aplicação da Lei n. 2.607, de 25 de outubro de 1993.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina intentou ação civil pública contra o município de Canoinhas, Leones Greipel, Leonidas Ernesto Greipel, Leatrice Greipel Ribeiro e Liria Terezinha Greipel Schumacher, narrando na petição inicial:

“10. Pelo que foi exposto, resta indiscutível a legitimidade do Ministério Público para a propositura da presente

ação. No caso em tela, o município de Canoinhas, através do Decreto n. 43/86, datado de 14 de julho de 1986, aprovou o loteamento de propriedade de Ernesto Wilibaldo Greipel, já falecido, e de quem os segundos demandados são herdeiros e respondem pelas obrigações nos limites da herança que a cada um coube (art. 1.796, CC), intitulado Loteamento Greipel. Referido loteamento compreende uma área de 47.220,43m², dividido em 52 lotes, estando registrado no Cartório de Registro de Imóveis sob o n. R.1-14.367.

“11. Através do aludido decreto de aprovação, o Município reservou para si mesmo, a título de caução, os lotes 2 a 11 da quadra 433 e os lotes 1 a 9 da quadra 179. Paralelamente ao decreto de aprovação, como se não bastassem as disposições legais pertinentes à matéria (lei federal e municipal), o Município e o loteador firmaram um ‘termo de compromisso de execução de obras de infra-estrutura em loteamento’, através do qual o loteador obrigou-se, no prazo de dois anos, *concomitantemente ao cumprimento de todas as disposições legais pertinentes* (item 6, a), a executar a rede de distribuição de água, energia elétrica e iluminação pública. Entre as disposições legais, como adiante será demonstrado, está inserida a pavimentação e colocação de meio-fio.

“12. Lei n. 6.766/79, que dispõe sobre o parcelamento e loteamento do solo urbano, traz normas gerais sobre a matéria, cabendo aos Estados e aos Municípios a faculdade de estabelecerem normas complementares, de forma a adequar o ordenamento jurídico às suas peculiaridades regionais e locais (art. 1º, parágrafo único). Diga-se de passagem que tal disposi-

tivo foi recepcionado pela atual Constituição Federal, cujo artigo 30, inciso VIII, estabelece que compete aos Municípios promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano. O artigo 12 da Lei Orgânica do Município de Canoinhas reza que compete ao Município estabelecer normas de loteamento, observadas as diretrizes da lei federal.

“13. Legislando suplementarmente acerca do tema (art. 30, I, da CF), o município de Canoinhas editou a Lei n. 1.747, datada de 9 de junho de 1983. Avançando na matéria, o art. 53 reza que ‘constitui condição essencial à aprovação de qualquer loteamento, a execução das seguintes obras e benfeitorias pelo interessado, após a aprovação do respectivo projeto:

‘I — Sistema de escoamento das águas pluviais;

‘II — Rede de distribuição de água;

‘III — Rede de distribuição de energia elétrica e iluminação pública;

‘IV — Demarcação dos lotes, quarteirões e logradouros;

‘V — Execução das vias de circulação, incluindo calçamento e colocação de meio-fio’.

“No parágrafo único dispôs que *a Prefeitura Municipal, pelo órgão competente, promoverá vistoria no local, e, desde de que seja constatado o cumprimento do disposto no presente artigo, expedirá Termo de Verificação.*

“14. Através de perícia efetuada no local, foi constatado o descumprimento dos incisos II, III e V do artigo mencionado no item anterior. De fato,

o Perito constatou que não existe rede de água na Rua Afonso de Carvalho Kohler, entre a Rua Alfredo Back e Saulo Carvalho, diante dos lotes, 1, 2, 3 e 4 (quadra 180) e lotes 1, 2, 3 e 4 (quadra 434). Também não existe rede de energia elétrica nos seguintes locais:

“a) na Rua Afonso Carvalho Kohler entre as Ruas Basílio Humenhuk e Wilibaldo Arnaldo Hoffmann, diante dos lotes 4 e 5 da quadra 432;

“b) na Rua Afonso Carvalho Kohler, a partir do cruzamento com a Rua Saulo de Carvalho, na extensão de 35,70m, diante do lote 4 da quadra 180.

“Existe a abertura de ruas em todas as quadras. Porém, a pavimentação é inexistente, exceto nas Ruas Basílio Humenhuk, diante da quadra 432 (local de situação dos lotes 1, 2, 3 e 4) e Roberto Ehlke, diante da quadra 432 (local de situação dos lotes 11, 12 e 13) e da quadra 433 (local de situação dos lotes 1 e 2), as quais apresentam revestimento através de pavimentação asfáltica.

“15. É bem verdade que toda a execução das obras antes mencionadas e exigidas pela lei fica a cargo do loteador, mas sob a imediata e rígida fiscalização do Município, que tem o dever de acompanhar e exigir que as obras sejam executadas dentro do prazo máximo de dois anos (art. 55, Lei n. 1.747/83), obviamente na hipótese de a execução do projeto não ser imediata. No caso em tela o prazo era de dois anos, conforme já mencionado. Por isto é que o Município recebeu lotes em garantia, que ficaram caucionados (parágrafos primeiro e segundo do art. 55). Se o loteador fosse ina-

dimplente, cumpria à entidade política alienar os lotes e com o produto recebido concluir a infra-estrutura necessária imposta pela lei. O artigo 56 da lei municipal não deixa qualquer dúvida: *Findo o prazo para a execução das obras e benfeitorias, não tendo o loteador cumprido com o disposto no art. 55, a Prefeitura executará os imóveis dados em garantia e com o valor levantado cumprirá as obrigações do loteador inadimplente.* A caução estava devidamente averbada junto ao registro de imóveis (av. 2-14.367, matrícula n. 14.367).

“16. Acontece, porém, que o Município liberou gratuitamente os lotes que lhe foram dados em garantia, isto mesmo tendo conhecimento da inadimplência do loteador. Mediante ‘Termo de Liberação de Caução’ datado de 16 de dezembro de 1987, foram liberados todos os lotes caucionados, cujo ato foi devidamente averbado ao cartório do registro de imóveis. Consta expressamente do termo de liberação que os lotes foram liberados da caução pelo fato de os loteadores terem terminado a infra-estrutura prevista na lei federal e na lei municipal. O mais impressionante é que a liberação da caução ocorreu em 16 de dezembro de 1987, mas o loteador doou os lotes ainda em data de 23 de novembro de 1987, sendo o registro efetuado em 15 de dezembro de 1987 (...).

“17. Ou seja, ainda que não executadas todas as obras exigidas em lei, o Município estranhamente liberou os lotes caucionados, os quais, antes mesmo do ato liberatório, haviam sido doados pelo loteador aos próprios filhos (que são os requeridos), com exceção do lote 08, da quadra 179 (matrícula 15.303). Referida liberação, ver-

dadeira falsidade ideológica, vulnerou o art. 56 da lei municipal, *verbis*: *Realizadas pelo interessado as obras e benfeitorias exigidas, poderá ser requerida a liberação da área caucionada, procedendo-se conforme o disposto nos artigos 53 e 54.* Somente após a efetiva realização das obras e benfeitorias é que os lotes poderiam ser liberados. Inequívoco que, ao assim proceder, violou a administração pública um dos fundamentais princípios constitucionais que devem nortear a sua atividade: o da legalidade, insculpido no artigo 37 da Constituição Federal. A administração tem o dever de cumprir a lei e jamais poderia liberar os lotes caucionados sem verificar se o loteador havia executado as obras e benfeitorias necessárias. O ato administrativo assim expedido é nulo por contrariar os princípios da legalidade e também o da finalidade, entendido este como o desvio do direcionamento do ato para o interesse público, uma vez que a liberação ocorreu sem que todas as obras tivessem sido realizadas”.

Foram ofertadas contestações por Liria Terezinha Greipel Schumacher (fls. 97/101), Leonidas Ernesto Greipel (fls. 112/117), Leatrice Greipel Ribeiro (fls. 119/125), Leones Greipel (fls. 139/144) e município de Canoinhas (fls. 127/137).

O Juiz Roberto Lepper rejeitou as preliminares suscitadas e julgou procedentes os pedidos, registrando na sentença:

“Diante do exposto, rejeitadas as preliminares invocadas pelos requeridos, *julgo procedente* o pedido formulado por meio da presente *Ação Civil Pública* proposta pelo *Ministério Público* contra *município de Canoinhas, Leones*

Greipel, Leonidas Ernesto Greipel, Leatrice Greipel Ribeiro e Liria Therezinha Greipel Schumacher, e, com base nos artigos 11 da Lei n. 7.347/85, 83, 84 e 90 da Lei n. 8.078/90, e artigos 15, 159 e 1.518 do Código Civil, além do artigo 53 da Lei Municipal n. 1.747/83 c/c Lei Federal n. 6.766/79, imponho aos réus a solidária obrigação de fazer, na área restrita do ‘Loteamento Greipel’, consistente em promover a pavimentação e colocação de meio-fio nas ruas do empreendimento, além de completa instalação de rede de água e energia elétrica nos locais onde não apresenta, sob pena de execução específica e pagamento de multa diária de R\$ 300,00, que se reverterá ao fundo mencionado no artigo 13 da Lei n. 7.347/85.

“Para tanto, concedo-lhes o prazo de cento e oitenta dias (180) dias, a fluir do trânsito em julgado desta sentença, para que sejam atendidas as determinações supra-referidas.

“Os réus arcarão com as despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R\$ 500,00 (art. 20, § 4º, do CPC), pois ‘a lei que regula a ação civil pública não isentou o réu dos ônus de sucumbência, quando vencido’ (TJSC, Ap. Cív. n. 47.136, de São Francisco do Sul, rel. Des. Vanderlei Romer, publ. no DJSC n. 9.343, de 23/10/95, pág. 8).

“Considerando que o município de Canoinhas foi condenado, solidariamente, a promover a execução de obras no loteamento descrito na inicial, faz-se necessário o reexame desta sentença em instância superior (art. 475, II, do CPC)” (fl. 183).

As partes não se conformaram com o veredicto.

O município de Canoinhas (fls. 186/207) interpôs apelação, insistindo que: a) não se presta a ação civil pública para os fins visados e não detém o Ministério Público legitimidade ativa *ad causam*; b) “não pode a Municipalidade responder pela execução da infra-estrutura do loteamento, obrigação esta que incumbe exclusivamente ao loteador”; c) foi revogada a Lei n. 1.747/83, pois as exigências nela contidas inviabilizavam qualquer loteamento e são incompatíveis com os destinados às pessoas de baixa renda porquanto elevam os custos dos lotes.

Os demais réus formularam recurso conjunto (fls. 210/218), sustentando, em síntese, que: a) com o julgamento antecipado da lide lhes foi cerceado o direito à defesa; b) são apenas donatários de parte remanescente do imóvel loteado, não sendo, destarte, responsáveis pelo cumprimento das exigências legais relativas à infra-estrutura do loteamento; c) “não houve qualquer comprometimento do loteador em efetuar a pavimentação das ruas, portanto, não podem os donatários dos lotes do loteamento Greipel, ora apelantes, serem responsabilizados em efetuar a pavimentação das ruas”; d) o loteador firmou termo de compromisso com o Município que, recebendo diversos lotes, obrigou-se a realizar a pavimentação e outras obras de infra-estrutura; e) os adquirentes dos lotes não foram lesados porque o preço pago pelos lotes foi proporcional às obras executadas; f) o valor da multa é exagerado e o prazo para cumprimento da obrigação exíguo; g) os honorários advocatícios foram expressamente excluídos do pedido.

O apelado e Procurador de Justiça Kurt Ernesto Hammerschmidt pugnam pela confirmação da sentença.

II — Voto do Relator

1. O Ministério Público é parte legítima para propor ação civil pública na defesa de interesses difusos e individuais indisponíveis (CF, art. 129, III; Lei n. 7.437/85, arts. 1º, II e IV e 5º; Lei n.8.078/90, arts. 81, parágrafo único, I e II, 83 e 84). A respeito da *quaestio*, preleciona lição de Teori Albino Zavascki, citada por Celso Ribeiro Bastos:

“Promover Ação Civil Pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos é função institucional do Ministério Público, poder-dever chancelado, superlativamente, com a inscrição no art. 129, III, da Constituição Federal. A disciplina infraconstitucional da ação está, basicamente, na Lei n. 7.347, de 24/7/85 (‘Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico...’), na Lei n. 7.853, de 24/10/89 (‘Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiências, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE), institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos e difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes...’), na Lei n. 7.913, de 7/12/89 (‘Dispõe sobre ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores imobiliários’), e na Lei n. 8.078, de 11/9/90, o chamado ‘Código de Prote-

ção e Defesa do Consumidor' ('Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências').

"De todas, a que avulta em importância é a primeira das citadas, a de n. 7.347, de 24/7/85, e isso por duas razões: primeiro, porque todas as demais chamam expressamente por sua aplicação subsidiária; depois, porque suas disposições regem, além das ações de responsabilidade por danos causados nas hipóteses nela elencadas, também as que decorrem de danos 'a qualquer outro interesse difuso ou coletivo' (art. 1º, inciso IV, acrescentado pelo art. 110 da Lei n. 8.078, de 11/9/90). É lícito afirmar-se, pois, que, à falta de norma específica, é à Lei n. 7.347/85 que o Ministério Público há de recorrer sempre que seja necessário para o exercício pleno da sua função institucional, seja no que diz com direitos e interesses difusos e coletivos, seja no concernente a patrimônio público e social" (Comentários à Constituição Federal, Saraiva, 1997, vol. 4, tomo IV, págs. 156/7).

Com ele consoa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"O Ministério Público é parte legítima para a defesa dos interesses dos compradores de imóveis loteados, em razão de projetos de parcelamento de solo urbano, face a inadimplência do parcelador na execução de obras de infra-estrutura ou na formalização e regularização dos loteamentos" (REsp n. 108.249, Min. Peçanha Martins).

"O Ministério Público tem legitimção ativa *ad causam* para promover ação civil pública destinada à defesa dos interesses difusos e coletivos, incluindo aqueles decorrentes de

projetos referentes ao parcelamento do solo urbano" (REsp n. 174.308, Min. Milton Luiz Pereira).

2. Sobre a responsabilidade dos municípios pela aprovação de loteamento irregular ou pela omissão no dever de fiscalizar a execução das obras de infra-estrutura, do voto inserido no acórdão relativo à Apelação Cível n. 1997.013169-0, cujos substratos fáticos e jurídicos são similares ao do caso *sub examine*, destaco o excerto abaixo:

"1.5. A Lei n. 6.766/79 disciplina o parcelamento do solo urbano. No artigo 18 dispõe que, 'aprovado o projeto de loteamento ou de desmembramento, o loteador deverá submetê-lo ao registro imobiliário dentro de 180 (cento e oitenta) dias, sob pena de caducidade', acompanhado, entre outros documentos, de 'cópia do ato de aprovação do loteamento e comprovante do termo de verificação pela Prefeitura da execução das obras exigidas por legislação municipal, que incluirão, *no mínimo, a execução das vias de circulação do loteamento*, demarcação dos lotes...' (inciso V, promovi o destaque).

"Também prescreve que a 'Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal quando for o caso, poderá regularizar o loteamento ou desmembramento não autorizado ou executado sem observância das determinações do ato administrativo de licença, para evitar lesão aos seus padrões de desenvolvimento urbano ou na defesa dos direitos dos adquirentes de lotes' (art. 40). A respeito, leciona Diógenes Gasparini:

'As obras exigidas pela legislação federal e municipal, executadas, antes ou depois do registro, pelo parcelador, sob a fiscalização do Municí-

pio, uma vez concluídas, serão comprovadas através do Termo de Verificação, requerido pelo interessado e expedido pelo Município. Assim, se executadas as obras mínimas exigidas pela Lei Federal em apreço e outras se impostas pela legislação municipal, caberá ao Município atestar a conclusão. O pedido do Termo de Verificação deve ser providenciado com oportunidade, isto é, deve ser requerido com tempo suficiente para que o Município proceda à verificação, certifique esse fato no processo de aprovação e o expeça. A lei municipal pode marcar um prazo máximo para que se leve a efeito a fiscalização e a expedição do Termo de Verificação, após ser requerido pelo interessado, se em ordem a execução. Esse atestado, chamado pela lei de Termo de Verificação, é juntado ao pedido do registro, e uma cópia integra o processo de aprovação. O interessado deve assinar na cópia que fica em poder da Administração Municipal, e declarar que recebeu, em tal data, o original.

‘Alerte-se que não pode ser atestada a conclusão se esta não aconteceu ou se as obras foram realizadas em desacordo’ (O município e o parcelamento do solo, Saraiva, 2ª ed., 1988, pág. 99).

“Embora diga a lei que o Município ‘poderá’ promover a regularização, tenho que a norma torna-se cogente se o registro do loteamento ou do desmembramento foi levado a efeito porque ele expediu o ‘termo de verificação’ sem ter inspecionado a área, sem examinar se foram ou não implantadas as vias de circulação. Nessa hipótese, tem obrigação de abri-las, propiciando condições mínimas de ocupação dos

lotes pelos que os adquiriram confiantes na regularidade do loteamento.

“Havendo expedição do termo de verificação sem que o loteador tenha cumprido as exigências legais, o Município torna-se solidariamente responsável pela conclusão das obras de infra-estrutura previstas em lei ou no projeto do loteamento. Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

‘Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado, a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos’ (Ato administrativo e direitos dos administrados, RT, 1981, pág. 121).

“Da jurisprudência, colho os julgados que seguem:

‘A omissão do Município, ao aprovar loteamento disforme dos padrões de infra-estrutura legal, em nada socorre o loteador, pois sua responsabilidade pela conclusão dos trabalhos de infra-estrutura permanece inalterada. E esta responsabilidade decorre da própria Lei Substantiva Civil (artigos 159 e 1.518)

‘Num segundo plano, mas, com idêntica responsabilidade (art. 15 do Código Civil), o Município divide com o loteador a responsabilidade pela lesão a que deu causa, ao aprovar deliberadamente o loteamento, com inobservância das regras estabelecidas pela legislação municipal específica’ (Ap. Cív. n. 50.860, rel. Des. Francisco Borges).

‘Indenização — Fazenda Pública — Município — Deslizamento de terras ocorrido em loteamento durante fortes chuvas — Inexistência de obras de infra-estrutura que propiciassem segurança às construções existentes — Omissão da Administração, por ocasião da aprovação e ulterior implantação do loteamento — Culpa concorrente dos autores’ (TJSP, AC n. 239.250-1, Des. Antonio Villen).

“1.6. A obrigação de implantar ou reabrir a via pública não significa que deva o Município avançar sobre áreas que estejam sendo ocupadas por terceiros. Na petição inicial, os autores expressamente ressaltam essa peculiaridade, registrando que ‘a invasão dos lotes de particulares e dos próprios AA. serão solucionadas em procedimento próprio’. Se for o caso, deverá, primeiramente, promover demanda para retirar os invasores”.

O acórdão está assim ementado:

“O Município tem obrigação de ‘reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos’ (Celso Antônio Bandeira de Mello)”.

Há precedentes do Superior Tribunal de Justiça que respaldam a tese:

“O Município tem o poder-dever de agir no sentido de regularizar loteamento urbano ocorrido de modo clandestino, sem que a Prefeitura Municipal tenha usado do seu poder de polícia ou das vias judiciais próprias, para impedir o uso ilegal do so-

lo. O exercício desta atividade é vinculado” (REsp n. 124.714, Min. Francisco Peçanha Martins).

“1. É dever do Município fiscalizar os loteamentos, desde a aprovação até a execução de obras.

“2. A CF/88 e a lei de parcelamento do solo (Lei n. 6.766/79) estabelecem a solidariedade na responsabilidade pela inexecução das obras de infra-estrutura (art. 40).

“3. Legitimidade do município para responder por sua omissão e inação da loteadora” (REsp n. 252.512, Min. Eliana Calmon).

3. Os demais réus — Leones Greipel, Leonidas Ernesto Greipel, Leatrice Greipel Ribeiro e Liria Terezinha Greipel Schumacher — herdeiros do loteador Ernesto Willibaldo Greipel, respondem pelas obrigações legais e contratuais até o montante dos seus respectivos quinhões.

Não há afastar a responsabilidade da herdeira Liria Terezinha Greipel Schumacher (fl. 103). Embora tenha demonstrado que não é donatária de lotes do loteamento questionado, não há prova de não ter sido aquinhoadada com outros bens do loteador.

4. Dispõe o Código de Processo Civil que o juiz deve indeferir as diligências e provas inúteis ou meramente protelatórias (art. 130) e conhecer diretamente do pedido “quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência” (art. 330, I). Não há cerceamento de defesa quando o juiz, depurando-se com qualquer das duas hipóteses previstas na lei processual, dispensa a realização de audiência e

judga antecipadamente a lide. Os tribunais recomendam essa solução:

“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” (RE n. 101.171, Min. Francisco Rezek, *in* RTJ 115/789).

“Inexiste cerceamento de defesa se os fatos alegados haveriam de ser provados por documentos, não se justificando a designação de audiência” (REsp n. 1.344, Min. Eduardo Ribeiro).

Sendo incontroverso que nem todas as obras de infra-estrutura previstas na lei municipal foram realizadas, o julgamento antecipado da lide não importou em prejuízo ao direito de defesa.

Ademais, a apuração do *quantum debeatur* se fará em liquidação.

5. O pleito do Ministério Público está calcado nas disposições do art. 53 da Lei n. 1.747, de junho de 1983, que assim dispunha:

“Constitui condição essencial à aprovação de qualquer loteamento, a execução das seguintes obras e benfeitorias pelo interessado, após a aprovação do respectivo projeto:

“I — Sistema de escoamento das águas pluviais;

“II — Rede de distribuição de água;

“III — Rede de distribuição de energia elétrica e iluminação pública;

“IV — Demarcação dos lotes, quarteirões e logradouros;

“V — Execução das vias de circulação, incluindo calçamento e colocação de meio-fio.

“Parágrafo único — A Prefeitura Municipal, pelo órgão competente, promoverá vistoria no local, e, desde que seja constatado o cumprimento do disposto no presente artigo, expedirá Termo de Verificação” (fl. 35).

O inciso V foi suprimido pela Lei n. 2.607, de 25 de outubro de 1993. Em agosto de 2001 foi sancionada a Lei n. 3.330, que inseriu no novo parágrafo ao art. 53:

“§ 2º. Em razão da inexecutabilidade do inciso V do artigo 53 da Lei n. 1.747 de 9/6/1983, revogado pela Lei n. 2.607 de 25/10/1993, ficam os efeitos da não obrigatoriedade da inclusão de calçamento e colocação de meio-fio, estendidos, retroativamente, à data de 9 de junho de 1983” (fl. 156).

Vê-se que o legislador municipal fez retroagir a junho/83 os efeitos da Lei n. 2.607/93, expressamente. A base legal do pleito do Ministério Público sofreu modificação; o fato superveniente (CPC, art. 462) não pode ser ignorado. A condenação deve restringir-se às obrigações legais conforme a Lei n. 2.607/93.

Poder-se-á argumentar que persiste íntegro o pedido, o interesse de agir nos termos em que a demanda foi proposta, pois tem como beneficiários os adquirentes dos lotes nesse loteamento. É possível que sim, mas com outro fundamento. Nesse caso, seria necessário demonstrar que lhes foi prometido o calçamento e que teriam sido vítimas de propaganda enganosa.

No expressivo dizer de Georges Ripert, “quando a lei ignora a rea-

lidade, a realidade se vingando ignorando a lei”. Se fosse mantida a exigência do inc. V do art. 53 da Lei n. 1.747/83, por certo famílias de baixa renda não teriam condições de adquirir os lotes; os custos da infra-estrutura prevista na lei acabariam por tornar os seus preços excessivamente elevados. Atento a essa realidade que o legislador municipal desprezou, na sentença disse o MM. Juiz de Direito:

“Se me é permitido um breve comentário, apesar de obrigatório na época da realização a aprovação do loteamento, tenho para mim que a exigência de pavimentação e meio-fio em loteamentos destinados à população de baixa renda constituía-se ainda um projeto ousado, utópico até. Não há dúvida de que este padrão de primeiro mundo, seria, teoricamente, o ideal para os loteamentos populares, mas, na prática, revela-se um protótipo legal bastante audacioso, que acabaria por frustrar o acalentado desejo das famílias economicamente menos favorecidas de conquistarem seu próprio imóvel. Isto porque a pavimentação de vias públicas, qualquer que seja a técnica empregada (asfalto ou paralelepípedo), tem um custo elevado, e, sem dúvida, inviabilizaria projetos populares em razão do elevado preço final de comercialização de cada lote, proibitivo ao público consumidor a que se destina” (fl. 180).

7. Tem razão o Município quanto aos honorários advocatícios, conquanto por argumento diverso do exposto no recurso.

Na petição inicial, o autor expressamente requereu a condenação dos réus ao pagamento das despesas

processuais, “excetuados honorários advocatícios” (fl. 16).

8. Pelas razões expostas, dou provimento parcial ao recurso do Município para limitar a obrigação dos réus às disposições da Lei n. 2.607, de 25 de outubro de 1993, e para isentá-lo do pagamento dos honorários advocatícios; dou provimento parcial ao recurso dos demais réus para limitar a responsabilidade, na eventual hipótese do descumprimento da obrigação, ao montante dos respectivos quinhões hereditários.

III — Voto do Des. Luiz César Medeiros

Dirijo do Relator, parcialmente. Entendo que os efeitos da lei municipal editada posteriormente à aprovação do loteamento e à venda dos lotes não podem retroagir para alcançar situações já consolidadas. *In casu*, é de se aplicar a regra do art. 6º da Lei de Introdução do Código Civil: “A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

IV — Voto do Des. Francisco Oliveira Filho

Peço vênia ao Relator para acompanhar o voto do Desembargador Luiz César Medeiros.

V — Decisão

Por votação unânime, deram provimento ao recurso dos réus Leones Greipel, Leonidas Ernesto Greipel, Leatrice Greipel Ribeiro e Liria Terezinha Greipel Schumacher para excluir da sentença os honorários advocatícios e para limitar a responsabilidade deles pelo descumprimento das obrigações do loteador ao

montante dos respectivos quinhões hereditários. De ofício, reformaram a sentença para exonerar o Município do pagamento das custas judiciais. Vencido, parcialmente, o Des. Newton Trisotto quanto à aplicação da Lei n. 2.607, de 25 de outubro de 1993.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Luiz Cézar Medeiros.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o

Exmo. Sr. Dr. Kurt Ernesto Hamerschmidt.

Florianópolis, 20 de novembro de 2001.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.004296-0, DE BOM RETIRO

Relator: Des. Newton Trisotto

Tributário — Execução fiscal — Mercadoria transportada sem cobertura de documentação fiscal — Responsabilidade solidária do transportador pelo pagamento do tributo e da multa — Alienação do veículo anteriormente à notificação — Ilegitimidade passiva — Falta de registro da transferência na repartição de trânsito.

O transportador é solidariamente responsável pelo pagamento do ICMS incidente sobre a mercadoria transportada sem cobertura de documento fiscal idôneo e pela multa (Decreto n. 3.017/89, art. 7º, II, a). No entanto, não responde pela obrigação tributária aquele em cujo nome se encontra registrado o veículo na repartição de trânsito se comprovado, estreme de dúvida, que o alienara anteriormente à notificação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.004296-0, da comarca de Bom Retiro, em que é apelante o Estado de Santa Catarina e apelado Gelson Luiz dos Santos:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso e confirmar a sentença sob reexame necessário.

Sem custas.

I — Relatório

O Estado de Santa Catarina ajuizou execução fiscal contra Gelson Luiz dos Santos, calcada em certidão de dívida ativa que assim descreve a natureza do crédito tributário: “1992 — ICMS — por transportar as mercadorias constantes do anexo ‘R’, no valor total de CR\$ 1.250.000,00

(hum milhão, duzentos e cinquenta mil cruzeiros), sem cobertura de documentação fiscal”.

O Juiz Mário Bianchini Júnior julgou procedentes os embargos e extinta a executiva. Para Sua Excelência, há nos autos prova de que o veículo — no qual eram transportadas as mercadorias descritas no documento anexo à notificação que deu origem à certidão de dívida ativa — já havia sido alienado pelo embargante anteriormente à data em que foi lavrada a notificação fiscal.

O Estado de Santa Catarina interpôs apelação, sustentando, em síntese, que, “por ocasião da notificação fiscal, que flagrou a prática irregular de transporte de mercadorias, a documentação apresentada pelo motorista do caminhão apontava como seu proprietário o ora apelado”, e que não há prova de alienação do veículo anteriormente à notificação fiscal. Alternativamente ao pedido de rejeição dos embargos reclama a redução dos honorários advocatícios.

O apelado pugna pela manutenção do veredicto.

O eminente Procurador de Justiça José Antônio Salvadori manifestou-se no sentido da “decretação da nulidade do processo a partir do momento em que o representante do Ministério Público deveria intervir”.

II — Voto

1. Só o fato de a sentença estar sujeita ao reexame necessário é suficiente para evidenciar a existência de interesse público na causa, a impor a intervenção do Ministério Público (Ap. Cív. n. 1998.014994-0; AI

n. 2000.020138-3). Todavia, não se decreta a nulidade do processo se não houver prejuízo à parte. A respeito, anotam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

“A falta de intervenção do MP nas causas de interesse público enseja a nulidade do processo, alcançando todos os atos praticados a partir de quando era devida a intervenção. A nulidade só é decretada se a falta de intervenção do MP trouxe prejuízo ao interesse público, o que deve ser avaliado caso a caso” (Código de processo civil comentado, RT, 1997, 3ª ed., pág. 379).

Há precedentes do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no mesmo sentido:

“Só o fato de a sentença estar sujeita a reexame necessário (CPC, art. 475, II) é suficiente para evidenciar a existência de interesse público na causa. Conseqüentemente, é obrigatória a intervenção do Ministério Público (CPC, art. 82, III).

“Versando a lide a respeito de matéria de fato, é nulo o processo se nele não interveio o representante do *Parquet*, não podendo a omissão ser suprida pela Procuradoria de Justiça, salvo se evidente a ausência de prejuízo à pessoa jurídica de direito público” (Ap. Cív. ns. 2000.005220-5 e 1999.019852-9).

“Não arrosta a nulidade do processo a ausência do representante do Ministério Público à audiência, dès que intimado tenha sido para ela e inorra prova de prejuízo resultante dessa não intervenção” (AI n. 7.163, Des. Alcides Aguiar; Ap. Cív. n. 1998.014542-2, Des. Pedro Manoel Abreu).

Esse princípio, consagrado na expressão francesa *pas de nullité sans grief*, tem aplicação ao caso *sub judice*. A toda evidência, da não-intervenção do representante local do *Parquet* no processo, nenhum prejuízo resultou ao exequente.

Rejeito, pois, a prejudicial suscitada pela douta Procuradoria-Geral de Justiça.

2. O transportador é solidariamente responsável pelo pagamento do ICMS incidente sobre a mercadoria transportada sem cobertura de documento fiscal ou de documento fiscal idôneo, e pela multa (Decreto n. 3.017/89, art. 7º, II, a). No entanto, não responde pela obrigação tributária aquele em cujo nome se encontra registrado o veículo na repartição de trânsito se comprovado, estreme de dúvida, que o alienara anteriormente à notificação. Da jurisprudência colaciono julgados que respaldam a tese:

“Evidenciando-se dos autos que a execução foi promovida contra quem não era o proprietário do veículo transportador da mercadoria, na data da notificação efetuada pela Fazenda Estadual, resta configurada a ilegitimidade passiva do executado, rendendo ensejo à procedência dos embargos e à extinção da execução fiscal” (Ap. Cív. n. 37.357, Des. Pedro Manoel Abreu).

“O antigo proprietário do veículo transportador, que o alienou comprovadamente antes da infração fiscal, não é responsável por esta, ainda que a transferência não tenha se efetivado, à data da infração, nos registros do Detran” (Ap. Cív. n. 47.510, Des. João José Schaefer).

“Embargos à execução fiscal — Comprovação de transferência anterior à notificação fiscal — Ilegitimidade de parte — Fixação dos honorários advocatícios — Princípio da razoabilidade.

“Transfere-se o domínio de bens móveis pela tradição, não sendo necessário o registro do título de aquisição junto à competente repartição, a contrário senso do que ocorre com a propriedade imóvel” (Ap. Cív. n. 1999.016104-8, Des. Volnei Carlin).

“Embargos à execução fiscal. Certidão lavrada contra quem não era mais proprietário do veículo transportador das mercadorias a descoberto de documentação fiscal, à época da infração. Acolhimento dos embargos e extinção da executiva. Remessa e recurso improvidos” (Ap. Cív. ns. 1999.020577-0 e 1999.018837-0, Des. Cesar Abreu).

“Embargos à execução fiscal. ICMS. Comprovação de transferência do veículo anterior à notificação fiscal. Ilegitimidade de parte. Reconhecimento, *ex officio*, nesta instância recursal. Inteligência dos arts. 267, VI, c/c o § 3º, e 301, § 4º, do CPC. Ausência de responsabilidade tributária. Extinção da execução mantida, por fundamento diverso. Remessa e recurso conhecidos e providos” (Ap. Cív. n. 1997.010111-2, Des. Cesar Abreu).

No caso *sub examine*, as mercadorias que deram origem à autuação fiscal estavam sendo transportadas no veículo marca Fiat, modelo 80N, placa JR 0054. O documento de fl. 4 comprova que atualmente ele pertence a Daniel de Jesus, que o adquiriu de Vítório

Amaral de Jesus e este, por seu turno, do embargante. O documento de fl. 19 prova que o negócio jurídico foi realizado em 3/5/91, ou anteriormente. Nessa data foi autenticada a assinatura de Gelson Luiz dos Santos na “Autorização para Transferência de Veículo”. Por derradeiro, registro que o veículo não era conduzido pelo embargante, fato que reforça a verossimilhança da sua versão.

3. Os honorários advocatícios foram fixados em 20% (vinte por cento) “sobre o valor da causa” na data da protocolização da execução, R\$ 315,97 (trezentos e quinze reais e noventa e sete centavos). Considerando que, omissa a petição inicial dos embargos, o valor da causa corresponde ao da execução (REsp n. 174.386, Min. Milton Luiz Pereira), os honorários advocatícios correspondem aproximadamente a R\$ 63,20 (sessenta e três reais e vinte centavos). Surpreende a irresignação do Estado.

4. Pelas razões acima expostas, nego provimento ao recurso e confirmo a sentença sob reexame necessário.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, negaram provimento ao recurso e confirmaram a sentença sob reexame necessário.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Luiz César Medeiros e Newton Janke. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. José Antônio Salvadori.

Florianópolis, 9 de setembro de 2002.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente para o acórdão;
Newton Trisotto,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.017922-2, DA CAPITAL

Relator: Des. Mazoni Ferreira

Supermercados — Funcionamento aos domingos e feriados — Supremacia da Legislação Federal que autoriza a exceção — Lei n. 605/49 — Decreto n. 27.048/49 — Serviços essenciais de primeira necessidade — Recurso desprovido.

Não pode o Sindicato dos Empregados no Comércio de Florianópolis invocar lei municipal que condiciona o funcionamento de supermercados aos domingos e feriados a prévio acordo ou convenção coletiva de trabalho com a entidade sindical, uma vez que a Lei Federal n. 605/49, regulamentada pelo Decreto n. 27.048/49, permite em caráter permanente que o comércio de gêneros de primeira necessidade funcione nos dias de repouso. Assim, os atuais supermer-

cados, espécie moderna dos mercados de outrora, beneficiam-se com esta orientação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.017922-2, da comarca da Capital, em que é apelante o Sindicato dos Empregados no Comércio de Florianópolis e apelado Supermercados Imperatriz Ltda.:

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

Custas na forma da lei.

Perante o Juízo da 1ª Vara Cível da comarca da Capital, o Sindicato dos Empregados no Comércio de Florianópolis promoveu em 25/9/97 ação de cumprimento de obrigação de não fazer, com pedido de tutela antecipada em face de Supermercados Imperatriz Ltda., alegando em síntese que a Medida Provisória n. 1.539-34 de 7/8/97 autorizou o trabalho aos domingos no comércio varejista em geral, tendo estabelecido que fossem respeitadas as normas de proteção ao trabalho e o art. 30, I, da CF. Sustentou que essa norma gerou grande alvoroço nos meios de comunicação de massa e, embora cientes da limitação legal quanto ao funcionamento do comércio aos domingos no município de Florianópolis, as empresas do setor decidiram abrir suas portas, algumas em todos os domingos, outras no primeiro e no último domingo de cada mês. Asseverou que o réu ameaça adotar a deliberação, obrigando que seus funcionários trabalhem nos domingos e que essa deliberação coloca em pé de guerra não só o setor em que atua o

réu, mas todo o ramo do comércio varejista e, inclusive, o atacadista, já que a concorrência, fatalmente, fará com que todos venham a abrir suas portas, sendo incomensurável o prejuízo a ser causado aos trabalhadores representados pelo autor. Requereu a concessão da tutela antecipada para o fim de determinar que se abstenha o réu de abrir as portas de seus estabelecimentos aos domingos, com as exceções legais, fixando-se multa em valor que se sobreponha às projeções de venda para o caso de descumprimento, a citação da ré, a produção de provas e a final procedência do pedido.

Em contestação o réu argüiu as preliminares de carência de ação e ausência de interesse processual. No mérito sustentou que os seus maiores concorrentes já obtiveram a tutela judicial que os autoriza a manter seus estabelecimentos comerciais abertos aos domingos, e se não adotar o mesmo critério estará fatalmente fadado a sucumbir no seu ramo de negócios, pois o comércio só prospera quando passa a atender a todas as exigências de seus clientes, principalmente se se considerar a concorrência feroz que suporta; perdendo sua clientela, aí sim é que o prejuízo seria muito maior pois colocaria em risco o emprego de seus funcionários. Discorrendo acerca da legislação municipal afirmou que o art. 3º da Lei n. 4.192/93 é uma verdadeira aberração, pois a Constituição Federal conferiu aos municípios, em sentido estrito, o poder normativo, e estes não

podem transferi-lo a ente de competência diversa. Aduziu que a proibição do funcionamento do comércio aos domingos pela legislação municipal fere dispositivo de lei federal, portanto, deve este prevalecer. Ao final pugnou pela extinção do feito sem julgamento do mérito ou alternativamente pela improcedência da ação.

O autor impugnou a contestação (fls. 87/89).

Em despacho de fl. 91 foram afastadas as preliminares suscitadas e negada a tutela antecipada.

Em audiência, a proposta conciliatória restou infrutífera, oportunidade em que foi deferido às partes o prazo para a apresentação de suas alegações finais.

Sentenciando, o Dr. Juiz de Direito julgou improcedente a ação, condenando o autor ao pagamento de custas e honorários, estes fixados no percentual de 20% sobre o valor da causa.

Irresignado, o autor apelou tempestivamente, pugnando pela reforma da sentença, sustentando, em síntese, que o horário de funcionamento do comércio em Florianópolis está devidamente regulamentado pelas Leis Municipais ns. 1.224/74 e 4.192/93 em conformidade com o disposto no inciso I do art. 30 da Constituição Federal, que veda a abertura do comércio varejista aos domingos. Sustentou, ainda, que para haver a abertura do comércio aos domingos é necessário o prévio acordo entre os comerciantes e a entidade representante dos comerciantes conforme dispõe o art. 1º do Decreto n. 99.467/90.

O recurso foi contra-arrazoado.

É o relatório.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Sindicato dos Empregados no Comércio de Florianópolis irresignado com a decisão proferida nos autos da ação de cumprimento de obrigação de não fazer, com pedido de tutela antecipada promovida em face dos Supermercados Imperatriz Ltda., que julgou improcedente a ação.

A matéria *sub examinem* cinge-se à possibilidade ou não de funcionamento de supermercados aos domingos, uma vez que o ordenamento legislativo municipal impõe como condicionante o prévio acordo entre os comerciantes e o sindicato dos comerciários, acordo esse *in casu* inexistente.

O insigne Hely Lopes Meirelles a respeito leciona:

“Os supermercados ou hipermercados são os mais modernos estabelecimentos de venda a varejo de gêneros e produtos de consumo doméstico, caracterizados pelos auto-serviço e pagamento à vista na apresentação da mercadoria retirada pelo próprio consumidor. São estabelecimentos comerciais particulares, mas sujeitos a regulamentação e controle específicos pelo Município, pelas profundas implicações com a vida da cidade. Daí a necessidade da ordenação de seu funcionamento de acordo com os interesses e peculiaridades locais. Obviamente o Município não irá regular a atividade econômica desses centros de venda, mas, sim, a sua operacionalidade no que se relaciona com a segurança do público, a higiene na exposição dos produtos, os dias e horários de abertura e fechamento, sujeitando-os a licenciamento prévio e es-

pecial e à permanente fiscalização da Prefeitura” (Direito Municipal Brasileiro, São Paulo, Malheiros, 1993, 6ª ed., págs. 325/326).

Impende destacar que em torno da *quaestio* há controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Todavia perfilho a tese segundo a qual o funcionamento dos supermercados nos horários ou dias de repouso não se sujeita à legislação municipal ou a prévio acordo com o sindicato dos comerciários.

A Súmula 419 do STF dispõe: “Os municípios têm competência para regular o horário de comércio local, desde que não infrinjam leis estaduais ou federais válidas” sendo clara e precisa ao estabelecer até onde vai a competência dos municípios sobre a matéria de regular horário de funcionamento do comércio local. *In casu*, não se aplica o verbete aos supermercados.

Com o objetivo de proteger o descanso do trabalhador nos domingos e feriados, proíbe a legislação obreira o funcionamento de estabelecimentos comerciais nesses dias, permitindo, mediante autorização, caso a caso, a exceção.

Ao lado dessa excepcionalidade, autorizada pela Lei Federal n. 605, de 5/1/49, e taxativamente enumerados na relação que acompanha o Decreto Regulamentador n. 27.048, de 12/8/49, existem certos e determinados estabelecimentos que podem funcionar nos dias feriados e aos domingos, independentemente de autorização.

Na referida relação está o “mercado”, não sendo contemplado o “supermercado” ou o “hipermercado”.

A relação do decreto regulamentador em referência é taxativa e, pelo caráter de excepcionalidade da norma, deve ser interpretado literalmente.

Ressalta-se que, diante do decurso do tempo, é de se ponderar que quando da publicação da Lei n. 605/49 ainda não haviam “super” ou “hipermercados”.

A questão é meramente de interpretação legislativa. A Lei n. 605/49 que, ao regular a matéria referente ao repouso semanal remunerado, determinou no artigo 10 a definição, pelo Executivo, das empresas que poderiam funcionar aos domingos e feriados por exigências técnicas *in verbis*:

“O Poder Executivo, em decreto especial ou no regulamento que expedir para fiel execução desta lei, definirá as mesmas exigências e *especificará, tanto quanto possível, as empresas a elas sujeitas*, ficando desde já incluídas entre elas as de serviços públicos e de transporte”.

A transcrição não é demasiada para realçar a perspicácia do legislador quanto à dificuldade que teria o Executivo de enumerar, taxativamente, as empresas que seriam contempladas com a exceção.

Na relação anexa ao Decreto n. 27.048/49 não há alusão aos “super” ou “hipermercados”, modalidades razoavelmente recentes de mercado, em que estão concentradas diversas atividades de comércio.

Assim, temos, nos atuais supermercados, algumas das atividades enumeradas no item I da relação, identificadas como indústria, dentre as quais destaca-se:

a) frio industrial, fabricação e distribuição de gelo;

b) pastelaria, confeitaria e panificação em geral.

E, no item II, nominadas de comércio:

a) varejistas de peixes;

b) varejistas de carnes frescas e caça;

c) venda de pães e biscoitos;

d) varejistas de frutas e verduras;

e) varejistas de aves e ovos;

f) flores e coroas.

Ora, se há permissivo legal para o fundamento excepcional e permanente de cada uma das atividades destacadas per si, porque entender-se que, se concentradas as diversas atividades em um único estabelecimento comercial, não é possível o alcance da norma permissiva?

O insigne Min. José de Jesus Filho, no corpo do acórdão referente ao Recurso Especial n. 94.559, da Bahia, assim se pronunciou:

“O Decreto n. 27.048/49, que regulamentou a Lei n. 605/49, realmente permite a atividade comercial, nos dias de repouso, para atender ao comércio de gêneros de primeira necessidade. A lei não previa os supermercados modernos, com sua diversificação, incluindo todas as mercadorias. Entretanto, até que haja regulamentação específica do assunto, tais estabelecimentos se beneficiarão da lei comum”.

Linhas após, sustenta o eminente Ministro:

“Supermercado é espécie moderna do gênero mercado. É um mer-

cado onde se encontra de tudo e onde se fornecem refeições e gêneros alimentícios, possibilitando facilidade e concentração de compras, sem as quais a vida da dona de casa que trabalha e que também tem direito a descanso seria extremamente dificultosa.

“Não se trata de aplicação analógica, nem mesmo de dilatação da *mens legis*. A compreensão do termo supermercado na acepção de mercado comporta-se na *mens legis* do Decreto n. 27.048, de 1949. Até etimologicamente, o supermercado é um mercado em escala maior”.

Adaptada a disposição legal às novas condições sociais, dando ao comando antigo, datado de 1949, os efeitos novos, mantendo assim o contato do direito com a vida, a outra conclusão não se pode chegar senão a de que os supermercados podem ser incluídos dentre os estabelecimentos que, pelas suas especiais condições de funcionamento, estão autorizados pelo Decreto n. 27.048/49, em caráter permanente, sob o aspecto da legislação obreira, sem intromissão com a competência garantida constitucionalmente à municipalidade, a funcionarem aos domingos e feriados.

Em abono à assertiva colaciono os seguintes precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Constitucional e administrativo. Supermercados. Horário de funcionamento. Domingos e feriados. Autonomia municipal. Art. 30, I, da Carta Magna. Lei n. 605/49. Decreto n. 27.048/49. Súmula 419/STF.

“1. A Constituição Federal, em seu art. 30, inciso I, autoriza, dentro do princípio de autonomia municipal e em observância a esse princípio, compe-

tência exclusiva ao legislativo municipal para legislar sobre assuntos de interesse local.

“2. O Decreto n. 27.048/1949, que regulamentou a Lei n. 605/1949, permite que o comércio de gêneros de primeira necessidade funcione nos dias de repouso. Os atuais supermercados, gênero mais moderno dos mercados de outrora, beneficiam-se de tal orientação.

“3. Predomina a competência da União Federal, decorrente das exigências sociais e econômicas contemporâneas, para legislar sobre as atividades comerciais varejistas no território nacional. O interesse coletivo com alcance nacional prevalece sobre o ‘peculiar interesse’ do município, cuja competência para legislar sobre o assunto é supletiva.

“4. O ato vergastado — que proíbe o funcionamento dos supermercados nos domingos e feriados — viola o princípio de livre concorrência, tendo em vista que impõe limitações a situações idênticas de outros estabelecimentos comerciais e isso não se constata da lei.

“5. Pacificado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que não comete qualquer infração supermercado que abra as suas portas ao público em dias não úteis (domingos e feriados).

“6. A Súmula 419/STF (‘os municípios têm competência para regular o horário de comércio local, desde que não infrinjam leis estaduais ou federais válidas’) é clara e precisa ao estabelecer até onde vai a competência dos municípios sobre a matéria de regular horário de funcionamento do comércio

local. *In casu*, não se aplica o presente verbete aos supermercados.

“7. Precedentes desta Corte Superior.

“8. Recurso provido” (REsp n. 297358/PR, rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, j. 15.3.2001, *in* DJ 30.4.2001, pág. 127).

“Administrativo. Legalidade do funcionamento de supermercado aos domingos e feriados. Decreto n. 27.048/49. Lei n. 605/49.

“1. Padrões legais sem interpretação e aplicação nas verberadas composições judiciais ordinárias, faltantes os embargos declaratórios ensejando a apreciação, à falta de prequestionamento, encontram óbices sumulares para admissão do Recurso Especial.

“2. Assentou-se a orientação da Primeira Turma no sentido de que o art. 7º do Decreto n. 27.048/49 também se aplica aos Supermercados que, por isso, podem funcionar aos domingos e feriados.

“3. Precedentes jurisprudenciais.

“4. Recurso não provido” (REsp n. 216665/AL, rel. Min. Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, j. 6/12/2001, *in* DJ 11/3/2002, pág. 184).

“Recurso especial. Supermercado. Funcionamento nos dias de repouso. Multa. Descabimento da punição. O Decreto n. 27.048/1949, que regulamentou a Lei n. 605/1949, permite que o comércio de gêneros de primeira necessidade funcione nos dias de repouso. Os modernos supermercados beneficiam-se de tal orientação. Recurso especial conhecido e provido” (REsp n. 94559/BA, rel. Min.

José de Jesus Filho, Primeira Turma, j. 12/9/96, in DJ 7/10/96, pág. 37.602).

Nessa esteira perfilha o entendimento desta Corte Estadual de Justiça:

“Agravado de instrumento — Ação cautelar inominada — Supermercado — Funcionamento aos domingos — Autonomia municipal para tanto — Ilegalidade, entretanto, do condicionamento do exercício dessa autonomia a prévio acordo com o sindicato da categoria — Existência, ademais, de legislação federal autorizatória da exceção — Provimento da insurgência.

“Os supermercados ou hipermercados, a exemplo de todos os demais estabelecimentos comerciais, cujas atividades representam matéria de peculiar interesse local, sujeitam-se, mormente no que se refere aos dias e horários de funcionamento, à regulamentação e controle específico do Município, inserindo-se o assunto na órbita da autonomia municipal.

“Essa autonomia municipal é plena e pessoal, não podendo ser condicionada a outros interesses que não o próprio interesse comunitário, pelo que, por representar drástica interferência nessa autonomia, de nenhuma expressão legal é a lei municipal que subordina a possibilidade da abertura e funcionamento de supermercados aos domingos a prévio acordo ou convenção coletiva de trabalho com a entidade sindical representativa da classe dos trabalhadores em tais atividades.

“Demais disso, o Decreto n. 27.048/49, regulamentador da Lei n. 605/49, autoriza, de modo permanente, o funcionamento do comércio de

gêneros de primeira necessidade nos dias de repouso, autorização legal essa que, como é pacífico, beneficia os atuais supermercados” (Agravado de Instrumento n. 97.012533-0, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos, Primeira Câmara Civil, j. 30/6/98).

“Agravado de instrumento — Ação cautelar inominada — Supermercado — Horário extraordinário de funcionamento — Art. 342 da Lei Municipal n. 5.054/97 — Desnecessidade de prévio acordo com sindicato — Art. 3º da Lei Municipal n. 4.192/93 — Supremacia de legislação federal que autoriza a exceção — Autonomia municipal — Prevalência no conflito de interesses — Provimento do recurso.

“Írrita é a norma jurídica municipal que condiciona o deferimento da licença para funcionamento do comércio em horário especial a prévio acordo ou convenção coletiva de trabalho, porque ofende a autonomia assegurada àquele ente federativo do Terceiro Grau.

“Ex vi da exceção consagrada no art. 67 da CLT, disciplinada na Lei n. 605, de 5/1/49, cujo regulamento foi aprovado no Decreto n. 27.048, de 12/8/49, há autorização federal para o comércio de alimentos, dependente apenas do respeito às regras pertinentes a exegese sistêmica” (Agravado de Instrumento n. 97.010415-4, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, Primeira Câmara Civil, j. 29/10/97).

“Mandado de segurança — Supermercados — Horário de funcionamento — Licença municipal — Dias de repouso — Legalidade.

“O Decreto n. 27.048/49, que regulamentou a Lei n. 605/49, permite que o comércio de gêneros de primeira

necessidade funcione nos dias de repouso. Os modernos supermercados beneficiam-se de tal orientação' (REsp n. 94.559, Min. José de Jesus Filho)" (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2000.019643-6, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto, Sexta Câmara Civil, j. 19/4/2001).

Vale ressaltar, ainda, ser inconcebível que numa cidade de grande potencial turístico como é Florianópolis, onde a sua principal fonte de renda provém da intensa atividade turística, não só os supermercados e hipermercados, como todo o comércio em geral, continuem com suas portas fechadas aos domingos, impedindo assim, numa atitude totalmente provinciana, que vultosos recursos financeiros aportem em seus estabelecimentos comerciais.

Demais, a legislação trabalhista ao instituir o repouso semanal remunera-

rado e a própria Constituição Federal que o prevê, fê-lo preferencialmente e não obrigatoriamente aos domingos.

Finalmente, não é de ser olvidado, que várias categorias trabalhem aos domingos e feriados, como os motoristas, policiais, médicos, enfermeiros, eletricitários, frentistas, vigias, jornalistas, cozinheiros etc. sem que isso interfira negativamente em seu relacionamento familiar e social.

Isso posto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Monteiro Rocha e Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 10 de outubro de 2002.

Mazoni Ferreira,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.003750-8, DE ANCHIETA

Relator: Des. Mazoni Ferreira

Responsabilidade civil. Acidente do trabalho. Morte por electrocussão. Falta de comprovação da conduta culposa ou dolosa do empregador para o evento infortúnico. Culpa da empregadora não caracterizada. Verba indenizatória indevida. Improcedência do pedido. Sentença mantida. Recurso desprovido.

Nas ações decorrentes de acidente de trabalho, em que se busca a indenização pelo direito comum, há que estar devidamente comprovado o dolo ou a culpa do empregador para o evento infortúnico.

Não produzida essa prova, a pretensão indenizatória torna-se inviável.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.003750-8, da comarca de Anchieta, em que é apelante Ludemila Tremarin e apelada Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. — Celesc:

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

Custas na forma da lei.

Perante o Juízo da comarca de Anchieta, Ludemila Tremarin promoveu em 2/7/98 ação de responsabilidade civil por acidente de trabalho em face das Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. — Celesc, alegando, em síntese, que o seu marido era funcionário da requerida, trabalhando no setor de eletricidade, e que no dia 12/2/87, quando desempenhava suas atividades na rede de alta tensão, sem os devidos equipamentos de proteção e sem antes efetuar o desligamento da rede, sofreu acidente, vindo a falecer electrocutado em decorrência de um choque elétrico.

Sustenta que a primeira requeria agiu com negligência e imprudência, por não ter fornecido o material de proteção individual para a segurança da prestação de serviços de seus empregados, e por não ter exercido a fiscalização das condições de segurança.

Requeru ao final a procedência do pedido, com a condenação da requerida ao pagamento de uma pensão mensal vitalícia no valor de 10 (dez) salários mínimos mensais, com vigência a partir da data do óbito até que a vítima completasse 65 (sessenta e cinco) anos; além de 800 (oitocentos) salários mínimos como indenização por dano moral, e quatro mil reais como repara-

ção pelas despesas havidas com funeral; a constituição de um capital para assegurar o pagamento da pensão, nos termos do art. 602 do CPC, arcando ainda com as custas processuais e honorários advocatícios, e o benefício da assistência judiciária gratuita.

Na contestação a requerida sustentou em resumo que não obrou com culpa, em qualquer de suas modalidades, no evento que vitimou o marido da autora, pois na ocasião estava usando todos os equipamentos de proteção e conhecia bem a rede elétrica. No mais, disse que o *de cujus* não recebia o valor mencionado na exordial, e que eventual pensão deve ser fixada em 1/3 sobre o valor realmente percebido pelo falecido. Asseverou ainda que para o caso de condenação devem ser considerados os valores que a autora já recebe do INSS e da Celos (Fundação Celesc). Ressaltou ainda que além da inverdade dos fatos narrados pela autora, não há prova do dano moral, e a indenização pretendida é absurda.

A autora manifestou-se sobre a contestação (fls. 40/42).

Dado vista ao Ministério Público à fl. 56, o ilustre Promotor de Justiça disse que não cabia sua intervenção no feito.

Em audiência de instrução e julgamento, a conciliação restou inexistente (fl. 85). Na oportunidade foram inquiridas três testemunhas, tendo as partes desistido das demais arroladas.

As partes apresentaram suas alegações finais.

Sentenciando, o Togado *a quo* rejeitou o pedido formulado pela autora sob o entendimento de que a requerida não obrou com culpa para o evento in-

fortunístico, extinguindo o processo nos termos do artigo 269, I, do CPC.

Irresignada com a decisão, a autora apelou tempestivamente, pugnando pela reforma total do *decisum*, sustentando em suas razões recursais que o cargo que a vítima exercia na data do acidente era de leiturista, tanto que não percebia o adicional de periculosidade instituído pela Lei n. 7.369/85, e jamais poderia ter sido mandado por seus superiores a efetuar serviços de eletricista, caracterizando assim a culpa da requerida. Asseverou ainda que houve falha muito grave da requerida, pois não forneceu o equipamento de proteção completo.

O recurso foi contra-arrazoado.

É o relatório.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Ludemila Tremarin, irresignada com a decisão proferida nos autos da ação de responsabilidade civil por acidente de trabalho promovida contra as Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. — Celesc, que julgou improcedente o seu pedido.

A alegação da apelante de que a vítima não era eletricista, e sim leiturista, tanto que não recebia o adicional de periculosidade instituído pela Lei n. 7.369/85, cai por terra quando, compulsando os autos, verifica-se pelo documento de fl. 13 (demonstrativo de pagamento), juntado pela apelante, que a apelada efetuava o pagamento do adicional no percentual fixado pela lei, sob o código 215 do referido documento.

Salienta-se ainda que o referido adicional é pago aos empregados que exercem atividade no setor de energia elétrica, em condições de pe-

riculosidade. Em tal documento constam ainda, valores pagos a título de sobreaviso, que são pagos aos eletricistas, pois executam atividades de risco, tais como a desempenhada pela vítima.

Demais, à época do infortúnio, a Celesc já havia terceirizado todos os seus serviços de leitura, há muito tempo, como se depreende do depoimento de fls. 88/89.

Reside a pretensão da autora para que seja indenizada em razão do falecimento do seu marido, Zelito Tremarin, funcionário da apelada, vítima de acidente de trabalho, quando exercia suas atividades laborativas habituais.

Alega a autora que a requerida agiu com culpa, sob a forma de negligência, por não fornecer equipamentos de segurança e por não ter fiscalizado o seu uso.

Segundo entendimento já sedimentado na doutrina, “A responsabilidade do patrão perante seus funcionários quando em serviço é contratual e segue a regra geral estabelecida no art. 159 do Código Civil, fundando-se no dolo ou culpa. O empregador, por força do contrato de trabalho que estabelece com seu empregado, obriga-se a dar-lhe condições mínimas de higiene e conforto. Se no decorrer da jornada de trabalho o empregado sofre danos decorrentes de ação ou omissão intencional, ou proceder culposo do empregador, responde este civilmente por aquele” (*in* Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, Rui Stoco, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994).

Maria Helena Diniz (*in* Curso de Direito Civil Brasileiro, 2ª ed., Saraiva,

São Paulo, 1986) conceitua o acidente de trabalho como aquele “que resulta no exercício do trabalho, provocando, direta ou indiretamente, lesão corporal, perturbação funcional, ou doença, que determine morte, perda total ou parcial, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho”, sendo importante lembrar que “A atual Constituição Federal, de 1988, no capítulo dos direitos sociais, dentre outros direitos assegurados aos trabalhadores urbanos e rurais, estabeleceu o ‘seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa’ (art. 7º, XXVIII). Nota-se um grande avanço em termos de legislação pelo direito comum, cumulável com a acidentária, no caso de dolo ou culpa do empregador, sem fazer qualquer distinção quanto aos graus de culpa” (Carlos Roberto Gonçalves, em sua obra *Responsabilidade Civil*, 6ª ed., Saraiva, 1995).

Assim, tem-se que para o acolhimento do pedido formulado na exordial, necessária a demonstração dos requisitos impostos pelo artigo 159 do CC, em que está dito: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Da leitura deste artigo possível concluir-se que necessária a presença de três elementos básicos para tal, a saber: o dano, a culpa do agente e o nexos da causalidade entre eles.

O primeiro (dano) pode ser definido como “a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua

vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral” (Maria Helena Diniz, ob. cit.).

O segundo, qual seja, a culpa em sentido amplo, pode compreender o dolo, que é a vontade intencional de violar um dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, que se caracteriza pela negligência (inobservância de normas), imperícia (falta de habilidade) e imprudência (o proceder sem cautela).

E, por fim, o terceiro e último (nexo), que é representado por uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa.

Já o Professor Silvio Rodrigues leciona que “para a configuração da responsabilidade civil é necessária a composição dos seguintes pressupostos: I) ação ou omissão do agente; II) culpa do agente; III) relação de causalidade; IV) dano experimentado pela vítima. (...) Ordinariamente, para que a vítima obtenha a indenização, deverá provar entre outras coisas que o agente causador do dano agiu culposamente” (*in* *Direito Civil — Responsabilidade Civil*, Ed. Saraiva, 14ª ed., págs. 14/17).

Portanto, para que a empresa-ré pudesse ser responsabilizada civilmente pelo acidente, como salientou o nobre Magistrado sentenciante, deveria ter restado comprovada nos autos a existência de todos os requisitos ensejadores da indenização decorrente de ato ilícito, além de ficar demonstrado ter a apelada agido *contra legem*. Nesse sentido já se pronunciou a respeito o Professor Rui Stocco, *in verbis*:

“Deve haver um comportamento do agente, positivo (ação) ou negativo (omissão) que, desrespeitando a ordem jurídica, cause prejuízo a outrem, pela ofensa a bem ou a direito deste” (*in* Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial, Revista dos Tribunais, pág. 41).

A assertiva sustentada pela apelante não merece ser acolhida, uma vez que é imprescindível que para a configuração de eventual obrigação indenizatória, nos termos do art. 159 do Código Civil, a demonstração de culpa que pretende imputar à apelada, o que efetivamente não ocorreu.

No caso dos autos, pela prova produzida, afigura-se como inviável o acolhimento da pretensão deduzida na exordial, posto que em momento algum restou demonstrado, de forma segura e cabal a ensejar um decreto condenatório, que a empresa-ré tenha incorrido em qualquer das modalidades de culpa no triste evento noticiado.

Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

“Haverá responsabilidade do empregador, com base no direito comum, desde que haja concorrido com culpa, ainda que leve, para o acidente” (STJ, RE n. 37.221, de São Paulo, rel. Min. Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira, publicado no DJU de 29/4/96, pág. 13.411).

E mais: “Na ação de indenização, fundada em responsabilidade civil comum (art. 159, CC), promovida por vítima de acidente do trabalho, cumpre a esta comprovar dolo ou culpa da empresa empregadora” (Revisita do Superior Tribunal de Justiça, vol.

40, pág. 162, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Compulsando os autos, constata-se que não restou comprovada a culpa da requerida pelo infortúnio sofrido por Zelito Tremarin, em data de 12 de fevereiro de 1987, ocasião em que efetuava a ligação da energia elétrica de uma residência, quando levou uma descarga elétrica, vindo a falecer.

Sustenta a apelante que a vítima na ocasião não portava os equipamentos de segurança obrigatórios. Todavia essa alegação é totalmente combatida pela prova testemunhal carreada aos autos, que é unânime em afirmar que a vítima no momento do acidente estava usando todos os equipamentos de segurança fornecidos pela empregadora, senão vejamos:

Elso Kraemer disse “que Zelito chegou ao local, colocou a escada no poste, subiu já com botina, luva e capacete; que Zelito também colocou o cinto de segurança; que não ficou prestando exata atenção em Zelito, mas pôde perceber que o mesmo se desequilibrou, talvez por uma ‘falseada’ na escada, ficou pendurado no cinto, bateu nos fios e recebeu a descarga” (fl. 86).

Otocar Ludke relatou “que no caso de nova ligação pelo que sabe não é feito desligamento da rede, o que também ocorreu quando Zelito foi vitimado (...) que antes do acidente chegou a ver Zelito algumas vezes realizando a função de electricista; que antes de trabalhar na Celesc Zelito era electricista” (fl. 87).

Elio Cristofoli asseverou “que a Celesc exigia de seus funcionários que usassem os EPI, e dava noções de segurança no trabalho para os funcioná-

os; que à época que Zelito trabalhava na Celesc a obrigatoriedade dos equipamentos de segurança já era uma prática; que Zelito usava os equipamentos de segurança, sendo que o depoente teve a oportunidade de acompanhá-lo em algumas tarefas e pôde verificar tal fato (...) que, em regra geral, quando é feita a ligação de energia elétrica, a energização é mantida, mas acaso o funcionário responsável pela ligação perceber que o fato oferece risco de vida pode requerer o desligamento, o que não ocorreu na hipótese de Zelito, pois o mesmo não fez requerimento para o desligamento antes da realização do serviço; que no procedimento de ligação de energia, como ocorreu no caso de Zelito, eram adotados os seguintes procedimentos de segurança: 1) utilização de mangotes de cobertura, que é o isolamento da parte energizada para que o executor possa fazer a ligação nova; 2) luvas de borracha; 3) botina; 4) capacete; 5) óculos de proteção; 6) escada; 7) isolamento com a colocação de cones na rua; que Zelito trabalhava mais ou menos um ano e meio na Celesc e antes tinha uma instaladora de rede; que a Celesc dá treinamento de segurança praticamente todo o mês, através de reunião da Cipa, do que participou Zelito; que segundo o sobrinho de Zelito antes referido e o Sr. Geraldo Garlet, hoje falecido, o acidente ocorreu porque Zelito desceu um degrau da escada, vindo a se desequilibrar e caindo por sobre os fios, quando levou a descarga elétrica; que ainda no contar dessas pessoas Zelito teria colocado um calço embaixo da escada, objetivando firmá-la melhor, já que o terreno era em desnível e que talvez este fato tenha causado a

descida de um degrau e o desequilíbrio” (fl. 88).

No inquérito policial instaurado para apurar os fatos consta o relatório efetuado pela autoridade policial competente, acerca do acidente que assim consignou:

“A vítima Zelito Tremarin, ao retornar de Linha Gaiola, onde havia prestado serviços de ligação de rede elétrica, foi fazer uma ligação da rede elétrica na casa de Geraldo Angelo Dalcin Garlet; para fazer a ligação subiu num poste da rede através de uma escada de madeira, e ao iniciar a ligação ocorreu o acidente, tendo recebido um choque da corrente elétrica. A vítima Zelito Tremarin estava equipada com todos os equipamentos obrigatórios conforme normas exigidas pela Celesc” (fl. 77).

Ainda na mesma peça, à fl. 70, consta o depoimento de Venus Reali Cenzi, sobrinho de Zelito, em que este declarou que a vítima usava equipamento de segurança no momento do acidente, sendo que desceu um degrau da escada e bateu com a cabeça num dos fios da rede. À fl. 72, do mesmo inquérito, Clênio Vicente Kraemer alegou que Zelito usava todo o equipamento de segurança.

Portanto, confrontando a prova e os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais dominantes, é imperativo reconhecer-se que a Celesc não obrou com culpa no evento, no tocante à sua obrigação legal de proporcionar e exigir da vítima o uso dos equipamentos de proteção, bem como de dar treinamento de segurança do trabalho aos seus funcionários.

Assim, não se vislumbra qualquer modalidade de culpa por parte

da apelada, pois está claro nos autos que o acidente ocorreu por culpa exclusiva da vítima, pois, apesar de dispor de todo o equipamento de segurança necessário, não empreendeu as cautelas necessárias à execução do seu serviço.

Diante dessas provas não há vislumbrar a ação culposa da apelada no trágico evento. Muito pelo contrário, forneceu ela todos os equipamentos de segurança ao seu funcionário.

Portanto, constata-se que a autora não trouxe aos autos provas ou indícios suficientes que permitam a atribuição da culpa à requerida pelo evento infortunístico,

Verifica-se nos autos que não há elementos suficientes que pudessem atribuir a responsabilidade da apelada pelo acidente sofrido, mas o que se constata realmente é que houve a culpa exclusiva da vítima pelo evento ocorrido.

E, assim sendo, são plenamente aplicáveis à hipótese os julgados que se seguem:

“Ação de indenização — Ausência da demonstração dos requisitos impostos pelo artigo 159 do CC na ação fundada em responsabilidade civil quando em acidente do trabalho para comprovar dolo ou culpa da empresa empregadora — Recurso desprovido.

“Segundo entendimento já sedimentado na doutrina, ‘A responsabilidade do patrão perante seus funcionários quando em serviço é contratual e segue a regra geral estabelecida no art. 159 do Código Civil, fundando-se no dolo ou culpa. O empregador, por força do contrato de trabalho que estabelece com seu empregado, obri-

ga-se a dar-lhe condições mínimas de higiene e conforto. Se no decorrer da jornada de trabalho o empregado sofrer danos decorrentes de ação ou omissão intencional, ou proceder culposo do empregador, responde este civilmente por aquele’ (*in* Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, Rui Stoco, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994)” (Apelação Cível n. 98.004690-4, de Chapecó, rel. Des. Anselmo Cerello, Segunda Câmara Civil, j. 16/12/99).

“Acidente de trabalho. Indenização pelo direito comum. Ônus do autor de provar a culpa *in concreto* do empregador.

“Objetivando o trabalhador a percepção de reparação por infortúnio laborativo, com embasamento em culpa do empregador, incumbe-lhe deixar delineada nos autos, de modo eficiente, essa culpa, à qual se filia o seu apregoado direito indenizatório.

“Não produzida essa prova, evidente é que a tutela jurisdicional buscada não terá condições de ser entregue nos termos da proposição formulada’ (Ap. Cív. n. 50.409, rel. Des. Trindade dos Santos)” (Apelação Cível n. 97.010286-0, de São Francisco do Sul, rel. Des. Vanderlei Romer, Terceira Câmara Civil, j. 24/11/98).

“Responsabilidade civil — Acidente do trabalho — Indenização de direito comum — Falta de comprovação da conduta culposa ou dolosa do empregador — Reclamo desprovido.

“Para a procedência de pleito indenizatório decorrente de acidente do trabalho, necessária é a prova do comportamento culposo do empregador, e o nexo de causalidade entre o dano e o trabalho da vítima. Nesse ca-

so, o ônus da prova é de quem pleiteia a reparação pelo infortúnio” (Apelação Cível n. 98.013323-8, de Criciúma, rel. Des. Orli Rodrigues, Primeira Câmara Civil, j. 1º/6/99).

“Responsabilidade civil — Acidente do trabalho — Vínculo empregatício — Culpa da empregadora — Ausência de comprovação — Improcedência do pedido indenizatório

‘I — Na ação de indenização, fundada em responsabilidade civil comum (art. 159, CC), promovida por vítima de acidente do trabalho, cumpre a esta comprovar dolo ou culpa da empresa empregadora.

‘II — Somente se cogita de responsabilidade objetiva (sem culpa) em se tratando de reparação acidentária, assim considerada aquela devida pelo órgão previdenciário e satisfeita com recursos oriundos do seguro obrigatório, custeado pelos empregadores, que se destina exatamente a fazer face aos riscos normais da atividade econômica no que respeita aos riscos do infortúnio laboral’ (RSTJ 48/162)” (Apelação Cível n. 99.009827-3, de Palhoça, rel. Des. Newton Trisotto, Primeira Câmara Civil, j. 19/8/99).

“Responsabilidade civil. Culpa ou dolo da empregadora não demonstrados. Ônus da prova. Indenização indevida. Recurso desprovido.

‘A responsabilidade civil do empregador não decorre, automaticamente, do risco da atividade por ele criada, mas do descumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho, que são inerentes ao contrato de trabalho ou relação de emprego’ (2º TACivSP, 5ª C., Ap., rel. Laerte Sampaio, j. 25/3/97, RT 745/285)” (Stoco, Rui. Responsabilidade civil e

sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência, 4ª. ed. rev. e ampl., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, págs. 408/409).

“Sem a prova do dolo ou culpa do empregador, não se lhe pode impor o dever de indenizar” (Apelação Cível n. 98.000881-6, de Joinville, rel. Des. Sérgio Paladino, Terceira Câmara Civil, j. 21/3/2000).

Os anais jurisprudenciais do colendo Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul registram, acerca da matéria, mais os seguintes acórdãos:

“Acidente do trabalho — Indenização de direito comum.

“Não age com culpa o patrão na morte acidental em serviço de empregado, se ele era capataz, conhecia o perigo, e sabia de meio menos perigoso na operação de silo. Inexistência de presunção de culpa. Voto vencido. Apelação provida” (1ª Câm. Civ., Ap. Civ. n. 191090372).

“Não é responsável o empregador quando o empregado seu morrer afogado, durante o exercício de sua função, por imprudência própria. Fundada a ação em direito comum, cabe ao autor o ônus de apontar e demonstrar a culpa do empregador, seja grave, leve ou levíssima.

“A simples relação empregatícia não autoriza o reconhecimento da obrigação de indenizar quando proposta a ação com fulcro no art. 159 do Código Civil” (5ª Câm. Civ., Ap. Civ. n. 193135688).

Destarte, estando devidamente comprovado nos autos que o acidente laboral ocorreu por culpa exclusiva da vítima, que agiu de forma imprudente em não empreender maior

cuidado na execução de suas tarefas, e por outro lado não comprovada a culpa da apelada, não há falar em dever de indenizar.

As características específicas do fato inexoravelmente conduzem à conclusão de tratar-se de acidente do trabalho típico, sem a ocorrência de culpa do empregador, o qual, portanto, não pode ser chamado a indenizar pelo direito comum.

Enfim, não se demonstrou a efetiva existência de fatos que levassem o litígio a um desfecho favorável à autora apelante.

Fato curioso a salientar ainda é que o acidente ocorreu em 12/2/87 e só em 2/7/98, ou seja, 11 anos após, é que a autora vem pleitear a indenização pelo acidente sofrido pelo seu finado esposo.

Essas razões levam à improcedência do pleito indenizatório deduzido pela autora apelante, mantendo-se a decisão monocrática exarada nos autos.

Isso posto, nega-se provimento ao recurso.

Sem custas e honorários, eis que a autora é beneficiária da assistência judiciária.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Monteiro Rocha e Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 27 de junho de 2002.

Mazoni Ferreira,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.017363-0, DE SÃO BENTO DO SUL

Relator: Des. Mazoni Ferreira

Responsabilidade civil — Reparação de danos — Acidente de trânsito — Invasão da contramão de direção — Caminhão que procede a manobra de ultrapassagem sem as devidas cautelas — Boletim de ocorrência — Presunção juris tantum de veracidade — Existência nos autos de provas substanciais e concludentes com aquele documento — Culpabilidade corroborada pelas demais provas — Impossibilidade de inversão da culpa — Dever de indenizar — Redução da verba indenizatória — Impossibilidade — Honorários advocatícios — Fixação em consonância ao disposto no § 3º do art. 20 do CPC — Verba de depreciação do veículo acidentado indevida — Recursos desprovidos.

Age com culpa o motorista de caminhão que, ao invadir a contramão de direção, abalroa com veículo similar que segue corretamente em sentido contrário.

O boletim de ocorrência goza de presunção juris tantum, sendo ilidido apenas por contraprova mais robusta. Corroborado por provas substanciais e concludentes produzidas nos autos, prevalecem as declarações exaradas no documento público pelo policial, nos termos do artigo 364 do Código de Processo Civil.

Estando devidamente comprovado por orçamento de oficinas especializadas e idôneas o valor dos prejuízos sofridos, e não havendo prova em sentido contrário, a redução da verba indenizatória torna-se inviável.

Não comprovado que houve depreciação do veículo, em razão dos danos sofridos, ou que o reparo não tenha ficado perfeito, descabida indenização a esse título, sobretudo se foram substituídas as peças danificadas por novas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.017363-0, da comarca da São Bento do Sul (1ª Vara), em que são apelantes e apelados Transportes Alrosa Ltda., Bracor Corretora de Seguros Ltda. e Newton Gai Pedro Bom:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento aos recursos interpostos.

Custas na forma da lei.

Bracor Corretora de Seguros Ltda. e Newton Gai Pedro Bom propuseram em 18/8/97 ação de reparação de danos causados em acidente de veículo contra Transportadora Alrosa Ltda., expondo que, em 31 de maio de 1997, o caminhão Mercedes-Benz, modelo 1935, placa MMM 8090, de propriedade dos autores, quando trafegava na BR 116, Km 366.5, em direção ao Estado do Paraná, foi violentamente abalroado pelo caminhão Volvo N10, placa LXQ 9194, de propriedade da ré, que, ao fazer uma ultrapassagem indevida, invadiu a con-

tramão de direção e colidiu de frente com o veículo dos autores, ocasionando a morte instantânea do seu condutor. Disse que o acidente ocorreu por culpa exclusiva do condutor do veículo de propriedade da ré, que, inexplicavelmente, invadiu a pista de direção do veículo de propriedade dos autores, atingindo-o de frente.

Postulou pela condenação da ré ao pagamento das despesas relativas aos danos materiais, que atingiram o montante de R\$ 11.456,00 (onze mil, quatrocentos e cinquenta e seis reais), bem como ao valor a ser estabelecido correspondente à depreciação do veículo, além das custas e honorários advocatícios.

Em audiência, a proposta conciliatória restou inexitosa (fl. 63).

Na contestação, a ré argüiu as preliminares de incompetência de juízo, ilegitimidade passiva e a carência de ação diante da impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, imputou a culpa ao motorista dos autores, que, inopinadamente, saiu do acostamento, onde estava estacionado, e aden-

trou na pista de rolamento, indo de encontro ao veículo de sua propriedade, que naquele momento realizava uma manobra de ultrapassagem. Ao final, pugnou pela improcedência da ação com a condenação dos autores à pena de litigância de má-fé, bem como ao pagamento dos danos causados no veículo de sua propriedade e demais verbas sucumbenciais.

Na réplica, os autores rebateram as preliminares e ratificaram seus argumentos (fls. 90/93).

Pelo despacho de fl. 94, o Juiz monocrático rejeitou as preliminares argüidas pela ré e determinou a expedição de precatórias a fim de que fossem inquiridas as testemunhas residentes fora da Comarca.

Foram inquiridas as testemunhas arroladas pelos autores às fls. 222 e 230 e pela ré às fls. 200/203.

As partes apresentaram suas alegações finais (fls. 233/238 e 241/247).

Sentenciando, o Dr. Juiz de Direito julgou procedente a ação para condenar a requerida a indenizar a autora Bracor Corretora de Seguros Ltda. na importância de R\$ 4.131,00 (quatro mil, cento e trinta e um reais), acrescida de juros legais a contar da citação e correção monetária a partir de 25/7/97, valor este correspondente aos danos causados no veículo de propriedade da citada autora; e ao autor Newton Gai Pedro Bom a importância de R\$ 7.415,50 (sete mil, quatrocentos e quinze reais e cinquenta centavos), incidindo sobre o montante juros legais a partir da citação e correção monetária, cujo marco inicial foi fixado em 6/6/97, sendo este *quantum* relativo aos prejuízos ocasionados no reboque.

Irresignada, a ré apelou, tempestivamente, sustentando em suas razões recursais que restou comprovado nos autos, pelos depoimentos testemunhais, que o acidente ocorreu por culpa exclusiva do condutor do caminhão pertencente aos apelados/autoras, que imprudentemente invadiu a pista de rolamento no momento em que o veículo de propriedade da ré efetuava a ultrapassagem, e, desse modo, descabida a condenação pleiteada. Requereu, ao final, em caso de entendimento diverso, a reforma da sentença apelada no que tange aos valores da condenação, eis que a citada depreciação, que supostamente tiveram tais bens, não foi devidamente comprovada. Pugnou ainda pela redução dos honorários advocatícios.

Os autores aderiram ao apelo, objetivando o ressarcimento da verba referente à depreciação do veículo e seu acessório, devendo esta ser calculada na base de 10% a 20% sobre o valor de seu veículo e seu acessório.

É o relatório.

Trata-se de ação de reparação de danos ajuizada por Bracor Corretora de Seguros Ltda. e Newton Gai Pedro Bom contra Transportadora Alrosa Ltda., na qual cada parte pretende demonstrar a culpa da outra pelo feito danoso.

Recurso interposto por Transportes Alrosa Ltda.:

a) Culpa do acidente

A sentença deve ser confirmada, pois ficou comprovado que a culpa pelo evento coube única e exclusivamente ao veículo da ré.

Colhe-se dos autos que o veículo da ré apelante, um caminhão Vol-

vo N10, placa LXQ 9194, colidiu com o veículo Mercedes-Benz 1935, placa MMM 8090, de propriedade dos autores, resultando danos materiais em ambos os veículos e no falecimento do motorista condutor do veículo de propriedade dos autores.

Inquestionavelmente, foi o veículo de propriedade da ré ora apelante o responsável pelo acidente ocasionador dos danos constatados.

O Boletim de Trânsito (fl. 21) teve sua presumida verdade real aliada à prova testemunhal produzida, que demonstrou ser de exclusiva culpa da ré o evento ocorrido, ao relatar que o veículo conduzido pelo preposto da ré invadiu a sua contramão de direção, vindo a chocar-se com o caminhão dos autores, que seguia normalmente em sua mão de direção, em sentido contrário. Fica evidente, destarte, a imprudência do motorista do veículo da empresa-ré, senão vejamos:

“Por motivos ignorados o V1 invadiu a faixa contrária, indo colidir com o V2 que transitava em sentido oposto”.

Cumprido frisar que o Boletim de Ocorrência lavrado pela autoridade policial goza de presunção *juris tantum* de veracidade, e os fatos neste narrados serão tidos como verdadeiros se não restar produzida prova robusta em sentido contrário. Demais, as provas produzidas pela empresa-ré não foram suficientes para invalidar o Boletim de Ocorrência e, conseqüentemente, provar a culpa da autora pelo acidente, fazendo do Boletim de Ocorrência prova inconteste.

Como se sabe, o laudo pericial realizado pela polícia técnica tem presunção *juris tantum* de veracidade,

de, prescindindo de prova robusta para a sua desconsideração.

A presunção relativa dos documentos públicos encontra-se consubstanciada no artigo 364 do Código de Processo Civil:

“Art. 364. O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença”.

Nesse sentido:

“Acidente de trânsito. Boletim de ocorrência. Presunção de veracidade inabalada. Culpa do preposto caracterizada. Dever de indenizar.

“O boletim de ocorrência de acidente de trânsito, elaborado por agentes da administração pública, goza de presunção *juris tantum* de veracidade e só pode ser abalado por melhor prova em sentido contrário.

“Uma vez evidenciada a culpa do motorista da ré no acidente, inafastável a sua responsabilidade indenizatória perante o lesado” (Apelação Cível n. 98.010409-2, de Blumenau, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 10/11/98).

“Apelação cível. Acidente de trânsito. Boletim de ocorrência onde consta narrativa de ambos os motoristas, sendo que um deles reconhece a responsabilidade pelo acidente. Prova não ilidida satisfatoriamente. Presunção de veracidade do documento público. Recurso desprovido.

“No sistema jurídico pátrio, para fins de fixação da culpa em acidente de circulação, as narrativas e conclusões contidas em Boletim de Ocorrência ou documento técnico similar cercam-se de presunção *juris tantum* de

veracidade, posto que, a teor do preceituado no art. 364 do CPC, o documento público elaborado por funcionário público faz prova não apenas de sua formação como também da realidade de seu conteúdo. Essa presunção, não sendo absoluta, pode ser derrubada por provas hábeis em contrário, provas essas que, acaso não produzidas a contento, levam à absoluta prevalência do documento em questão para a fixação da culpa...’ (Apelação Cível n. 97.011580-6, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 16/3/99)”.

No caso, existem nos autos provas substanciais e plenamente condizentes com aquele documento, fazendo prevalecer as declarações ali exaradas pelo policial rodoviário federal, e não socorrendo a pretensão da ré/apelante em eximir-se da sua responsabilidade.

Demais, o conjunto probatório coligido não dá margem a interpretações diversas, fazendo concluir, como fez o Magistrado *a quo*, que o evento danoso deu-se por culpa exclusiva do preposto da ré, pois, segundo consta dos autos, o seu caminhão trafegava no sentido SP/PR, quando, ao fazer uma ultrapassagem, invadiu a pista contrária, vindo a colidir frontalmente com o veículo dos autores, que trafegava no sentido PR/SP.

As testemunhas arroladas pela ré (fls. 200/203) não foram convincentes a ponto de desconstituir o boletim elaborado pela autoridade competente e demonstrar a culpa dos requerentes pelo acidente noticiado.

Marcos Bento, inquirido às fls. 200/201 relatou que: “Estava andando de bicicleta pelo acostamento da Rodovia BR 116, sentido São Paulo/Cu-

ritiba quando presenciou os fatos descritos na inicial. O caminhão Mercedes 1935 estava trafegando pela rodovia sentido São Paulo/Curitiba, enquanto que o caminhão 111 trafegava em sentido oposto, ou seja, Curitiba/São Paulo. No sentido Paraná/São Paulo, o caminhão 111 trafegava, sendo que atrás havia um caminhão Volvo. O caminhão 111 encostou à direita dando possibilidade para que o Volvo pudesse ultrapassá-lo, sendo que o caminhão Volvo não chegou a realizar a ultrapassagem. Nesse mesmo instante o caminhão 1935, que estava parado no acostamento em sentido contrário ao que estavam trafegando os caminhões 111 e Volvo, ingressou na rodovia em sua pista de rolamento. Quando o caminhão 1935 adentrou a sua pista de rolamento não trafegavam veículos em sua mão de direção (...) O caminhão 1935 estava em sua mão de direção a 30km/h aproximadamente (...) Acredita que o motorista do veículo Volvo não viu o veículo 1935 ao tentar fazer a ultrapassagem”.

Josenildo Ferreira dos Santos asseverou que: “Estava com seu cunhado andando de bicicleta pelo acostamento, sentido SP/PR, quando presenciou os fatos. O veículo 1935 estava parado no acostamento também no sentido SP/PR, quando deu partida e ingressou na pista de rolamento em sua mão de direção, sem invadir a pista contrária. Neste momento, em sentido contrário PR/SP, vinham trafegando dois caminhões, na frente um caminhão modelo 111 e atrás um caminhão modelo Volvo. O Volvo pediu ultrapassagem ao veículo 111, sendo que este entrou um pouco no acostamento. Quando o veículo Volvo iniciou a ultrapassagem ocorreu a colisão. Acredita que o condutor do Volvo não tinha noção de

que no momento da ultrapassagem ia ingressar na pista o caminhão 1935. O veículo Volvo, ao tentar fazer a ultrapassagem, chegou a ingressar na pista contrária pela qual estava o veículo 1935” (fls. 202/203).

Por sua vez, a testemunha arrolada pelos autores, apesar de não presenciar os fatos, asseverou que: “O ponto de impacto se deu sobre a mão de direção do caminhão Mercedes-Benz, quase sobre o acostamento. Algumas pessoas que estavam no local comentaram que o condutor do caminhão Volvo teria dormido ou ficado desacordado pouco tempo antes da colisão, pois sofreria algum problema de saúde (...) Os dois caminhões pararam no acostamento da mão de direção do Mercedes-Benz (...) No local onde o acidente ocorreu existe faixa contínua indicando proibição de ultrapassagem” (fl. 230).

Portanto, conclui-se pelas provas carreadas aos autos que o acidente ocorreu por culpa exclusiva do veículo da ré, que se portou de maneira imprudente ao efetuar ultrapassagem sem antes tomar as devidas cautelas, invadiu a pista de direção por onde trafegava o veículo dos autores, resultando na colisão descrita.

Ora, ante tal quadro, em que dúvidas não podem existir de que houve a invasão da contramão de direção pelo caminhão conduzido pelo motorista da ré, desinteressa investigar acerca de ligeiras nuances quanto à maneira exata como aconteceu a colisão, porque é evidente que aquela primeira e imprudente manobra foi a única e exclusiva determinante do acidente, sem a qual este não se teria registrado, o que estava a justificar, em

conseqüência, a solução aplicada pelo digno Togado *a quo*.

Assim, tendo o veículo da ré invadido a pista de direção contrária e ocasionando o sinistro, deve ela indenizar os prejuízos causados ao autor. A doutrina, sobre o assunto, corrobora esse entendimento.

“Por isso, todo motorista tem o dever de trafegar na mão de direção determinada pela legislação. Se assim não procede e dá causa a acidente, ressuma evidente sua culpabilidade, posto que imprudente” (Stoco, Rui. Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial: Doutrina e Jurisprudência, 4ª ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, págs. 894/895).

A jurisprudência é remansosa ao conferir culpa em acidentes automobilísticos ao condutor do veículo que invade a contramão de direção, caracterizando imprudência e negligência no tráfego terrestre:

“Ressarcimento de danos — Seguradora — Caminhão que, ao fazer uma curva, invadiu a contramão de direção atingindo veículo no sentido contrário — Culpa caracterizada — Improvimento — Sentença confirmada.

“A invasão da pista contrária constitui manobra imprudente e ofensiva às mais elementares regras de trânsito, conduzindo por isso à obrigação de reparar os danos que vierem a ser causados.

“Na sistemática processual civil incumbe ao réu comprovar, de forma indubitosa, as circunstâncias previstas no n. II do art. 333 do CPC. A prova deve convencer. Aquela que deixa entrever as alegações simplesmente

como possíveis não satisfaz o julgador, que precisa de elementos para firmá-la' (RT 541/207)" (Apelação Cível n. 99.021175-4, de Tubarão, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara Civil, j. 26/4/2001).

"Age culposamente o motorista que invade a contramão e abalroa veículo que nela trafega" (Apelação Cível n. 33.917, de Joinville, rel. Des. Eder Graf).

"Responsabilidade civil — Acidente de veículo — Invasão da contramão — Prova concludente — Dever de indenizar.

"Age com imprudência o motorista de caminhão que invade a contramão de direção, mormente em curva, colidindo com veículo que segue regularmente em sentido contrário.

"Prova — Laudo pericial elaborado no local dos fatos — Testemunhas — Livre convencimento do julgador — Conjunto probatório que faz concluir a culpabilidade do réu.

"Em face do que dispõe o art. 131 do Código de Processo Civil ao juiz é permitido analisar livremente as provas produzidas, declinando os motivos de seu convencimento" (Apelação Cível n. 96.005049-3, de Lages, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 26/11/96).

"Toda manobra de ultrapassagem é de si mesma perigosa, o que requer do motorista redobrada cautela sobre sua segurança, viabilidade e êxito da manobra, inclusive porque pode surgir, provindo de estrada secundária ou de sítio, carro que pretenda adentrar sua correta mão de direção' (julgados do TACrimSP)" (Apelação Cível n. 36.990, de Palhoça, rel. Des. Cid Pedroso).

Nos outros Tribunais o posicionamento não é diverso, senão vejamos:

"Quem trafega na contramão age com culpa crassa, porque se mostra perfeitamente previsível a possibilidade de vir a colidir com outro veículo, cujo motorista, em sua mão de direção normal o faz sem nunca imaginar o encontro inusitado da outra condução" (TACrimSP — Rev. — Rel. Camargo Sampaio — JUTACrim 65/53).

"Conduzir na contramão de direção é uma imprudência imperdoável, pouco importando saber se o trecho era pequeno ou longo ou mesmo se a vítima dirigia sua máquina distraidamente" (TACrimSP — AC — Rel. Castro Duarte — JUTACrim 39/327).

"Constitui imprudência das mais flagrantes trafegar na contramão sem estar atento à presença de outros veículos em sentido contrário" (TACrimSP — AC — Rel. Valentim Silva — JUTACrim 25/132).

Destarte, cumpria à ré provar a culpa exclusiva ou mesmo concorrente do veículo dos autores para eximir-se do dever de indenizar.

Oportuno, ainda, invocar o art. 131 do CPC, que permite ao julgador apreciar a prova livremente, atentando aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, devendo indicar, na decisão, os motivos do seu convencimento. Não se analisam, pois, as provas isoladamente, mas dentro de um conjunto harmônico e consentâneo com os fatos expostos. No caso, o Boletim de Ocorrência juntamente com os depoimentos das testemunhas, autorizam a conclusão de que o motorista da empresa-ré foi imprudente.

Desse modo, comprovada a culpa do condutor do veículo de propriedade da ré, esta deve ser devidamente responsabilizada pelos danos causados aos autores e proceder ao pagamento das verbas relativas aos prejuízos provocados no seu veículo.

b) Redução da verba indenizatória

A insurgência da requerida quanto ao valor da condenação não merece ser acolhida, uma vez que os valores a que foi condenada a pagar estão em conformidade com aqueles demonstrados pelos documentos de fls. 46 e 48, relativos à franquia do seguro e ao orçamento para conserto da carroceria furgão do semi-reboque.

Demais, a recorrente não logrou produzir prova hábil a ilidir os orçamentos acostados, ficando sua impugnação apenas no campo retórico, posto não ter carreado aos autos qualquer outro orçamento para confrontar com aqueles apresentados, ou mesmo produzido a necessária prova técnica que concluísse pela não-substituição efetiva das peças relacionadas nos orçamentos de fls. 48/50.

Destarte, não produzida a contento a prova acerca das alegativas lançadas no que tange ao valor da indenização pela apelante, produção essa que era de sua exclusiva incumbência, não há como acolher-se a sua pretensão de ver reformada a sentença proferida, no que concerne ao *quantum* indenizatório que teve como parâmetro os orçamentos e notas fiscais trazidas ao processo pelos autores.

Consoante leciona o preclaro Wladimir Valler:

“Os orçamentos de oficinas especializadas e idôneas são suficientes para provar o montante dos prejuízos. Não basta, assim, ao réu impugnar os orçamentos apresentados. É preciso produzir provas para ilidi-los” (Responsabilidade Civil e Criminal nos Acidentes Automobilísticos, Julex, 1ª ed., 1991, pág. 132).

É da jurisprudência:

“Responsabilidade civil — Acidente de trânsito — Danos — Orçamentos impugnados — Prova pericial — Recibo do pagamento — Provas indeferidas — Recurso desprovido.

‘Os orçamentos de oficinas especializadas e idôneas são suficientes para provar o montante dos prejuízos. Não basta, assim, ao réu impugnar os orçamentos apresentados. É preciso produzir provas para ilidi-los’ (Wladimir Valler)” (Apelação Cível n. 97.004039-3, de Blumenau, rel. Des. Newton Trisotto).

c) Dos honorários advocatícios

Quanto ao pedido de redução do valor dos honorários advocatícios devidos ao patrono dos autores, fixados em 20% do valor da condenação, esse arbitramento não se revela excessivo, pois, considerando o zelo do advogado, a natureza e importância da causa, revela-se justo e consoa com o disposto no § 3º do art. 20 do CPC.

Nesse sentido, observa o douto Yussef Said Cahali:

“A verba honorária dever ser dosada com observância do critério fixado pelo art. 20, § 3º, do CPC, considerando que a natureza e importância da causa devem ser sopesadas como o trabalho dos advogados; e o tempo que lhes é exigido para o serviço não

diz respeito apenas à duração do processo, mas também ao estudo e preparo das razões apresentadas em ambos os graus de apelação; por isso, não tem, nesse ponto, a relevância que a apelante quer dar, o fato do julgamento antecipado da lide; interessa mais a qualidade do trabalho realizado e o proveito obtido para os constituintes que o número de laudas apresentadas” (Honorários Advocatícios, RT, 3ª ed., pág. 469).

Dessa forma, deve a condenação em honorários de sucumbência permanecer como lançada no Juízo a quo.

Recurso adesivo interposto por Bracor Corretora de Seguros Ltda. e Newton Gai Pedro Bom:

a) A insurgência dos autores para que sejam ressarcidos com a verba relativa à depreciação do veículo e seu acessório não merece ser acolhida, como bem destacou o nobre Magistrado sentenciante ao asseverar que “atualmente os procedimentos adotados na reparação da parte mecânica e da própria lataria são tidos como perfeitos diante da tecnologia existente nas concessionárias, não sendo nem mesmo notados pelas pessoas que desconhecem o envolvimento com o acidente. Diga-se que as decisões mencionadas pela parte autora e que embasam a sua pretensão datam por mais de 30 (trinta) anos, ficando claro que naquela época a reparação dos veículos certamente traria alguma depreciação” (fl. 260).

Demais, os autores não comprovaram que o seu veículo tenha sofrido considerável desvalorização em virtude dos danos sofridos ou que o conserto realizado não ficou perfeito.

Nesse sentido, ademais, tem-se manifestado a jurisprudência:

“Responsabilidade civil — Acidente de trânsito — Colisão em cruzamento sinalizado — Veículo que avança sinal vermelho provocando abalroamento — Culpa do réu caracterizada — Verba de depreciação do veículo acidentado indevida, vez que houve a reparação do bem e que não provou o autor que os reparos em seu veículo não ficaram perfeitos — Impossibilidade de se justificar desvalorização por presunção — Verba excluída — Recurso parcialmente provido para esse fim” (1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Apelação Cível n. 0582177-8, de São Paulo, Segunda Câmara Especial, rel. Nelson Ferreira, j. 4/1/95).

“Ação de reparação de danos em decorrência de acidente de veículos. Competência. Prorrogação. Culpa. Valor da indenização. Depreciação.

“1 — Nas ações de reparação de dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos, a competência do foro do domicílio do autor ou do local do fato (CPC, art. 100, parágrafo único), porque relativa, caso não alegada no momento próprio, por meio de exceção, prorroga-se (CPC, arts. 113 e 114).

“2 — A colisão na traseira, de veículo parado, firma a presunção de culpa daquele que colide, só podendo ser afastada caso demonstrado que a culpa fora do condutor do outro veículo.

“3 — Não provado que houve depreciação do veículo, descabida indenização a esse título, sobretudo se foram substituídas as peças danificadas por novas.

“4 — Apelo provido em parte” (TJDF — Apelação Cível n. 19990710098594, do Distrito Federal, Segunda Turma Cível, rel. Jair Soares, j. 26/6/2000).

“Reparação de danos. Acidente de trânsito. 1. Abalroamento por trás. Inversão do ônus da prova. 2. Indenização por depreciação. Não comprovação. Descabimento. 3. Seguradora. Legitimidade passiva. 1. Ocorre inversão do ônus da prova quando o veículo do Autor é abalroado por trás, bastando a comprovação do dano e do nexos causal, vez que a culpa do Réu é presumida, cabendo a este a comprovação de sua não culpa pelo evento danoso. 2. Não comprovada a ocorrência da alegada depreciação do valor do veículo, descabida a respectiva indenização. 3. Se existe contrato de seguro firmado entre o Réu e a Seguradora, esta se mostra legitimada para integrar a lide como litisdenunciada” (TJDF — Apelação Cível n. 4406697, Segunda Turma Cível, rel. Hermenegildo Gonçalves, j. 24/4/97).

“Civil — Acidente de trânsito — Gastos indenizatórios — Lucros cessantes — Comprovação — Manutenção da sentença.

(...)

“3 — Não procede indenização a título de desvalorização do veículo, quando possível é a sua reparação em oficinas especializadas” (TJDF — Apelação Cível n. 19990310026146, DF, rel. João Mariosa, 1ª Turma Cível, j. 5/2/2001).

Ante o exposto, por votação unânime, nega-se provimento aos recursos interpostos.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Monteiro Rocha e Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 26 de setembro de 2002.

Mazoni Ferreira,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.023599-7, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Volnei Carlin

Apelação cível — Medida cautelar de depósito Objetivando a suspensão de exigibilidade do crédito — Questão prejudicial relativa à ausência de manifestação do representante do Ministério Público — Inteligência do CPC, art. 82, III — Aplicação do princípio do pas de nulité sans grief.

Conforme disposto no Código de Processo Civil, art. 82, III, cabe ao Ministério Público intervir nas ações que envolvam litígios de interesse público, não se confundindo, todavia, interesse público com interesse da Fazenda Pública.

Nenhuma nulidade deve ser declarada sem que exista prejuízo.

Preliminar de falta de interesse processual uma vez que o poder de polícia atinente à taxa atacada vem sendo exercido pelo município, não podendo a apelada insurgir-se contra a sua cobrança — Prefacial afastada.

O interesse processual não se encontra relacionado com a faculdade que a recorrida tem ou não de insurgir-se contra a taxa municipal, mas sim com a necessidade da prestação jurisdicional para a resolução do conflito, revelando-se, assim, o binômio necessidade (pela impossibilidade de alcançar o mesmo objetivo por outra via) e utilidade (pela prestação jurisdicional a ser alcançada) necessário para a constatação do interesse processual.

Inviabilidade de suspensão da exigibilidade do crédito tributário uma vez que há o exercício efetivo do poder de polícia atinente à taxa objurgada – Justificativa que não corresponde ao preceito anterior – Recurso conhecido e improvido.

A realização do depósito objetivando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário é direito subjetivo conferido ao contribuinte e não à Fazenda Pública.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.023599-7, da comarca de Criciúma, em que é apelante o município de Criciúma e apelada Pressat Representação Comercial Ltda. ME:

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Pressat Representação Comercial Ltda. ME ingressou com medida cautelar inominada com pedido de liminar contra o município de Criciúma objetivando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário relativo à cobrança de Taxa de Verificação do

Cumprimento de Normas Urbanísticas, sustentando ser inexigível ante a “ausência de qualquer contraprestação da municipalidade”, não tendo sido verificado tampouco o exercício do poder de polícia (fls. 2/3). Na mesma ocasião, pugnou pelo deferimento do depósito dos valores relativos ao tributo em discussão (documento probatório acostado à fl. 56), a suspensão da exigibilidade do crédito tributário e a citação do requerido.

Valorou a causa e acostou documentos (fls. 3/57).

Autorizado o depósito (fls. 58/59), o réu foi citado (fl. 60v.).

O Município contestou alegando, em síntese, a falta de interesse processual da requerente, a inexistência da prova pré-constituída, assim como do *fumus boni juris* (fl. 67) e do

periculum in mora; argumentou, ainda, que a fiscalização é efetuada e documentada pelos termos de verificação em visitas dos fiscais, pleiteando, ao final, pelo acolhimento da preliminar de falta de interesse de agir, im procedência da ação, produção de prova e condenação da requerente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios (fls. 59/68).

Em réplica à contestação, a demandante rechaçou os argumentos expostos na resposta, transcrevendo trechos da decisão prolatada pelo Magistrado *a quo*, pugnando “ante a injustificada resistência da requerida, (...) pela condenação desta no importe do ônus da sucumbência, sem prejuízo d’outra providência punitiva (...)” (fls. 69/70).

Conclusos os autos (fls. 70/v.), o Juiz sentenciante, em suas razões de decidir, ressaltou a desnecessidade de intervenção ministerial por falta de interesse público, transcreveu a decisão de fls. 58/59 e, após tratar do meio processual escolhido pela autora, julgou procedente o pedido, ratificando o depósito realizado, e deixou de impor encargo advocatício, condenando o autor ao pagamento das custas judiciais (fls. 71/74).

Inconformado com a prestação jurisdicional apresentada, o município de Criciúma apelou, ratificando os termos da contestação, requerendo o provimento do recurso (fls. 76/81).

Em contra-razões, a apelada reiterou os termos da peça inaugural, objetivando a confirmação da sentença de primeiro grau (fls. 86/87).

Os autos ascenderam ao Tribunal de Justiça, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pela de-

cretação da nulidade do processo a partir do momento em que deveria o representante do Ministério Público ter intervindo (fls. 92/93).

II — Voto

Primeiramente, cabe analisar a necessidade de intervenção do Ministério Público.

Conforme disposto no Código de Processo Civil, art. 82, III, cabe ao Ministério Público intervir nas ações que envolvam litígios de interesse público.

Observe-se a lição doutrinária a respeito da intervenção do Órgão Ministerial:

“Qual o interesse público que exige a intervenção do Ministério Público? Não podem ser os da organização, os de zelo pelos incapazes, ausentes e testadores já falecidos, porque quanto a eles há norma expressa nos itens I e II. Não podem ser os interesses patrimoniais da Fazenda e suas autarquias, porque elas têm seus procuradores judiciais habilitados a bem defendê-las em juízo. Em resumo, além dos casos previstos nos itens I e II do artigo e dos que são objeto de disposições expressas do Código e das leis especiais, como a de falências, a de ação popular e outras, não se conseguem ver casos em que se justificasse a participação obrigatória do Ministério Público, com assento no item em exame” (Barbi, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 1, t. II, Rio de Janeiro, Forense, 1975, pág. 380).

Eis a jurisprudência:

“Com efeito, no caso dos autos, há apenas interesse da Fazenda Pública, devidamente defendido por seu

advogado habilitado, inexistindo qualquer prejuízo a reconhecer, se fosse o caso, pela não intervenção do representante do Ministério Público" (Ap. Cív. n. 42.905, de Curitiba, rel. Des. Paulo Gallotti).

"O simples fato de a pessoa jurídica de direito público — Município — ser parte na lide não constitui razão suficiente para a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público no feito. Código de Processo Civil, art. 82, III. Precedentes do STF" (JC 42/153).

Mesmo que fosse considerada indispensável a manifestação do membro do *Parquet*, isto não poderia servir, por si só, para afastar a higidez processual. É que a lei exige a sua intervenção e não a sua presença em todos os atos processuais.

Consigne-se que o processo não é um fim em si mesmo e que nenhuma nulidade deve ser declarada sem que exista prejuízo. Cuida-se de aplicação do princípio processual da instrumentalidade.

Assim já se decidiu:

"Nulidade. Falta de prejuízo. Por regra geral do CPC não se dá valor à nulidade, se dela não resultou prejuízo para as partes, pois aceito, sem restrições, o velho princípio: *pas de nullité sans grief*. Por isso, para que se declare a nulidade, é necessário que a parte demonstre o prejuízo que ela lhe causa. Recurso parcialmente conhecido e nessa parte improvido" (STJ, REsp n. 14.473/RJ, julgado em 26/11/1996, rel. Min. César Asfor Rocha; DJ de 3/3/1997, pág. 4.654).

Ademais, nos autos da Ap. Cív. n. 97.008130-8, às fls. 242/246, a dou-

ta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo Dr. José Galvani Alberton, entendeu ser desnecessária a intervenção do Ministério Público nos feitos em que figurar apenas como *custos legis*, salvo expressa determinação legal, *in verbis*:

"Assim, parece mais racional que, enquanto *custos legis*, ele se limite a funcionar apenas nas causas em que a lei expressamente o determina, guardando-se para promover a defesa do interesse público na condição de legitimado ativo, mediante pleno e eficaz exaurimento das funções emergentes de comando normativo expresso, notadamente o art. 129 da Constituição Federal.

"Por tais razões, peço vênia para abster-me de qualquer manifestação no presente feito, devolvendo-o a essa Corte com as minhas homenagens" (fl. 246, dos citados autos).

Despicienda aqui a intervenção do Ministério Público, não obstante a participação de pessoa jurídica de direito público no pólo ativo da ação.

Preliminarmente, sustenta o apelante falecer a apelada de interesse processual porquanto, uma vez que o Município estaria, em tese, no pleno exercício do poder de polícia, objeto da taxa, não poderia a apelada insurgir-se contra ela.

Tal argumento não merece prosperar uma vez que o interesse processual não se encontra relacionado com a faculdade que a recorrida tem ou não de insurgir-se contra a taxa municipal, mas sim com a necessidade da prestação jurisdicional para a resolução da contenda, revelando-se, assim, o binômio necessidade (pela impossibilidade de alcançar o mesmo objetivo

por outra via) e utilidade (pela prestação jurisdicional a ser alcançada) necessário para a constatação do interesse processual.

Humberto Theodoro Júnior leciona, a respeito:

“O interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da necessidade de obter através do processo a proteção ao interesse substancial. Localiza-se o interesse processual não apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma necessidade, como adverte Allorio. Essa necessidade se encontra naquela situação ‘que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não fizermos, vermos-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (do direito de que nos afirmamos titulares)’” (*in* Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 12ª ed., Forense, 1994, págs. 55/56).

E a jurisprudência deste Tribunal:

“É condição da ação o interesse de agir, consistente na necessidade de obter-se através do processo a proteção do seu interesse violado. Para tanto, configura tal interesse a utilidade e a necessidade da tutela requerida como o único meio de satisfazer a pretensão, à evidência de dano ou perigo de dano jurídico. Sendo a tutela jurisdicional desnecessária para o fim colimado, o autor é carecedor de ação, impondo-se a extinção do processo” (Ap. Cív. n. 96.002400-0, de Tubarão, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 27/8/1997).

Afasta-se, portanto, a preliminar aventada.

No mérito, insurge-se a apelação contra a decisão prolatada pelo Juízo monocrático uma vez que, segundo sua fundamentação, não poderia a apelada ver suspensa a exigibilidade do crédito tributário porque a Municipalidade exerce efetivamente o poder de polícia atinente à taxa objurgada.

Sobre a matéria cabe ressaltar que, não obstante o esforço do procurador do Município em justificar a inviabilidade do depósito, deve-se esclarecer que a sua realização é direito subjetivo conferido ao contribuinte e não à Fazenda Pública. Ademais, se perante o crédito ainda não constituído pode ser efetuado o depósito objetivando a suspensão de sua exigibilidade, quanto mais quando este já estiver constituído.

Assim, apesar da argumentação oferecida, é conclusão elementar que a suspensão da exigibilidade do crédito não guarda relação alguma com a prestação do serviço prestado pela Administração Pública e objeto de tributo da espécie taxa.

Sobre a matéria, o escólio de Leandro Paulsen:

“Constitui direito subjetivo do contribuinte efetuar o depósito do montante integral que lhe está sendo exigido e, assim, obter a suspensão da exigibilidade do tributo quando o discute administrativa ou judicialmente” (*in* Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência. 3ª ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2001, pág. 728).

A jurisprudência não destoa:

“Tributário. CPMF. Depósito judicial. É direito do sujeito passivo da obrigação tributária suspender a exigibilidade do crédito tributário mediante depósito do seu montante integral” (TRF, 1ªT., AI n. 97.04.03108-4/RS, rel. Juiz Gilson Dipp, jun/1997).

Diante de todo o exposto, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, à unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Mário Gemin.

Florianópolis, 22 de agosto de 2002.

João Martins,
Presidente, com voto;
Volnei Carlin,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.008995-5, DA CAPITAL

Relator: Des. Volnei Carlin

Ação popular — Pretendida nulidade de contrato firmado pelo Poder Público — Ilegalidade e lesividade — Pressupostos de tutela jurisdicional e não condições da ação — Adequação do pedido inicial à satisfação do interesse que o autor pretende ver tutelado.

Conhecer-se da legalidade e lesividade é matéria atinente à categoria do meritiim causae da ação popular, enquanto requisitos a ser analisados no correr do feito e resolvidos na prestação jurisdicional definitiva. Donde se nota não se tratar de condições da actio popularis, mas, sim, de requisitos da tutela jurisdicional, daí não poderiam ser examinados por ocasião do ingresso da petição inicial.

Há, assim, a providência jurisdicional invocada, de modo que o pedido apresentado em juízo traduz formulação adequada a satisfazer o interesse contrariado, pois viável no plano objetivo. Há interesse/adequação, portanto.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.008995-5, da comarca da Capital, em que é apelante Ricardo

Baratieri, sendo apelados o Estado de Santa Catarina e outros:

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao reexame necessário e ao apelo, para o prosseguimento da ação, determinando-se a citação dos réus na forma pleiteada na inicial e o prosseguimento da *actio* em seus últimos termos.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

A presente ação popular proposta por Ricardo Baratieri, no gozo de seus direitos políticos (fl. 10), contra o Estado de Santa Catarina e outros, objetiva, em suma, seja declarada a nulidade de contrato de prestação de serviços para a realização de cursos de qualificação e requalificação.

A inicial veio instruída com diversos documentos (fl. 10 *usque* 19).

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, parágrafo único, III, do Código de Processo Civil, deixando de condenar o autor ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios (fls. 37/47).

Irresignado, o autor popular apelou, pretendendo a reforma do *decisum*, retornando os autos à origem para o devido processamento (fls. 50/63).

Os autos ascenderam a esta egrégia Corte de Justiça, tendo o representante do *Parquet* opinado pelo provimento do recurso (fls. 71/74).

II — Voto

Objetiva o autor com a ação popular proposta a decretação de nulidade do contrato de serviços firmado para a realização de cursos de qualificação e requalificação, bem como a condenação das autoridades a devolver aos cofres públicos as importâncias já pagas e aquelas que eventualmente vierem a ser pagas.

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.

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.

Para o êxito desta ação 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 Lei da Ação Popular deve ser interpretada e aplicada à luz da Constituição da República Federativa vigente, sendo o seu objetivo a anulação dos atos lesivos ao patrimônio público, aos bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e à defesa do meio ambiente (art. 1º, § 1º, da Lei n. 4.717/65 c/c art. 5º, LXXIII, da Magna Carta).

A lesão pode resultar, por outro lado, de ação ou omissão da Administração Pública, desde que produza efeitos concretos. O ato ou omissão deve ser imputável a qualquer das entidades

referidas no art. 1º da Lei n. 4.717 (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 12ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, pág. 634).

Pensa-se, assim, que a simples prática ilícita já representa base sólida para a ação popular, uma vez que se desviam dos princípios que norteiam a boa administração. O que é errado, na interpretação constitucional, é criar-se obstáculo ou exigência a sua não utilização, desprestigiando o patrimônio público, em seu sentido mais amplo, como ocorreu na espécie.

Nesse rumo, traz-se a lição doutrinária:

“A jurisprudência do TJSP tem se conduzido dentro dessa orientação, bastando colacionar a expressiva conclusão da douta 6ª Câmara Civil, no julgamento do AI n. 243.416, *verbis*: ‘Por todo o exposto, não se justifica a restrição ao direito do agravante de buscar comprovar, pelos meios permitidos em lei, as suas arguições no sentido do acolhimento da ação popular, procedimento que – diga-se de passagem – pelos seus efeitos moralizadores é merecedor de estímulo e não de restrições.

“Destarte, em princípio, a *actio popularis* é meio idôneo para a pesquisa ampla, na defesa do patrimônio público, de todos os elementos que informam a ação administrativa: despesas, localização, técnica e até conveniência.

(...)

“No aspecto eminentemente processualístico, não obstante, a ação popular não apresenta singularidades quanto ao desenvolvimento probatório, podendo as partes, dentro das limitações gerais que governam a

matéria, produzir as provas necessárias e suficientes para a demonstração fática, inclusive a pericial” (Minhoto Júnior, Alcebiades da Silva. Teoria e Prática da Ação Popular Constitucional. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, págs. 64/67).

Ainda, também nesse sentido, é da jurisprudência:

“...as leis que regem a matéria não podem ser atropeladas, irresponsavelmente, em detrimento do cidadão e dos contribuintes” (RT 576/224).

Acresça-se ser completamente equivocada a atuação processual da Sentenciante (fls. 47/57), pois confundiu, o que é inadmissível, as condições normais de qualquer ação (arts. 3º e 267, VI, do Código de Processo Civil) e os requisitos de ilegalidade e lesividade da ação popular constitucional (art. 5º, LXXIII, CRFB), que constituem pressupostos de julgamento de mérito do pedido.

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.

Veja-se o que ensina o Pretório excelso no julgamento de caso análogo:

“Ação popular. Procedência. Pressupostos. Na maioria das vezes, a lesividade ao erário público decorre da própria ilegalidade do ato praticado. Assim o é quando dá-se a contratação, por município, de serviços que poderiam ser prestados por servidores, sem a feitura de licitação e sem que o ato administrativo tenha sido

precedido da necessária justificativa” (RTJ 153/1.022).

Agora, especialmente acerca das condições específicas desta *actio* constitucional, colhe-se da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Não menos equivocada a arguição de inexistência de condições desta ação. A uma porque os pressupostos de *ilegalidade* e de *lesividade* não são condições da ação popular, cujos requisitos de admissibilidade do julgamento de mérito, compreendidos nessa categoria dogmático-positiva, em nada diferem daqueles exigidos na lei processual para todas as outras modalidades de ações.

(...)

“A duas porque, em conseqüência, as notas de *ilegalidade* e de *lesividade*, não respeitando ao campo categorial das condições de admissibilidade de julgamento de mérito (...) pertencem à área temática do próprio mérito do pedido, como elementos do suporte fático da conseqüência jurídica que o autor pleiteia na ação popular. Noutras palavras, saber se o ato está ou não inquinado de ilegalidade e de lesividade é matéria atinente ao merecimento mesmo da pretensão, enquanto requisitos não da admissibilidade do julgamento de qualquer conteúdo sobre ela, mas de julgamento de mérito *favorável* ao autor, ou seja, de procedência do pedido. São, destarte, elementos da situação de direito substancial controversa, por apurar no decurso do processo e resolver na sentença de mérito. Sua presença determina a procedência da demanda; sua falta, isolada ou concomitante, a improcedência. Donde se vê cuidar-se não de ‘condições da ação’ popular, senão de

requisitos da tutela jurisdicional” (RT 619/62-63).

Por sua vez, a nossa colenda Câmara, em caso semelhante – Ap. Cív. n. 99.015802-0, de Balneário Camboriú, deste Relator, com votos dos Exmos. Srs. Des. João Martins e Gaspar Rubik —, por decisão unânime, deu provimento à remessa necessária determinando o prosseguimento daquela ação popular com a colheita da prova da eventual lesividade.

Aliás, convém frisar, que, quando ainda em exercício na jurisdição de primeiro grau, este Julgador vinha divergindo da *interpretatio* dada pela colega da Vara de Exceção, determinando, sempre, a abertura do contraditório constitucional para, posteriormente, examinar os requisitos da *actio popularis*.

Não é juridicamente possível, finalmente, extinguir o feito, pois “*não havendo veto há possibilidade jurídica; se houver proibição legal não há possibilidade jurídica*” (Aragão, Egas Dirceu Muniz de. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, pág. 396).

Veja-se a jurisprudência:

“Inicialmente, é preciso argumentar que a impossibilidade jurídica do pedido só se caracteriza se a lei não permite que a lide acaso existente entre as partes seja trazida a juízo (cfe. Humberto Theodoro Jr., Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 18ª ed., Rio, Forense, 1996, pág. 54), ou como preferem Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery em Código de Processo Civil comentado, 3ª ed., São Paulo, RT, 1997, pág. 532: O pedido é juridicamente possível quando o ordenamento não o proíbe expressamen-

te” (AI n. 00.003060-0, de Quilombo, rel. Juiz Cesar Abreu).

Assim, não há falar em impossibilidade jurídica do pedido e, tampouco, na falta do interesse de agir.

Diga-se, também, que só se poderá afirmar, com certeza, acerca da falta de lesividade ou não, após regular instrução processual, quando analisadas as razões do pedido, ou seja, a eventual nulidade dos decretos e das leis indicados na inicial.

Se está com Hegel quando afirma que é a própria história que pode corrigir os julgamentos errados. É errado, na interpretação constitucional, criar-se obstáculos para o ingresso com ações que tendem a prestigiar o patrimônio público, pois entre nós existe, diria Canotilho, “o Estado de direito e a garantia da via judiciária” (Canotilho, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Lisboa, Gradiva, 1999, pág. 70).

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. Tanto a sociedade como a administração, daí, estarão mais voltadas para os princípios éticos.

Ora, ao contrário do que pensa a Togada *a quo* acerca da moralidade administrativa como fundamento da ação *pro populo* (vide fl. 46, *in medio*), há crescente número de acórdãos reconhecendo a possibilidade de acolhimento das pretensões desconstitutivas de atos lesivos unicamente praticados contra a moralidade administrativa, erigida à categoria de princípio constitucional, consagrado no art. 37, do Texto Maior. Portanto, são passíveis de anulação, com fundamento autônomo, os atos que atentam contra a moralida-

de, pela via adequada da ação popular, nos termos do art. 5º, XXXV e LXXIII, Constituição da República (RT 767/59-69). Para tanto, é preciso partilhar o exercício daquilo que Konrad Hesse denominou “vontade de Constituição”, diluindo a tensão entre o “ser” e o “dever ser”, entre a realidade e a norma.

Caso contrário, teríamos o mesmo receio de Montesquieu com a magistratura francesa da *ancien régime*, que o fez declarar que os juizes não são “*mais que a boca que pronuncia as palavras da lei*”, obstando o avanço que propôs o legislador constituinte (Idéia da revista precitada, pág. 66).

Por essas razões, dá-se provimento ao apelo e à remessa para o prosseguimento da ação, determinando-se a citação dos réus na forma pleiteada na inicial e o prosseguimento da *actio* em seus últimos termos.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Câmara, por votação unânime, dar provimento ao reexame necessário e ao apelo, para o prosseguimento da ação, determinando-se a citação dos réus na forma pleiteada na inicial e o prosseguimento da *actio* em seus últimos termos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 5 de setembro de 2002.

João Martins,
Presidente, com voto;
Volnei Carlin,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.008586-4, DE BLUMENAU**Relator: Des. Luiz César Medeiros**

Responsabilidade civil — Danos morais e materiais — Lesão corporal — Tortura em estabelecimento prisional — Denúnciação à lide rejeitada — Responsabilidade objetiva — Teoria do risco administrativo — Culpa in vigilando do Estado — Quantum indenizatório — Redução — Verba honorária — Fixação no mínimo legal — Recurso parcialmente provido.

1. A obrigação de indenizar que resulta da responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco administrativo decorre da simples prova do dano e do nexa causal.

O Estado tem a incumbência de assegurar a integridade física e a saúde dos detentos que ocupam seus estabelecimentos prisionais, o que importa, por consequência, na sua responsabilidade pela reparação integral dos danos resultantes de sevícias praticadas por policiais ou carcereiros.

2. A denúnciação da lide prevista no art. 70 do Código de Processo Civil visa a assegurar primordialmente os princípios da economia e celeridade processual. Se pedido nesse sentido foi indeferido ou sequer chegou a ser apreciado, uma vez finda a instrução e sentenciado o feito, não se anula o processo pela ausência da providência reclamada.

3. Na fixação do valor da compensação a título de danos morais o juiz deve considerar não só a extensão do gravame sofrido, mas também as condições particulares da vítima e do ofensor.

4. Na ausência de circunstâncias especiais, sedimentou-se a jurisprudência da Corte no sentido de que a fixação dos honorários advocatícios, quando se tratar de pessoa jurídica de direito público, deve situar-se no patamar de 10% sobre o valor da condenação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.008586-4, da comarca de Blumenau, em que é apelante o Estado de Santa Catarina e apelado Sérgio Rogério Perez:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, desprover o agravo retido, dar provimento parcial ao recurso e, em sede de reexame, reformar parcialmente a sentença.

I — Relatório

Trata-se de remessa necessária e apelação cível interposta pelo Estado de Santa Catarina, inconformado com o decisório de fls. 148/150 que o condenou ao pagamento da quantia de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) a título de compensação por danos morais sofridos por Sérgio Rogério Perez, corrigidos a partir da data do evento danoso e acrescidos dos juros legais, a contar da data da citação.

O autor, ora apelado, ajuizou ação ordinária de responsabilidade civil por danos materiais e morais, sustentando ter sido vitimado por tortura praticada por policiais civis encarregados de efetuar sua prisão, em 7 de maio de 1992.

Comprova, por meio de depoimentos testemunhais, que apresentava hematomas por todo o seu corpo, bem como marcas provenientes de choques elétricos que lhe foram aplicados.

O apelante, por seu turno, pugna em preliminar pela apreciação do agravo retido concernente à decisão que indeferiu o pedido de denunciação da lide por ele formulado.

No mérito, alega não ter sido o apelado submetido a maus tratos durante o ato de prisão, sugerindo terem sido os ferimentos provocados pelos companheiros de cela deste, ou por ele mesmo.

Sustenta não haver, destarte, responsabilidade do Estado pelo ocorrido, haja vista que os policiais, indigitados torturadores, foram absolvidos na esfera criminal por ausência de provas.

No que se refere ao dever de zelo e proteção do Estado para com os detentos, assevera ser tal responsabi-

lidade de cunho subjetivo, sendo, assim, imprescindível a demonstração da culpa dos agentes prisionais. Observa ainda não ter sido comprovado o nexo de causalidade entre a ação dos policiais e o dano sofrido pelo apelado, entendendo, portanto, não haver quaisquer prejuízos a serem reparados pela Administração Pública estadual.

Objurga, da mesma forma, o valor fixado na sentença *a quo*, pretendendo, se não acolhidas as suas razões, a redução do montante da condenação por entendê-lo excessivo.

O apelado contra-arrazoou, buscando a manutenção da decisão guerreada no que diz respeito à compensação fixada em virtude dos danos morais. Pleiteia, ainda, a concessão de indenização por danos materiais, pedido não acolhido na decisão.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Doutor Jobél Braga de Araújo, pugnou pelo conhecimento e desprovisamento do recurso voluntário e da remessa necessária, para que seja mantida integralmente a sentença de primeiro grau (fls. 201/211).

A sentença também se reexamina por força do disposto no art. 475, I, do Código de Processo Civil.

II — Voto

1. Trata-se de ação indenizatória aforada por Sérgio Rogério Perez, objetivando a reparação de danos morais e materiais em virtude dos ferimentos causados pelos agentes prisionais que efetuaram sua prisão em flagrante no dia 7 de maio de 1992.

Primeiramente, mister se faz a análise do agravo retido interposto

da decisão que negou a denúncia da lide aos agentes policiais, sob o entendimento de que “o disposto no art. 70, inc. III, não alcança os servidores públicos nas ações indenizatórias movidas contra a Administração, uma vez que o direito de regresso da pessoa jurídica de direito público será simples corolário da aplicação da norma constitucional” (fls. 60/61).

É preciso admitir, antes de adentrar na questão, que a matéria relativa à obrigatoriedade, ou não, da denúncia da lide em todas as hipóteses previstas no art. 70 do Código de Processo Civil é questão de grande divergência doutrinária e jurisprudencial.

A denúncia da lide no caso previsto no art. 70, inciso I, do Estatuto Processual é obrigatória, pois nos termos do art. 1.116 do Código Civil, a sua falta acarreta a perda do direito à indenização pela evicção. O mesmo não se pode dizer em relação aos incisos II e III, situações em que ela é facultativa e deve ser requerida pela parte interessada.

No caso vertente, o Estado de Santa Catarina formulou requerimento que restou indeferido. Contra esse despacho interpôs agravo na forma retida, contrariando a evidência de que a situação estava a reclamar o agravo de instrumento para que os litisdenunciados viessem ao feito no momento processual apropriado e não somente quando já finda a instrução e prolatada a sentença definitiva.

Desse modo, mostra-se descabido o provimento do agravo retido para anular a decisão e acatar a denúncia da lide aos servidores do

Estado de Santa Catarina, justamente porque isso representaria violação aos princípios que regem o instituto — a economia e a celeridade processual. Conclui-se, pois, que anular o processo na fase em que se encontra, em vez de economia e celeridade, ter-se-ia como resultado a procrastinação que somente beneficiaria o Estado e atentaria contra a efetividade da prestação jurisdicional.

Sobre a não-obrigatoriedade da litisdenúnciação em casos tais, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

“1) Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Seus pressupostos. 2) Processual civil. A ação de indenização, fundada em responsabilidade objetiva do Estado, por ato de funcionário (Constituição, art. 107 e parágrafo único), não comporta obrigatória denúncia a este, na forma do art. 70, III, do Código de Processo Civil, para apuração de culpa; desnecessária à satisfação do prejudicado.

(...)

“No RE n. 91.271 (RTJ 92/436), esta Turma deu-se a honra de acompanhar meu voto, no qual firmei que ‘o princípio do regresso contra o funcionário, do art. 107 da Constituição, não fornece padrão para as ações entre particulares, em que a denúncia da lide é obrigatória àquele que deva responder em ação regressiva’. Assim, implicitamente, considerou-se que, na ação contra o Estado, não há obrigatória denúncia da lide ao funcionário que em ação regressiva deva responder pelo dano” (RE n. 93.880/RJ, Min. Décio Miranda).

Em situação que em muito se assemelha ao ora discutido, a egrégia

Terceira Câmara Civil deste Tribunal decidiu:

“Agravos de instrumento — Responsabilidade civil do Estado — Denúnciação da lide ao agente público — Dispensabilidade — Inteligência do art. 70, III, do CPC.

‘I — Em relação à exegese do art. 70, III, CPC, melhor se recomenda a corrente que não permite a denúncia nos casos de alegado direito de regresso cujo reconhecimento demandaria análise de fundamento novo não constante da lide originária.

‘II — A denúncia da lide, como modalidade de intervenção de terceiros, busca atender aos princípios da economia e da presteza na entrega da prestação jurisdicional, não devendo ser prestigiada quando susceptível de pôr em risco tais princípios’ (Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira)” (AI n. 99.009492-8, Des. Eder Graf).

E do corpo do venerando acórdão destaca-se:

“O entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça é no seguinte sentido:

‘Responsabilidade civil objetiva — Economia processual — Integração da relação processual — Causador do dano.

‘O Estado responde pelos danos que seus agentes causarem. Sua responsabilidade é objetiva, independe de dolo ou culpa. Admite-se por economia processual, que o servidor causador do acidente integre a relação processual. Recurso provido’ (REsp n. 181.601/RS, Min. Garcia Vieira, j. 12/11/98).

“Contudo, mesmo os adeptos dessa opinião ponderam em sentido oposto quando o princípio informador do instituto da denúnciação da lide é malferido.

“Veja-se:

‘Processual civil e administrativo. Ação de indenização proposta em face de pessoa jurídica de direito público interno. Denúnciação da lide ao agente público (art. 70, III, do CPC): denegada pelo tribunal estadual em julgamento de agravo de instrumento. Anulação do processo. Inconveniência, tendo em vista os princípios da economia e da celeridade processual. Resguardo da via regressiva ao poder público. Precedentes. Recurso improvido.

‘I — Quando do julgamento de agravo de instrumento interposto contra decisão que admitiu denúnciação da lide, o tribunal estadual proveu o recurso, denegando, por consequência, a intervenção de terceiros no processo. Passados vários anos daquele *decisum*, não há que se falar em anulação do processo. Assim o é porque os princípios da economia e da celeridade processual devem ser prestigiados, ficando resguardada à administração pública a via regressiva em ação autônoma. Precedentes do STJ: REsp ns. 11.599/RJ, 8.698/SP e 16.024/DF.

‘II — Recurso especial improvido’ (REsp n. 13.419, Min. Adhemar Maciel, j. 15/8/96).

“A respeito do assunto, o Ministro Sydney Sanches faz um brilhante estudo, trazendo a lume o esboço do jurista Vicente Grecco Filho,

especificamente acerca do inciso III do referido dispositivo legal, *verbis*:

“Vicente Grecco Filho, embora considerando não desapoiada na lei uma interpretação do inc. III do art. 70 que permita a dedução de toda e qualquer pretensão regressiva, por via da denunciação da lide, acaba por reputá-la ‘perigosamente excessiva’. Admite que a denunciação da lide encontra fundamento no princípio da economia processual, pois permite a solução de duas lides num só processo. E que atende à própria exigência de justiça, pois evita sentenças contraditórias.

“Mas objetiva: ‘o direito processual adotou o princípio originário do direito romano, da singularidade da jurisdição e da ação, isto é, os efeitos da sentença, de regra, só atingem as partes, o juiz não pode proceder de ofício, a legitimação e os casos de intervenção são de direito estrito, porque excepcionam os princípios consagrados nos artigos 3º e 6º do CPC. De fato, se admitirmos a denunciação ante a simples possibilidade de direito de regresso, violaríamos a economia processual e a celeridade da justiça, porque num processo seriam citados inúmeros responsáveis ou pretensos responsáveis numa cadeia imensa e infundável, com suspensão do feito primitivo’ (...).

“Essas objeções são inteiramente válidas e não podem passar despercebidas ao intérprete.

“O jurista não pode ser indiferente à realidade em que vive.

“Não se pode pretender que a denunciação da lide, instituto dedicado, entre outras finalidades, à

economia processual, acabe se voltando contra ela e em detrimento daquele que reclama reparação de um dano. A menos que se dê ao art. 73 uma interpretação restritiva, que nele veja apenas a notícia da lide pelo denunciado a terceiro e não a propositura de sucessivas ações incidentais de garantia.

“É, aliás, a doutrina de Arruda Alvim, que será considerada, quando examinarmos aquele dispositivo.

“De qualquer maneira, mesmo não se admitindo sucessivas denunciações da lide, a interpretação do inc. III do art. 70 que permita a dedução, por via incidental, de toda e qualquer pretensão regressiva, no sentido amplo, acabará também afrontando o princípio da economia processual”.

Não sendo obrigatória a denunciação da lide, repita-se, o seu não-acolhimento, nesta fase, prejuízo algum trará à marcha ou ao resultado do processo. Providência contrária representaria injustificável retardamento que militaría em desfavor do autor.

Pelas razões acima declinadas nego provimento ao agravo retido.

2. Passando ao deslinde meritual do pleito recursal, observa-se que o argumento central da insurgência reside na ausência dos requisitos caracterizadores do direito ao ressarcimento, pois entende o Estado não ter sido comprovada nos autos a sua culpabilidade. Discorda também do *quantum* fixado a título de indenização pelos danos morais — R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Encontra-se cabalmente demonstrado que o apelado sofreu lesões corporais provocadas pela prática de tortura dentro do estabeleci-

mento prisional após o dia 7 de maio de 1992, ou seja, depois de ter sido aprisionado (fls. 17/21). Além dos documentos anexados aos autos que comprovam os ferimentos, merecem destaque os depoimentos prestados pelos Doutores Ricardo Orofino da Luz Fontes e Jorge Henrique Schaefer Martins — à época ilustres Juízes de Direito das Varas Criminais da comarca de Blumenau.

As autoridades em referência, ante a notícia de tortura de presos na Cadeia Pública, procederam as devidas averiguações e inclusive presenciaram *in loco* a veracidade das informações que lhes foram trazidas. Afirmaram os diligentes Magistrados que o apelado Sérgio Rogério Perez apresentava hematomas pelo corpo, mostrando inequívocos sinais de espancamento provocado com o instrumento conhecido como “macaca” (fls. 24v./25).

Ora, se há comprovação segura de que o detento foi lesionado quando já se encontrava sob a custódia do Estado, pouco importa a ausência de prova segura a respeito da identidade dos agressores, pois na situação fática descrita restou suficientemente caracterizada a culpa *in vigilando*.

A esse propósito, colhe-se da jurisprudência:

“Responsabilidade civil do Estado. Ato omissivo. Detento morto por companheiro de cela. Notória periculosidade do assassino. Culpa provada dos agentes administrativos, por omissão concorrente para a consumação do evento danoso. Recurso extraordinário do Estado não conhecido.

“Resulta em responsabilidade civil do Estado, o ato omissivo dos agentes administrativos concorrente para a consumação de morte do detento, assassinado por um companheiro de cela de notória periculosidade” (STF, RE n. 81.602/MG, Min. Bilac Pinto, RTJ 77/601).

E também:

“Indenização — Responsabilidade civil do Estado — Agressão física e moral praticada por detentos contra quem, por leve contravenção de vias de fato, ficara mantido preso, em cela comum de delegacia, aguardando lavratura de flagrante — Configuração — Procedência mantida — Embargos infringentes recebidos” (TJSP, Embargos Infringentes n. 223.244-1, Des. J. Roberto Bedran, JTJ — LEX 179/206).

Na introdução do voto condutor a que se refere o julgado acima colacionado, consignou-se que o fato configurou, pelo menos, a culpa *in vigilando* pela omissão dos agentes administrativos, sendo irrelevante que a detenção da vítima tenha sido legal ou ilegal.

Em reforço à tese de responsabilização do Estado, constata-se que o autor demonstrou satisfatoriamente o nexos causal entre a negligência do Poder Público e o evento danoso. De outro vértice, nada há nos autos que demonstre ter ocorrido uma das causas de exclusão da responsabilidade do Ente Público — culpa exclusiva da vítima, culpa de terceiro, caso fortuito ou força maior —, o que torna imperativo o seu dever de indenizar o autor, pois, ao contrário do alegado, o caso se amolda perfeitamente à configuração ditada pelo art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Em outras palavras, a responsabilidade é objetiva.

A interpretação dos imperativos constitucionais, em harmonia com a firme posição doutrinária e remansosa jurisprudência, permite a afirmação de que a partir do momento da detenção (legal ou ilegal), o indivíduo fica sob a responsabilidade dos agentes prisionais (Estado), que têm a incumbência de preservar sua integridade corporal, protegendo-o de qualquer tipo de violência, seja por parte de outros detentos ou mesmo dos próprios agentes policiais.

Oportuna a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Há determinados casos em que a ação danosa, propriamente dita, não é efetuada por agente do Estado, contudo, é o Estado quem produz a situação da qual o dano depende. Vale dizer: são hipóteses nas quais é o Poder Público quem constitui, por ato comissivo seu, os fatores que propiciarão decisivamente a emergência do dano. Tais casos, a nosso ver, assimilam-se aos de danos produzidos pela própria ação do Estado e por isso ensejam, tanto quanto estes, a aplicação do princípio da responsabilidade objetiva.

“Com efeito, nas hipóteses ora cogitadas uma atuação positiva do Estado, sem ser a geradora imediata do dano, entra decisivamente na sua linha de causação” (Ato Administrativo e direito dos administrados. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, pág. 150).

E mais adiante, acrescenta o autor:

“Assim, se um detento fere, mutila ou mata o outro detento, o Estado responde objetivamente, pois cada detento está sempre sujeito e

exposto a situações agudas de risco, inerentes à ambiência de uma prisão onde convivem infratores, ademais inquietos pela circunstância de estarem prisioneiros” (*op. cit.*, pág. 152).

A responsabilidade objetiva advinda da teoria do risco administrativo não obriga o Poder Público a indenizar todo e qualquer caso, mas, sim, dispensa a vítima da prova de culpa do agente da Administração, cabendo a esta a demonstração da culpa, total ou parcial, do lesado no evento danoso, para que aí, sim, fique total ou parcialmente livre da indenização.

Sobre o assunto, importante o escólio do festejado doutrinador Rui Stoco:

“Não se pode deslembrar que a responsabilidade do Estado se assenta no risco administrativo e independe de prova da culpa, bastando que se demonstre o nexo causal entre o acidente e o dano.

“Aliás, sequer se exige a prova de culpa do servidor causador do dano.

“Em casos que tais o ônus da prova é invertido: ao Estado é que compete provar a existência de uma das causas de exclusão da responsabilidade, como a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou a força maior.

“Fora daí, por força da teoria do risco administrativo, ao Estado cabe responder pelos danos decorrentes de acidentes de veículos de sua propriedade. Sua responsabilidade é objetiva” (Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, pág. 384).

O mestre Hely Lopes Meirelles, abordando a mesma teoria, pondera:

“Por esta teoria o Município, suas autarquias, entidades paraestatais e demais delegados de sua Administração respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros. Essa responsabilidade independe da culpa do Município ou de seus agentes ou prepostos. Para obter a indenização basta que a vítima demonstre o nexo causal entre o ato e a injusta lesão ao seu patrimônio” (Direito Municipal Brasileiro. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993, pág. 128).

De outro norte, Maria Helena Diniz, tecendo comentários acerca da aplicação do artigo 159 do Código Civil, assim preleciona:

“O ato ilícito é praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando o direito subjetivo individual. Causa dano a outrem, criando o dever de repará-lo. Logo, produz efeito jurídico, só que este não é desejado pelo agente, mas imposto pela lei. Para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral, sendo que pela Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça serão cumuláveis as indenizações por dano moral e material decorrentes do mesmo fato; e c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente” (Código Civil Anotado. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, pág. 169).

No mesmo diapasão é a lição de Carlos Roberto Gonçalves:

“Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presu-

mida pela lei. Em outros, é de todo prescindível (...).

“Há casos em que se prescinde totalmente da prova da culpa. São as hipóteses de responsabilidade independente de culpa. Basta que haja relação de causalidade entre a ação e o dano.

“Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiro. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa” (Responsabilidade Civil. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, pág. 18).

Nesse mesmo sentido, José da Silva Pacheco, em parecer publicado na RT 635/103, apresentou algumas considerações sobre o tema:

“Houve, pelo art. 37, § 6º, da CF de 1988, alteração no concernente à responsabilidade civil, inspirada no princípio basilar do novo Direito Constitucional de sujeição de todas as pessoas, públicas ou privadas, aos ditames da ordem jurídica, de modo que a lesão aos bens jurídicos de terceiros traz como conseqüência para o causador do dano a obrigação de repará-la”.

Ante o quadro fático delineado nos autos, não há como se isentar o insurgente da responsabilidade pelo acontecimento lesivo. Era o Estado de Santa Catarina quem tinha e tem a incumbência de manter a integridade física e a saúde dos detentos que ocupam seus estabelecimentos prisionais, o que importa, por conseqüência, na sua responsabilidade.

Repita-se: comprovado o nexo causal entre a ação ou omissão dos

funcionários do Presídio de Blumenau e o dano efetivo suportado pelo recorrido, e não tendo sido demonstrada a culpabilidade deste, exsurge de forma automática a obrigação da reparação civil por parte da Administração.

É da ensinança, novamente, do saudoso administrativista Hely Lopes Meirelles que, “para obter a indenização, basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexo causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como o seu montante. Comprovados esses dois elementos, surge naturalmente a obrigação de indenizar. Para eximir-se dessa obrigação incumbirá à Fazenda Pública comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso. Enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima, subsiste a responsabilidade objetiva da Administração. Se total a culpa da vítima, fica excluída a responsabilidade da Fazenda Pública; se parcial, reparte-se o *quantum* da indenização” (Direito Administrativo Brasileiro. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, pág. 611).

3. No que pertine ao valor correspondente à indenização pelos danos morais, a decisão merece ser reformada, haja vista que o valor fixado na sentença, pelas peculiaridades subjacentes, não se ajusta aos parâmetros usualmente adotados por este colendo Órgão Fracionário.

É sabido que a noção de dano envolve a idéia de prejuízo, deterioração, perda de algum bem no sentido etimológico, não se confundindo com o dano patrimonial. Este se liga diretamente à idéia de que ocorreu uma conduta que provocou uma diminuição no patrimônio da vítima, tendo o sentido de

restaurar, de restabelecer o equilíbrio atingido. Aquele, por não poder ser resolvido por meio de uma equivalência, já que impossível indenizar os sofrimentos que são insuscetíveis de avaliação, merece receber uma satisfação a ser paga pelo causador de uma só vez.

Discorrendo sobre o tema, preleciona Matos Antunes Varela:

“[...] dano é a perda *in natura* que o lesado sofreu, em consequência de certos fatos, nos interesses (materiais, espirituais ou morais) que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar. É a lesão causada no interesse juridicamente tutelado, que reveste as mais das vezes a forma de destruição, subtração ou deterioração de certa coisa, material ou incorpórea. É a morte ou são os ferimentos causados à vítima; é a perda ou afetação do seu bom nome ou reputação, são os estragos causados no veículo, as fendas abertas no edifício pela explosão; a destruição ou apropriação de coisas alheias etc.” (Das Obrigações em Geral. 10ª ed., Coimbra: Almedina, 2000, pág. 592, vol. I).

Destarte, a idéia de perda de algum interesse abrange o conceito de natureza patrimonial e extrapatrimonial. Assim, o dano é lesão aos nossos interesses legítimos e sua preservação, seja de natureza material ou imaterial, é um dever do Estado. Para tanto, o legislador assegura à vítima o direito à reparação ou compensação dos prejuízos sofridos.

Na verdade, quando tratamos de danos extrapatrimoniais deparamo-nos com uma forma de compensação de prejuízos e nunca em reparação pecuniária. A Suprema Corte já havia se posicionado de que somente

seriam ressarcidos os danos que admitissem reparabilidade ou retorno ao estado original (RF 138/452).

Em lição esclarecedora, Clayton Reis registra:

“Ora, os danos morais não podem ser reconstituídos, e, por consequência, seriam irresarcíveis pela sua natureza. No entanto, se os prejuízos advindos de danos extrapatrimoniais não admitem reposição, podem ser tutelados mediante uma pena, que se reveste de caráter compensatório. Por isto, Caio Mário da Silva Pereira destaca que, ‘o que é da essência da reparação do dano moral é a ofensa a um direito, sem prejuízo material’. Assim, se não há reparação, deverá haver compensação.

(...)

“Nesse caso, é preciso que haja prova efetiva desse prejuízo, para efeito de fixação do *quantum* indenizatório. Todavia, quando ocorrer a perda do interesse, estaremos diante de um dano de caráter extrapatrimonial, dano moral, que possibilita a fixação de uma determinada importância pecuniária, com a finalidade de compensar a perda desse interesse. Na hipótese, os sofrimentos íntimos e os desgostos pessoais vivenciados pela vítima, decorrentes da frustração do acesso aos bens apontados, devem ser objeto de pagamento de um valor pecuniário capaz de satisfazer essa perda” (Avaliação do Dano Moral. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, págs. 10/14).

Diante da ausência de norma que tabele os danos extrapatrimoniais, conclui-se que a intenção do legislador foi de proceder pela realização da justiça na vida social, buscando a me-

lhor interpretação e defendendo o patrimônio moral dos integrantes da sociedade.

Nessa linha, é bastante elucidativo o voto proferido pelo Min. Sálvio de Figueiredo do Superior Tribunal de Justiça:

“A interpretação das leis não deve ser formal, mas sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil. Se o juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando *contra legem*, pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenda às aspirações da Justiça e do bem comum” (RSTJ 26/378).

Ainda que não seja possível fixar com exatidão o valor que corresponda ao ressarcimento dos danos morais, a reparação deverá corresponder a uma justa compensação dos danos sofridos. O *quantum* indenizatório deverá ser alcançado de tal forma que freie os atos cometidos ou omitidos pelos agentes administrativos. Curial que o juiz se pautar nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando em consideração todos os elementos que concorreram para a causa da lesão, as consequências advindas do dano, bem como as condições da vítima e do ofensor. Essa análise não pode resultar simplesmente do subjetivismo ínsito ao ato de julgar, mas sim da realidade posta nos autos.

Nessa linha é a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça:

“Responsabilidade civil. Indenização. Dano moral.

“Acumuláveis são as indenizações por dano moral e material (Súmula 37/STJ).

“Arbitramento do *quantum* devido em conformidade com o nível econômico dos autores, bem como de sua falecida filha, e ainda de acordo com o porte da empresa-ré, não afastadas as condições em que ocorreu o acidente.

“Recurso especial conhecido e provido, em parte” (REsp n. 6.048/RS, Min. Barros Monteiro).

“Responsabilidade. Civil. Danos moral e material. Cumulabilidade. Possibilidade. Súmula STJ, Enunciado n. 37. Dano moral acolhido. Fixação nesta instância. Balizamento. Recurso provido.

“I — Nos termos do Enunciado n. 37 da Súmula desta Corte, ‘são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato’.

“II — O arbitramento do dano moral pode ser fixado nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso, com o objetivo de evitar inconvenientes e retardamento na solução jurisdicional.

“III — Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores, e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso” (REsp n. 135.202/SP, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Sobre o assunto, recorre-se novamente à obra de Clayton Reis,

mais precisamente na parte em que o jurista cita Jorge Bustamante Alsina e Jorge Gamarra:

“E, quanto à quantia do dano convém estabelecer que o prejuízo não é mensurável pela sua própria natureza, não se pode estabelecer por equivalência sua valoração em dinheiro. Deve-se recorrer em tal caso a pautas relativas segundo um critério de razoabilidade que tenha como finalidade adequar sua valoração equitativamente à realidade do prejuízo’ (*Teoria General de la Responsabilidad Civil*, pág. 243).

“E ainda:

‘Para estabelecer o *quantum* indenizatório o juiz dispõe de poderes mais amplos que os previstos pela lei em matéria de ressarcimento; são poderes de natureza discricional, porque o dano resulta em uma precisa demonstração matemática, já que o único meio que consiste em uma tradução objetiva (independentemente de um juízo valorativo) é o valor de mercado, por consequência, a valoração discricional é a consequência coerente da natureza não patrimonial do bem”’ (*Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, pág. 358) (*op. cit.*, págs. 65/66).

Como não existem meios objetivos seguros de aquilatar-se o prejuízo decorrente da dor, do constrangimento, do sofrimento, os operadores do direito, na tentativa de buscar um valor que melhor satisfaça o lesado, não devem olvidar que a função da reparação do dano moral não é a de enriquecer aqueles que tiveram sua moral abalada, mas sim a de compensar o lesado pelo padecimento resultante do ato ilícito e propiciar um efeito pedagógico que desencoraje a repetição do ato e incuta no agente responsável a consciência da

necessidade de refrear seu ímpeto lesivo. Se o ofensor não pode ser sensibilizado ética e moralmente porque seus valores estão corrompidos, pelo menos sentirá os efeitos econômicos contra si desencadeados como consequência do seu proceder.

Exatamente por isso, mostra-se absolutamente correta a afirmação de que, além da função compensatória, o valor da indenização está impregnado de um sentido punitivo que por sua vez incorpora a idéia de prevenção. É o que se denomina de ressarcimento-prevenção.

Com a proposta de melhor identificar a extensão do dano, pode-se utilizar também como parâmetro para quantificação do valor indenizável — além daqueles já mencionados — a jurisprudência pátria como fonte formal do Direito, representada pelas decisões proferidas pelos nossos Tribunais. Salienta-se, como é óbvio, que este procedimento não visa a “tabelar” os danos morais, mas tão-somente indicar situações semelhantes que possam servir de critérios mais uniformes e objetivos, com vistas à melhor solução.

Na espécie, ainda que se trate de dano moral decorrente de ação física, que no caso deu-se por instrumentos ou meios capazes de gerar ferimentos, não se comprovou nos autos deformidade permanente do lesado. Logo, a partir dessa situação, as propostas de indenização são fixadas nos limites de 50 a 500 salários mínimos.

Observa-se que tangente à lesão física gravíssima, ou seja, com resultado morte, visto tratar-se da mais grave ofensa à pessoa, o parâmetro utilizado pelo Superior Tribunal de

Justiça situa-se na casa dos 500 salários mínimos. Destaca-se:

“Relativamente ao *quantum* indenizatório, é de destacar-se, consoante se tem proclamado neste Tribunal, que ‘o valor da indenização por dano moral não pode escapar ao controle do Superior Tribunal de Justiça’ (dentre vários outros, o REsp n. 215.607/RJ, DJ 13/9/99), entendimento firmado em face de abusos na fixação do *quantum* indenizatório, pelo que se entendeu ser lícito a esta Corte exercer o respectivo controle.

“Na espécie, no entanto, tenho que a fixação da indenização por danos morais em 500 (quinhentos) salários não se afigura elevada e injusta, a justificar a atuação desta Corte” (REsp n. 331.295/SP — Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

A análise dos julgados deste Tribunal permite a constatação de que nos casos de seqüela permanente e morte a fixação do *quantum* indenizatório tem obedecido ao parâmetro de 100 a 200 salários mínimos.

A título de ilustração merecem ser citados os seguintes precedentes:

“Recurso adesivo — Lesões múltiplas — Retirada de órgão — Seqüela permanente — *Quantum* — 120 salários mínimos — Valor que não condiz com o dano sofrido — Aumento para 200 salários mínimos — Pedido formulado neste patamar — Recurso provido” (Ap. Cív. n. 99.013338-9, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento).

“Danos morais — Morte de filho — Arbitramento em 50 (cinquenta) salários mínimos — Majoração.

“A quantia de 50 (cinquenta) salários mínimos arbitrada pelo juiz *a quo*, a título de danos morais, não se mostra proporcional à lesão, tendo em vista a gravidade e a extensão dos males sofridos pela demandante, levando-se em conta, ainda, as regras da experiência comum e do bom senso (art. 335, CPC), que recomendam a majoração da verba para 100 (cem) salários” (Ap. Cív. n. 99.004117-4, rel. Des. Volnei Carlin).

“Verificando-se, portanto, que os danos sofridos pela vítima foram de grande intensidade, não há reparação a ser feita no tocante ao *quantum* indenizatório, bem fixado pelo douto Togado *a quo* em 200 (duzentos) salários mínimos” (Ap. Cív. n. 97.001836-3, rel. Des. Silveira Lenzi).

“Observados, pois, os caracteres específicos da espécie *sub judice* e visto, primordialmente, que a vítima não veio — e, *data venia*, não deve vir — a falecer em decorrência dos danos físicos sofridos, tal qual a hipótese do aresto citado *supra*, o *quantum* de 200 (duzentos) salários mínimos parece exacerbado. Há que se o reduzir, pois, ao montante referente a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos, tal qual postulado no apelo. Mais que isso seria o mesmo que extrapolar os liames do pedido recursal, o que encontra notório óbice no sistema processual vigente” (Ap. Cív. n. 00.023439-7, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

A par dessas considerações, em face dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça e deste Sodalício, não havendo morte, deformidade ou lesão grave, e também em observância ao nível socioeconômico do lesa-

do e principalmente, como já dito, considerando as peculiaridades da espécie — envolvimento com o mundo do crime — tenho que a quantia fixada no Juízo *a quo* mostra-se exagerada. Parece evidente que uma pessoa cujos valores estão corrompidos é menos sensível aos atos que maculam sua honra e moral do que aquela que se conduz dentro dos ditames que regem a vida do homem em sociedade.

Ante tais circunstâncias, entendendo mais apropriado que a condenação a título de compensação pelos danos morais seja fixada em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), ou seja, o equivalente a 100 (cem) salários mínimos da moeda corrente atual, a ser atualizada monetariamente a partir do evento danoso até a data da efetiva liquidação, incidindo juros legais a contar da citação.

3. A sentença também merece reparo no que se refere à verba honorária.

Não obstante a redução do valor da condenação, é pacífico nesta Corte que, vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios devem ser arbitrados em consonância com o disposto no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil:

“Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior”.

A propósito, “pacificou-se o entendimento pretoriano no sentido de

que não deve entidade estatal, na hipótese de sucumbir, suportar honorários de advogado acima do percentual de 10%" (Ap. Cív. n. 97.010104-0, rel. Des. Sérgio Paladino).

Reduz-se, portanto, a verba honorária para 10% sobre o valor da condenação devidamente corrigida.

4. Não se pode olvidar, também, que o Estado de Santa Catarina, nos termos da Lei Complementar n. 156/97, alterada pela Lei Complementar n. 161/97, está isento do pagamento das custas processuais.

5. Ante o exposto, nego provimento ao agravo retido e dou provimento parcial ao recurso voluntário para reduzir o *quantum* indenizatório para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Em sede de remessa necessária, reformo parcialmente a sentença para diminuir a verba honorária e isentar o Estado do pagamento das custas processuais.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, desproveram o agravo retido, deram provimento parcial ao recurso do Estado e, em sede de reexame, reformaram parcialmente a sentença.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 17 de junho de 2002.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.015734-9, DE TROMBUDO CENTRAL

Relator designado: Des. Luiz César Medeiros

Responsabilidade civil — Ação de indenização — Estado — Prescrição quinquenal — Reconhecimento — Extinção do processo — Dec. n. 20.910/32, art. 1º — Propositura de ação penal — Causa que não interrompe a prescrição no cível — Princípio da independência entre a responsabilidade civil e a penal (CC, art. 1.525) — Recurso desprovido.

1. É de cinco anos o prazo de prescrição para a ação de indenização fundada na responsabilidade civil do Estado, conforme dispõe expressamente o art. 1º do Dec. n. 20.910/32, afastada a regra geral indicada no art. 177 do Código Civil.

2. A sentença penal condenatória de agente público constitui título executivo judicial contra o condenado, não, porém, contra a

pessoa jurídica de direito público, cuja responsabilidade, adstrita à esfera civil, somente pode ser apurada em ação específica de conhecimento, sujeita à prescrição quinquenal, cujo prazo se inicia na data em que se concretizou o dano resultante do fato delituoso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.015734-9, da comarca de Trombudo Central, em que são apelantes Maria Carmiria Peters, Luci Cléia Peters e Ildemar Peters e apelado o município de Pouso Redondo:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por maioria de votos, negar provimento ao recurso. Vencido o Des. Francisco Oliveira Filho que votou no sentido de anular o processo a partir de fl. 67, inclusive.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Carmiria Peters, Luci Cléia Peters e Ildemar Peters em face da sentença prolatada nos autos de n. 074.98.000681-7, de ação de reparação de danos causado em acidente de veículos, por eles ajuizada, na comarca de Trombudo Central, em que foi julgado prescrito o pedido dos autores nos seguintes termos:

“Assim, conforme já analisado, aplico a exegese do Decreto n. 20.910/32.

“Posto isto, *julgo extinto* o presente processo, nos termos do artigo 269, IV, do Código de Processo Civil”.

Na busca pela reforma da decisão impugnada, os autores sustentaram que a Carta Magna, em seu

art. 61, teria revogado todos os Decretos e Decretos-Leis do sistema jurídico brasileiro. Acrescentaram, ainda, que os direitos dos apelantes só seriam confirmados após a sentença criminal que condenou o motorista da ambulância.

O apelado apresentou contra-razões pugnando pelo desprovimento do recurso.

À fl. 44 os autores desistiram da ação em relação ao requerido Leonir Rodrigues Machado, o que foi homologado à fl. 60.

O representante do Ministério Público de primeiro grau deixou de se manifestar no feito.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Doutor Antônio Gercino Ramos de Medeiros, ilustre Procurador de Justiça, posicionou-se pelo conhecimento e não provimento do recurso.

II — Voto

O reclamo não merece provimento.

Cuida-se de ação de reparação de danos contra o município de Pouso Redondo, na qual os autores têm por objetivo receber indenização pelos prejuízos morais sofridos em acidente de trânsito do qual resultou a morte de seu esposo e pai.

Segundo relata a exordial, no dia 6 de junho de 1991, por volta das 17 horas, Germano Peters (esposo e pai dos autores) era passageiro e paciente da ambulância de propriedade

do município de Pouso Redondo, na data conduzida por Leonir Rodrigues Machado. Dito veículo trafegava pela BR 470, sentido Ascurra – Rio do Sul, quando o motorista perdeu o controle, vindo a se chocar contra uma árvore, e, desse acidente, veio a falecer o marido e pai dos apelantes.

Observa-se, na inicial, que a presente ação foi protocolada em 1º/6/98, ou seja, quase sete anos após a ocorrência do acidente que deu origem aos danos pleiteados pelos apelantes.

Embora os autores tenham juntado cópia da sentença que condenou o motorista Leonir Rodrigues Machado, às fls. 47/54, a alegação de que o prazo deva ser contado a partir da sua publicação, ou seja, dia 28/2/95, não merece prosperar, pois é inteiramente aplicável à espécie o art. 1º do Decreto n. 20.910/32, que prevê: “As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram”.

A redação do dispositivo em referência é clara e restritiva; não pode, portanto, sua interpretação ser extensiva. Assim, não só as obrigações pecuniárias como qualquer direito ou ação contra a Fazenda Pública Federal, Estadual ou Municipal prescrevem de forma indeclinável em cinco anos.

A respeito da matéria, a doutrina adota o pensamento de que “a par da norma estabelecida no inciso VI, § 10, do art. 178 do Código Civil, que fixa em cinco anos o prazo da prescrição das ações para a cobrança das

dívidas passivas da União, dos Estados e Municípios, existe o Decreto n. 20.910/32, cujo art. 1º é incisivo em dizer que todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Pública, seja lá qual for a sua natureza, prescreve em cinco anos, contados da data ou fato do qual o mesmo se originou” (Santos, Ulderico Pires dos. Prescrição – doutrina, jurisprudência e prática. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990, pág. 111).

Com ele concorda Antônio Luís da Câmara Leal:

“Parece, porém, que houve no emprego desta expressão – *Fazenda*, mais uma inadvertência do legislador, do que uma intenção deliberada. O seu pensamento foi criar um benefício a favor das pessoas jurídicas de direito público interno, forrando-as de toda e qualquer ação, creditória ou não, decorridos cinco anos da data em que poderia ser intentada” (Leal, Antônio Luís da Câmara. Da prescrição e da decadência. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978, pág. 293).

Assim, embora os apelantes peçam que o cômputo do prazo da prescrição deva ter seu início a partir da publicação da sentença penal condenatória, que se deu apenas no ano de 1995, entendo que o início da fluência do prazo prescricional deu-se na data em que se concretizou o direito subjetivo à indenização – ou seja – na data da morte da vítima.

Sobre o tema, colhe-se elucidativo ensinamento no acórdão prolatado na Ap. Cív. n. 99.018426-9 pelo eminente Des. Francisco Oliveira Filho:

“Responsabilidade civil objetiva – Indenização por danos morais e es-

téticos – Prescrição – Fazenda Pública – Prazo quinquenal – Ministério Público – Intervenção – Ausência de interesse público.

‘Prescreve em cinco anos, contados da ocorrência do fato, a ação contra a Fazenda estadual para haver indenização por responsabilidade civil do Estado. Não pode vingar a ação indenizatória proposta depois de cinco anos do evento causador da morte do filho da autora. 3. Recurso provido’ (REsp n. 20.860.2/SP, Min. Peçanha Martins).

E do corpo do venerando voto destaca-se:

“Incontestável, portanto, que as ações contra a Fazenda Pública prescrevem em cinco anos, conforme exige-se dos aludidos dispositivos legais.

“A respeito, ensina o mestre Yussef Said Cahali: ‘(...) cuidando-se de danos de natureza pessoal, adverte-se que o ressarcimento do dano nascido da responsabilidade extracontratual não tem natureza alimentar, sendo, portanto, prescritível; e, desse modo, ‘prescreve em cinco anos ação para haver reparação de danos (mesmo pessoais), quando o Estado é responsável, em acidente de veículo’ (in Responsabilidade Civil do Estado, 2ª ed., Malheiros, 1995, pág. 231).

“Da doutrina, não discrepa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: ‘Responsabilidade civil do Estado – Culpa objetiva – Detento assassinado na cadeia pública – Ação indenizatória – Prescrição – Decreto n. 20.910 – Precedentes. 1. Prescreve em cinco anos, contados da ocorrência do ato ou fato, a ação contra a Fazenda estadual para haver indenização por responsabilidade civil do

Estado. 2. Não pode vingar a ação indenizatória proposta depois de cinco anos do evento causador da morte do filho da autora. 3. Recurso provido’ (REsp n. 20.860.2/SP, Min. Peçanha Martins).

Decorrido o lapso temporal de cinco anos sem que os autores ingresassem com a ação cabível, consignando que não houve nenhuma causa suspensiva nem interruptiva do prazo prescricional – a lei não prevê a tramitação do processo crime como causa que interfira no curso desse prazo – é de ser confirmada a ocorrência da prescrição já declarada em juízo monocrático.

Sobre as causas interruptivas e suspensivas da prescrição, anota Antônio Luiz da Câmara Leal:

“Discutem os autores se, além das causas mencionadas pelo Código, devem ser admitidas outras como legítimos obstáculos ao curso prescricional.

“Os intérpretes são unânimes em reconhecer que a enumeração das causas suspensivas da prescrição pelo Código é taxativa, e não exemplificativa.

“Quer isso dizer que, sendo de direito estrito, não admitem ampliação por analogia” (Da prescrição e da decadência. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978, pág.164).

No mesmo sentido, colhe-se da jurisprudência catarinense:

“Responsabilidade civil – Pessoa jurídica de direito público – Acidente de trânsito – Ação de indenização – Prescrição.

“Prescreve em cinco anos, contados da data em que poderia ter sido

ajuizada, o direito à ação para haver indenização de pessoa jurídica de direito público (Decreto n. 20.910/32)” (Ap. Cív. n. 1999.015750-4, rel. Des. Newton Trisotto).

“Responsabilidade civil — Ação de indenização proposta contra a Fazenda Pública — Prescrição consumada — Exegese do Decreto n. 20.910/32 — Art. 1º — Sentença confirmada — Apelo desprovido.

‘As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim como todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originar a mesma ação’ (art. 1º, Decreto n. 20.910/32)” (Ap. Cív. n. 98.015794-3, rel. Des. Orli Rodrigues).

“Ação indenizatória contra a Fazenda Municipal – Acidente ocorrido há mais de nove anos antes da propositura da demanda – Prescrição reconhecida – Art. 1º do Decreto n. 20.910/32.

“Nos termos do art. 1º do Decreto n. 20.910/32, opera-se a prescrição contra a Fazenda Pública em 5 (cinco) anos, contados da data do ato ou fato do qual se originar a mesma ação.

“Uma vez que a demanda somente foi proposta nove anos após o acontecimento danoso, encontra-se prescrito o direito de ação, devendo ser extinto o processo, a teor do art. 269, IV, do Código de Processo Civil” (Ap. Cív. n. 98.015795-1, rel. Des. Volnei Carlin).

Enunciou, outrossim, o Superior Tribunal de Justiça:

“A ação de indenização por ato ilícito, proposta contra a Fazenda Pública, prescreve em cinco anos. Aplicável ao caso é o art. 1º do Decreto n. 20.910, de 1932 e não o art. 177 do Código Civil” (RSTJ 55/116, Min. Antônio de Pádua Ribeiro).

Sobre a forma de responsabilização do Estado na esfera civil, Rui Stoco anota:

“A execução só pode ser dirigida contra quem figurou na ação penal ou seu sucessor (...) O responsável há de ser demandado diretamente, o que acontece, por exemplo, no caso do preposto condenado no juízo criminal. Sendo o patrão solidariamente responsável com ele e convindo ao prejudicado obter daquele a reparação, por oferecer melhor garantia de solvência, a vítima do dano não se dirigirá contra o criminoso” (Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pág. 99).

Esse também é o entendimento já acolhido nesta Corte:

“A eficácia da sentença penal alcança somente o condenado, não agindo os co-responsáveis pela reparação do ato ilícito, como os patrões, pais ou preponentes. Em relação a estes, o título (art. 584, inciso II, do CPC) não produz efeito. A co-responsabilidade, em tal contexto, deverá ser demonstrada em processo cognitivo” (Ap. Cív. n. 45.793, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

A matéria foi também examinada com profundidade pelo Des. Cézár Peluzo, do Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme abaixo transcrito:

“Uma coisa, com efeito, é a responsabilidade, penal e civil, do agente

público, autor direto da lesão imanente à prática delituosa, o qual está, pois, em tese, sujeito à ação criminal e, de modo primário alternativo, também a ação ou à execução civil. Pode, neste caso, a vítima, ou seus sucessores, intentar, desde logo, contra o funcionário, ação de indenização, tendente a obter, ao cabo de processo de conhecimento, sentença que lhe sirva, ou que lhes sirva, de título executivo. A prescrição, aí, é ordinária (art. 177 do Código Civil) e, entrando a correr da data do ato ilícito, encobre apenas a eficácia da conseqüente pretensão ao título executório judicial (artigo 584, inciso I, do Código de Processo Civil). Noutras palavras, a prescrição é da ação.

“Pode, entretanto, aguardar, com todos os riscos, o trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória, a qual, como desfecho possível de processo crime acaso instaurado, conveniente à responsabilidade pessoal do agente público, constituirá, por si só, independente doutro qualquer processo prévio de cognição, idêntico título executivo judicial (artigo 584, inciso II, do Código de Processo Civil, e artigo 63 do Código de Processo Penal), garantidor de acesso pronto a execução civil *contra o agente*, cuja condição jurídica de obrigado (devedor) lhe nasce da condenação criminal mesma. A prescrição, aqui, não deixando de ser, nos termos da Súmula 150 do egrégio Supremo Tribunal Federal, a ordinária, é só excogitável com referência à execução, ou ação executiva, correndo-lhe o prazo, já não desde o ato delituoso, mas do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e independente de se ter, ou não, consuma-

do a prescrição da ação reparatória (processo de conhecimento) alternativa, extinta por esse fundamento, ou não proposta por suposição do discurso.

“Só nos limites deste horizonte teórico da responsabilidade pessoal do agente público, faz sentido advertir que a prescrição pode não correr só a partir da data do ilícito, senão ainda do trânsito em julgado da condenação criminal daquele, porque se subentendem e distinguem, aí, as pretensões materiais correspondentes à ação (a) e à execução direta (b). O prazo que flui desde a prática delituosa é da prescrição da ação (a) e o que principia do trânsito em julgado da eventual sentença penal condenatória é da prescrição da *actio iudicati* autônoma (b). E, como se trata de pretensões autônomas, exercitáveis mediante ações processuais distintas e alternativas (a e b), guarda não menor acerto notar que, embora prescrita a ação de ressarcimento (a), pode a vítima, ou seus sucessores, valer-se, com o mesmo objetivo prático, da execução não prescrita de eventual sentença penal condenatória (b), cujo termo inicial do prazo prescritivo é, a toda evidência, sempre muito posterior ao do mesmo prazo da ação de ressarcimento. Em relação à responsabilidade *pessoal* do funcionário, conta o ofendido com dois remédios processuais, exclusivos, mas convergentes à satisfação última do direito e com a vantagem adicional de estarem subjulgados a prazos prescricionais não simultâneos.

“Outra coisa, muitíssimo diversa, é, porém, a responsabilidade civil solidária da pessoa jurídica de direito público interno, a cujos quadros per-

tença o funcionário ofensor, a qual — excusaria sublinhá-lo — não está exposta a nenhum processo crime. O caminho da vítima, ou de seus sucessores, contra ela, é único e consiste na ação civil de reparação de dano *ex delicto*, fundada, em princípio, no artigo 107, *caput*, da Constituição da República, cuja amplitude prescinde da alegação de culpa. Tal pretensão tem sua eficácia limitada a prazo *especial* de prescrição, que é o estatuído no artigo 1º do Decreto Federal n. 20.910, de 6/1/1932, e, como tal, computável da data do ato ilícito. Consumada esta prescrição daquela ação de conhecimento, ao lesado já não sobra outro instrumento processual, de qualquer espécie, por fazer concreta a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público, ainda quando seja indubitosa, dos pontos de vista penal e civil, a do seu agente.

“Não há, aqui, simetria com a responsabilidade *pessoal* do funcionário, pela intuitiva razão de que, não havendo pensar em ação criminal contra a pessoa jurídica, não o há em eventual sentença penal condenatória que, em relação a ela, como sujeito passivo, pudesse servir de título executivo judicial, em favor do credor, ou credores. ‘Exatamente porque a responsabilidade criminal é pessoal, a execução civil decorrente do dano causado pelo delito recai *exclusivamente* sobre o patrimônio do próprio condenado’ (Mendonça Lima, Comentários ao Código de Processo Civil, BH RJ, Forense, 3ª ed., 1979, vol. VI, t. I/328, n. 680, grifo nosso).

“Na verdade, o que autoriza, como fundamento político legislativo, a transqualificação normativa da sentença penal condenatória, objeto de

res iudicata, em título executivo judicial, de natureza civil (artigo 584, inciso II, do Código de Processo Civil e artigo 63 do Código de Processo Penal), é a circunstância de ela predefinir, ao termo de processo crime onde se reputam observadas, por pressuposição, todas as garantias inerentes ao contraditório, a responsabilidade *pessoal* do delinqüente, como resultado da prova de seus elementos jurídicos básicos, de modo que fora demais rediscuti-la noutro processo, para as conseqüências só patrimoniais. Em sendo substancialmente uma a responsabilidade jurídica do sujeito, já declarada, com participação dele, no âmbito e para fim penal, não há injúria em dispensar-lhe nova declaração no Juízo Civil, para acesso imediato à execução respectiva. Este é o mecanismo ideológico com que se justifica atribuir o ordenamento, como *efeito secundário*, à sentença penal condenatória transitada em julgado, idoneidade para se prestar a título de execução civil contra a mesma pessoa.

“Está claro que a executoriedade civil de sentença penal condenatória de seu agente não tem por onde alcançar, ou submeter, como via processual alternativa contra ela, a pessoa jurídica de direito público interno, cuja responsabilidade, sobre não ser objeto possível desse juízo prévio, não é decorrência necessária nem automática da afirmada responsabilidade penal daquele. Basta, neste sentido, lembrar que não há responsabilidade alguma da pessoa jurídica, onde, por exemplo grosseiro, havendo condenação criminal definitiva de servidor público, não tenha o condenado agido nessa qualidade! Nem se entende, aliás, como pudesse a lei, sem outro

vistoso absurdo jurídico, comunicar gravíssimo *efeito secundário* de sentença a pessoa que não participou, nem podia participar, do processo onde foi editada!

“Em suma, sentença penal condenatória de agente público figura título executivo judicial contra o condenado, não, porém, contra a pessoa jurídica de direito público, cuja responsabilidade, adstrita à esfera civil, só é demandável em ação específica de conhecimento, sujeita à prescrição quinquenal, cujo prazo se inicia da data em que, por obra do ato delituoso, surge o dano.

“Logo, defronte ao Estado, não aproveita à vítima, ou a seus sucessores, a distinção entre os prazos prescritivos correspondentes à ação indenizatória, originária do ilícito (a), e à execução autônoma, conseqüente a eventual sentença penal condenatória (b), enquanto remédios processuais alternativos de que, em tese, dispõe, ou dispõem, contra o servidor público, autor material do gravame.

“Tal é o correto entendimento que há de tirar-se ao venerando acórdão invocado, com outro sentido, pela respeitável sentença, e do qual consta: ‘Aqui, no presente caso, não se discute a propósito da fase da ação penal em que melhor assenta o início do prazo prescricional da ação civil fundada na condenação criminal. Procura-se identificar, sem, o prazo de prescrição da ação civil proposta, não contra o agente direto da lesão, *mas contra o Município*, que responde objetivamente pelo dano, até mesmo pelo simples mau funcionamento do serviço público, independentemente do desfecho da ação penal contra seu

agente’ (do voto do Relator, Ministro Décio Miranda, nos Embargos no Recurso Extraordinário n. 80.902, *in* RTJ, vol. 108/1.075. Grifos nossos). Porque, contra o Estado, não é admissível execução de sentença penal condenatória do agente público, senão apenas ação civil de indenização pelo ilícito, mediante processo de conhecimento, pode dizer-se, parafrazeando a ementa desse venerando acórdão, que a prescrição da ação civil de reparação de dano *ex delicto*, dirigida à pessoa jurídica de direito público interno, contra a qual jamais pode ser executada eventual sentença penal condenatória do funcionário que o cometeu, não se conta o trânsito em julgado desta, senão de quando nasceu a pretensão veiculada naquela. Contra funcionário, porém, a prescrição conta-se do ato delituoso (*rectios*, do aparecimento do dano), se se trata de ação civil reparatória, ou do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, se se trata de sua execução civil.

“Daí, não guardar nenhuma pertinência à hipótese, que é de ação indenizatória contra a Fazenda Pública, o termo *a quo* do prazo prescricional da execução civil da sentença criminal, contra os policiais militares, condenados como autores do homicídio.

“A ação está prescrita. Não interveio causa suspensiva, nem interruptiva. Ainda antes da mera expedição da sentença penal, já estava o Ministério Público legitimado a mover ação civil, assim contra os inculcados autores do crime, como contra a própria Fazenda, na condição de responsável civil solidário, ou contra ambos, tudo nos ofuscantes termos do artigo

68, c/c artigo 64, *caput*, do Código de Processo Penal. E, de qualquer modo, teve, ao depois, tempo suficiente por interromper, com protesto (artigo 172, inciso II, do Código Civil), a prescrição que deixou de consumir-se” (RJTJSP/LEX, 118/230).

O entendimento acima está em perfeita harmonia com as disposições legais e doutrinárias. Com efeito, o título executivo descrito no inciso II do art. 584 do Código de Processo Civil somente tem força contra os agentes que cometeram o delito e não contra o Município, que sequer poderia figurar como réu na ação penal. Desse modo, resta claro e insofismável que o direito dos autores em acionar o Município para buscar a reparação civil em decorrência da morte do esposo e pai nasceu juntamente com o fato e se extinguiu decorridos os cinco anos previstos no Decreto n. 20.910/32. Já em relação ao autor do delito, além da prescrição ser vintenária, dois marcos distintos podem ser considerados para o início do cômputo do prazo extintivo do direito de ação: primeiro, a data do fato e, segundo, o dia em que transitou em julgado a sentença condenatória.

A não ser assim, restaria abalada a autonomia da jurisdição penal em relação à civil e vice-versa, bem como a preconizada independência da responsabilidade civil em relação à criminal (Código Civil, art. 1.525).

O tema em ebulição já foi objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça:

“Responsabilidade civil do Estado — Culpa objetiva — Detento assassinado na cadeia pública — Ação inde-

nizatória — Prescrição — Dec. n. 20.910 — Precedentes.

“1. Prescreve em cinco anos, contados da ocorrência do ato ou fato, a ação contra a Fazenda estadual para haver indenização por responsabilidade civil do Estado.

“2. Não pode vingar a ação indenizatória proposta depois de cinco anos do evento causador da morte do filho da autora.

“3. Recurso provido” (REsp n. 20.860-2, Min. Peçanha Martins).

No voto, o eminente Relator deixou consignado:

“A autora indicou com precisão a data (27/12/84) em que seu filho foi assassinado por outros detentos, na Cadeia Pública de Ubatuba/SP, imputando a responsabilidade ao Estado, por culpa objetiva, em agosto/1990 mais de 5 anos depois. Não obstante isso, embora reconhecendo a desinfluição do resultado da ação penal na ação indenizatória civil, o acórdão recorrido entendeu não se consumir a prescrição porque, estando em curso processo criminal, os fatos ali apurados poderão influir, 'de alguma forma, no pedido de indenização formulado na esfera civil'.

“Como sabido, na apuração da responsabilidade objetiva o que se perquire é o nexó de causalidade entre a ação, ou omissão do Estado e o evento danoso. E este nexó, a meu ver, encontra-se devidamente caracterizado: detento é assassinado por outros prisioneiros, no interior da cadeia, sem que os responsáveis por sua segurança ou integridade física adotassem qualquer providência para impedi-lo. De indagar-se, então, em

que o processo instaurado contra os possíveis autores do crime poderia, 'de alguma forma' influir nesse fato? Acaso fossem os acusados absolvidos ou condenados, como um desses resultados interferiria naquela ocorrência? Na primeira hipótese absolvição – os indiciados não teriam causado diretamente a morte da vítima da agressão, mas, se esta ocorreu por condições orgânicas pessoais, teria havido omissão de socorro por parte do Estado; na segunda hipótese – condenação – poderia ter influência se a indenização fosse requerida contra o autores do assassinato, porém, como não é este o caso dos autos, tal resultado nada acrescentaria à responsabilidade do Estado por não ter evitado ou impedido o acontecimento.

O art. 1º do Decreto n. 20.910 é taxativo:

'As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescreve em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram'.

"Pelo que consta dos autos, é certo que o inditoso filho da autora teve morte violenta enquanto custodiado pelo Estado. Entretanto, a suplicante deixou transcorrer o prazo prescricional sem socorrer-se dos meios próprios para haver indenização pelo dano. Nos termos do dispositivo acima transcrito está irremediavelmente prescrito o seu direito de acionar a Fazenda estadual para esse fim. Neste ponto, esta Corte tem posição afirmada, haja vista os acórdão proferidos em casos semelhantes: REsp ns.

5.912/RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 4/12/91, e 6.858/RS, rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 16/10/91, cujas ementas transcrevo:

'Responsabilidade civil do Estado. Ação indenizatória proposta por familiares de preso assassinado no interior de Delegacia Policial. Prescrição afastada pelo acórdão, ao entendimento de que, na hipótese, somente se verifica ela no prazo geral de vinte anos.

'Orientação que não encontra acolhida na jurisprudência desta Corte, nem do Supremo Tribunal Federal.

'Decisão que malferiu a norma do art. 1º do Decreto n. 20.910, de 1932.

'Recurso provido'.

'Responsabilidade civil do Estado. Indenização. Caráter alimentar. Prescrição.

'De fato ocorrido em primeiro de outubro de 1980, ajuizou-se ação indenizatória em 29 de março de 1988.

'Toda e qualquer ação contra a Fazenda Pública, seja qual for a natureza, prescreve em cinco anos.

'O decreto judicial que proclamou a prescrição o fez acertadamente e em harmonia com decisões desta Corte e do colendo Supremo Tribunal Federal.

'Recurso provido'.

"Ante o exposto, dou provimento ao recurso para reformar o acórdão recorrido, restabelecendo a decisão de primeiro grau".

Há outros julgados que acolhem esse entender:

“A propositura da ação cível de indenização independe do julgamento da ação penal. Não existindo qualquer impedimento, o prazo prescricional de cinco anos se inicia na data em que a ação poderia ser proposta contra o extinto Estado da Guanabara” (TJRJ, RT 505/232).

Do corpo desse acórdão, extraio:

“Hoje, as prescrições no âmbito do direito penal e do direito civil correm destacadamente. Neste caso, o prazo da prescrição se conta da data do nascimento do direito à ação e se extingue com o término do prazo e, tanto o fato ocorrido em 1964 e a ação somente sido proposta em 1970, prescrita está a ação, visto que a ação penal não tem a propriedade de suspender o seu curso”.

É nítido, no caso dos autos, que o falecimento do esposo e pai dos apelantes foi o fato que deu origem ao direito; entretanto, como a demanda somente foi ajuizada em 1º/6/98, encontra-se prescrito o direito à pretensão indenizatória desde junho de 1996. Deve, como já dito, ser confirmada a sentença que extinguiu o feito com fundamento nesse motivo.

Nesse contexto, vale repetir, incabível é a aceitação da tese de que o prazo para a propositura da ação indenizatória contra o Estado deve ser computado a partir da sentença condenatória, sob pena de flagrante afronta ao princípio da autonomia e independência da ação cível em relação à ação penal. O direito de ação dos apelantes nasceu do fato e não da sentença condenatória criminal.

Ante o exposto, em sede de remessa, confirmo a sentença.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por maioria de votos, negaram provimento ao recurso. Vencido o Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho que votou no sentido de anular o processo a partir de fl. 67, inclusive.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino de Medeiros.

Florianópolis, 30 de setembro de 2002.

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

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

Ementa aditiva

Indenizatória — Ações criminal e cível — Reflexos na hipótese — Impossibilidade do reconhecimento da prescrição em interpretação literal do art. 1º do Decreto n. 20.910/32 — Singularidades da espécie — Sentença nula.

Demonstrada a existência de título executivo judicial (art. 584, inciso II, do CPC), ainda que de eficácia restrita ao apenado, contra quem há desistência homologada do pedido formulado nesta *actio*, em face da teoria do risco administrativo, na hipótese o cômputo da prescrição disciplinada no art. 1º do Decreto n. 20.910/32 há de ser a partir da publicação da sentença

penal, inclusive porque a regra do art. 110 do CPC pode ser aplicada de ofício ou a requerimento das partes.

Trata-se nesse contexto de exegese lógico-sistêmica e não literal, sob pena de negativa do acesso à Justiça.

Há sentença penal aplicando reprimenda em Leonir Rodrigues Machado (fls. 47/54), a qual definiu a autoria e materialidade do lamentável evento. Aliás, *ex vi* do art. 110 do CPC, poderia acarretar a suspensão deste processo no primeiro grau. E mais: em relação àquele cidadão constitui título executivo extrajudicial (art. 584 do CPC), mesmo tendo ocorrido a desistência homologada nestes autos (fl. 60).

Portanto, essas singularidades autorizavam, e autorizam, que o cômputo do lapso prescricional fosse a partir de 28 de fevereiro de 1995, dia da prestação jurisdicional penal. A dicção "...prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram" (art. 1º do Decreto n. 20.910/32) *in casu* há de ser da oportunidade em que a responsabilidade penal foi definida. Essa exegese, a rigor, não pode ser literal, mas lógico-sistêmica, porque não pode haver contradição dentro do ordenamento jurídico, ainda mais quando atinge o direito público subjetivo de ação.

Esses os motivos do dissenso.

Francisco Oliveira Filho.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.013125-4, DE TAIÓ

Relator: Des. Cercato Padilha

Apelação cível — Embargos à arrematação — Contrato de abertura de crédito fixo — Título hábil a ensejar a via executiva — Deficiência do demonstrativo do débito, que deve ser elaborado desde a sua constituição e atualizado até a data da propositura da ação (CPC, art. 614, II) — Possibilidade de emenda (correção) da petição inicial (CPC, art. 616) — Recurso provido em parte.

O contrato de abertura de crédito fixo firmado pelo devedor e por duas testemunhas, em que acontece a liberação imediata de valor certo e determinado, sem qualquer desvio de finalidade (operação "mata-mata", para cobrir saldo devedor em conta corrente etc.), é título executivo extrajudicial (CPC, art. 585, II).

O fato de já ter transcorrido o prazo para a propositura da ação de embargos do devedor, que servem para discutir a própria execução, o título executivo ou o crédito em relação à tutela executiva, não traz impedimento à regularização da instrução da petição inicial da execução forçada ("instruir a petição inicial", exigência do art. 614, caput, do CPC, significa, juridicamente, anexar docu-

mentos comprobatórios de alegações nela feitas), principalmente se for levado em conta que o processo de execução foi idealizado e desenvolvido para satisfazer o credor, certamente, com equilíbrio, ou seja, da maneira menos onerosa ao patrimônio do devedor, bem como a função instrumental do processo (escopos políticos, jurídicos e sociais) e, principalmente, que a liquidação do credor fica sempre sujeita à censura do juiz (ex officio), por se tratar de questão de ordem pública), ou da fiscalização do devedor, em eventual ação de embargos, ou, ainda, por arguição de ordem pública (simples petição nos autos do processo, que alguns chamam de exceção de pré-executividade).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.013125-4, da comarca de Taió, em que é apelante Panifício Saletense Ltda. — ME, sendo apelado Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso, e, de ofício, anular a decisão *a quo*, determinando-se a emenda da peça inicial, com base no art. 616 do CPC, nos moldes determinados.

Custas de lei.

I — Relatório

Exsurge dos autos que, na comarca de Taió, perante o respeitável Juízo da única Vara, a apelante Panifício Saletense Ltda. opôs embargos à arrematação, aduzindo a nulidade da demanda executiva promovida pelo apelado Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc, sob o fundamento de que um contrato de crédito fixo não é título executivo extrajudicial.

O Magistrado *a quo*, entendendo que a questão levantada nestes embargos já foi discutida em sede de

incidente no procedimento executivo, bem como que a nulidade a ser levantada neste momento deveria ser superveniente à penhora, indeferiu liminarmente a inicial, julgando extinto o presente feito.

Insatisfeita com a entrega da prestação jurisdicional, a recorrente expressou o seu inconformismo por meio do presente recurso de apelação, em que busca a reforma da sentença, reafirmando que um contrato de crédito, seja fixo ou rotativo, não é título hábil para o manejo da via executiva.

O recorrido, em contra-razões, evidenciou que não foi alegada nenhuma nulidade posterior à penhora, estando precluso o direito de arguir a ausência de título executivo. No mais, pleiteou a condenação da apelante em litigância de má-fé.

Por determinação do MM. Juiz, foi juntada aos autos cópia do acórdão que confirmou a decisão proferida na execução ajuizada pelo apelado, no sentido de ser considerado título executivo extrajudicial um contrato de crédito fixo.

É o relatório.

II — Voto

O recurso é tempestivo e formalmente regular, bem como inexistente qualquer fato extintivo ou impeditivo, e, por fim, está 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 o recorrente legitimado (vencido).

Assim sendo, é admissível e merece provimento em parte.

Justifica-se:

Em relação ao contrato de abertura de crédito fixo, objeto da ação de execução, verifica-se tratar-se de título executivo extrajudicial, pois expressa uma obrigação de pagar quantia certa e determinada, anteriormente avençada.

Ademais, colhe-se dos autos que referido contrato está firmado pelo devedor e por duas testemunhas, restando presentes os pressupostos do art. 585, inciso II, do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

“São títulos executivos extrajudiciais:

(...)

“II — a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação

referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores”.

No tocante ao demonstrativo atualizado do débito, tem-se que o apresentado pelo exequente está incompleto, pois não ficou especificado como se chegou ao valor transferido para “CL” (crédito em liquidação) de R\$ 28.040,19 (vinte e oito mil e quarenta reais e dezenove centavos).

Ocorre que depois da vigência da Lei n. 8.898, de 26 de junho de 1994, que deu nova redação ao art. 604 do Código de Processo Civil, ou seja, substituindo a liquidação por cálculo do contador pela liquidação por cálculo do credor, o art. 614 da Lei Instrumental Civil, com o advento da Lei n. 8.953, de 13 de dezembro de 1994, passou a exigir que as petições iniciais, relativas às execuções por quantia certa, além, obviamente, do título, viessem instruídas (acompanhadas) com “o demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação”.

Destarte, conforme depreende-se da simples leitura do art. 614 da Lei Instrumental Civil, o título e o demonstrativo de débito são documentos indispensáveis à execução por quantia certa.

O título, como é sabido, além de não ser a causa de pedir (“A causa de pedir *in executivis* é, tanto como no processo cognitivo, a situação de fato de que se originou o direito alegado pelo exequente, associada ao fundamento jurídico da pretensão deduzida e à atitude do executado, violadora desse alegado direito”. Dinamarco, Cândido Rangel. Execução Civil. 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997, pág. 361), só tem a

função de tornar adequada a via da execução (princípio da *nulla executio sine titulo*, inclusive, atualmente, transformado em mito em face da execução da tutela antecipatória).

Já o cálculo deverá estar contido na petição inicial ou vir acompanhando a instrumentalizadora da demanda (CPC, art. 614, II).

A ausência ou o defeito do cálculo (requisito essencial à petição inicial), *maximae data venia*, não acarreta, desde logo, a nulidade da execução forçada, mas, sim, a aplicação subsidiária das “disposições que regem o processo de conhecimento” (CPC, art. 598), ou seja, a determinação de que o exeqüente “emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias” (CPC, art. 284), sob pena de indeferimento da petição inicial (CPC, parágrafo único do art. 284).

O fato de já ter transcorrido o prazo para a propositura da ação de embargos do devedor, cujo objetivo principal é desconstituir o título e, por conseqüência, inviabilizar a via executiva, não traz empeco para a regularização da petição inicial da ação de execução, principalmente se for levada em conta a função instrumental do processo (política, social e jurídica) e que a liquidação do credor fica sempre sujeita à censura do juiz (*ex officio*) na própria execução ou à fiscalização, pela parte contrária, em eventuais embargos ou

em arguição de ordem pública (simples petição, nos próprios autos da execução forçada, que alguns chamam de exceção de pré-executividade).

Assim sendo, impõe-se que o exeqüente junte aos autos da ação de execução o necessário demonstrativo do débito ou mesmo elabore nova planilha que demonstre a evolução e origem da dívida, desde o início até a data da propositura, mostrando, detalhadamente, a metodologia dos cálculos efetuados, índices, taxas, comissões, multas e capitalizações empregadas para se chegar ao valor executado, sob pena de extinção da execução forçada.

III — Decisão

Por esses fundamentos, dá-se provimento parcial ao recurso, e, de ofício, anula-se a decisão *a quo*, determinando-se a emenda da peça inicial, com base no art. 616 do CPC, nos moldes determinados.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 12 de setembro 2002.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.013378-8, DE PINHALZINHO**Relator: Des. Cercato Padilha**

Recurso de apelação de terceiro juridicamente prejudicado — Ação de busca e apreensão de bens alienados fiduciariamente — Ausência de resposta e não purgada a mora — Sentença que consolida a propriedade e a posse plena e exclusiva nas mãos do proprietário fiduciário — Não preenchimento do pressuposto recursal relativo à tempestividade — Recurso não conhecido.

Aquele que não tendo sido parte no processo, até o momento da prolação da sentença, demonstrando que restará juridicamente prejudicado pelos efeitos do apontado ato judicial, poderá pedir um novo julgamento.

O exercício do poder de exigir o dever do Estado de reexame dos seus próprios pronunciamentos, por parte do vencido ou do terceiro que pretenda afastar a decisão desfavorável, submete-se ao preenchimento dos pressupostos (tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato extintivo, ou impeditivo e o preparo) e das condições (possibilidade jurídica, interesse e legitimidade) recursais.

O prazo para o terceiro intervir recorrendo por meio de recurso de apelação (CPC, art. 508), bem como o seu dies a quo é o mesmo das partes (CPC, art. 506), sob pena de irrepreável retardamento e insegurança às partes (nesse sentido, v. STJ, REsp n. 82191/SP, Min. Barros Monteiro, DJU 9/6/1997, pág. 25.545; REsp n. 74597/BA, Min. Costa Leite, DJU 18/12/95, pág. 44567 e REsp n. 12426/SP, Min. Barros Monteiro, DJU 26/10/1992).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.013378-8, da comarca de Pinhalzinho, em que são apelantes Maria Odila Silveira Weis ME e outros, sendo apelado Banco do Brasil S.A.:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, não conhecer do recurso.

Custas de lei.

I — Relatório

Exsurge dos autos que o Banco do Brasil S.A. intentou uma busca e apreensão de bens alienados fiduciariamente (uma lixadeira e um torno), em face do inadimplemento de uma cédula de crédito industrial, cujo valor é de R\$ 30.160,00 (trinta mil, cento e sessenta reais), por parte da Indústria de Cabos Weis ME.

Deferida e efetivada a liminar, a ré e seus avalistas não ofereceram resposta nem purgaram a mora.

Renato Weis, que não fez parte da relação jurídico-material, ofertou resposta.

A seguir, veio a respeitável sentença que excluiu da relação jurídica processual Renato Weis e consolidou a propriedade e a posse plena e exclusiva nas mãos do proprietário fiduciário, ou seja, do Banco do Brasil S.A.

Intimadas as partes da respeitável sentença pelo Diário da Justiça do dia 18/5/1999, o prazo para a interposição do recurso cabível teve início no dia 24/5/1999, escoando-se no dia 7/6/1999 (fl. 58).

No dia 21 de junho de 1999 (fl. 59v.), Maria Odila Silveira Weis ME, Maria Odila Silveira Weis (pf) (*sic*) e Renato Weis, dizendo-se terceiros prejudicados, interpuseram o presente recurso de apelação.

II — Voto

Não se conhece do recurso dos ditos terceiros juridicamente prejudicados.

Justifica-se:

Aquele que não tendo sido parte no processo, até o momento da prolação da sentença, demonstrando que restará juridicamente prejudicado pelos efeitos do apontado ato judicial, poderá pedir um novo julgamento.

O exercício do poder de exigir o dever do Estado de reexame dos seus próprios pronunciamentos, por parte do vencido ou do terceiro que pretende afastar a decisão desfavorável, submete-se ao preenchimento dos pressupostos (tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato extintivo, ou impeditivo e o preparo) e das condições (possibilidade jurídica, interesse e legitimidade) recursais.

O prazo para o terceiro intervir recorrendo por meio de recurso de apelação (CPC, art. 508), bem como o seu *dies a quo* é o mesmo das partes (CPC, art. 506), sob pena de irreversível retardamento e insegurança às partes (nesse sentido, v. STJ, REsp n. 82191/SP, Min. Barros Monteiro, DJU 9/6/1997, pág. 25.545; REsp n. 74597/BA, Min. Costa Leite, DJU 18/12/95, pág. 44.567 e REsp n. 12426/SP, Min. Barros Monteiro, DJU 26/10/1992).

Salienta-se, desde logo, que pelo simples fato de Renato Luiz Weis ter-se intrometido num processo alheio, restando corretamente excluído, não pode ser tido como parte.

Assim sendo, no caso concreto, todo e qualquer terceiro juridicamente interessado tinha até o dia 7/6/1999 (fl. 58) para expressar seu pedido de afastamento dos efeitos da sentença desfavorável.

Tendo os recorrentes intervenido apenas no dia 21 de junho de 1999, tem-se, às escâncaras, que não preencham o pressuposto recursal da tempestividade, mantendo-se íntegra a respeitável sentença.

III — Decisão

Por esses fundamentos, não se conhece do recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 26 de setembro de 2002.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.016353-9, DE TUBARÃO**Relator: Des. Cercato Padilha**

Recurso de apelação cível — Declaratória de inexistência de débito cumulada com nulidade de duplicatas — Resolução do contrato de compra e venda — Recusa do recebimento das mercadorias avariadas — Transporte contratado pelo vendedor — Indenização da transportadora à apelante pelos danos causados — Admissão do pleito importaria em triplo recebimento oriundo de idêntica causa — Recurso admitido e improvido.

A compra e venda considera-se perfeita e acabada com o acordo das partes acerca do objeto e do preço, conforme dispõe expressamente o art. 1.126 do CC. Entretanto, é permitida a resolução do contrato ante o adimplemento imperfeito de um dos contratantes, consistente na entrega de mercadoria avariada. Imprestável a coisa ao fim a que se destina, comercialização, a solução é o desfazimento do vínculo.

As duplicatas emitidas com base no negócio desfeito, apesar de válidas, são inexigíveis porque não estampam débito em aberto.

Divergência a respeito de quem contrata transporte de mercadorias resolve-se com base na prova acostada aos autos, não com análise da praxe comercial, conquanto esta sirva de fonte subsidiária.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.016353-9, da comarca de Tubarão (2ª Vara), em que é apelante Spam Comércio de Peças e Acessórios Ltda., sendo apelada Pinho Auto Peças Ltda. — ME:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas de lei.

I — Relatório

Exsurge dos autos que, na comarca de Tubarão, perante o respeitável Juízo de Direito da 2ª Vara Cível, a apelada Pinho Auto Peças Ltda. — ME intentou demanda, objetivando a declaração de inexistência de débito e conseqüente inexigibilidade de duplicatas emitidas com base em compra e venda desfeita. A autora recusou recebimento das mercadorias enviadas por transportadora contratada pela ré por apresentarem danos e estarem in-

devidamente acondicionadas, consignando a recusa no conhecimento de transporte. A ré aceitou as mercadorias devolvidas e comprometeu-se a não protestar as duplicatas, entretanto o fez. Visou à declaração de ilegalidade na emissão das duplicatas porque não corresponderam a negócio perfeito e acabado, inexistindo débito entre as partes. Pleiteou tutela antecipatória para o efeito de cancelamento dos protestos indevidos.

Foi concedida tutela antecipada, cancelando-se, provisoriamente, os protestos para que não constem em eventual consulta sobre a empresa autora.

Em resposta, foi requerida a denunciação da lide à transportadora e, no mérito, afirmou-se que a autora foi quem escolheu a empresa que faria o transporte, sendo sua a responsabilidade pela avaria apresentada na mercadoria, a qual foi entregue em perfeito estado pela ré. As mercadorias foram corretamente acondicionadas e a transportadora não fez ressalva no ato de recebimento, presumindo-se entregues sem qualquer defeito. A devolução das mercadorias deu-se posteriormente ao protesto dos títulos, sendo, portanto, extemporânea, e a emissão dos títulos amparada regularmente em negócio acabado.

Manifestação sobre a contestação, na qual foram especificamente impugnadas as alegações feitas nesta peça.

Conciliação entre as partes inexistente. Denunciação da lide rejeitada. Alegações finais por memoriais.

No final do procedimento, no primeiro grau de jurisdição, sobreveio a respeitável sentença que julgou pro-

cedente o pedido, visto que o negócio não foi concluído e, portanto, indevidos os protestos das duplicatas.

Insatisfeita com a entrega da prestação jurisdicional, a ré Spam Comércio de Peças e Acessórios Ltda. expressou o seu inconformismo por meio do presente recurso de apelação, no qual busca a reforma da sentença sob argumento de que houve o negócio, e a compradora foi quem escolheu a empresa transportadora, conforme prática comercial, tendo responsabilidade, portanto, por eventuais danos por esta causados nos objetos despachados em perfeito estado. Assim, as duplicatas emitidas seriam exigíveis porque amparadas em compra e venda regular. Alegou que a autora não nega a existência do negócio, tão-somente a qualidade das mercadorias entregues. Consignou que a tradição dos bens é feita geralmente no local da compra e somente cláusula expressa poderia ensejar entendimento contrário, da mesma forma no tocante à responsabilidade pelos vícios apresentados na coisa após a efetiva entrega (arts. 191 e 199, Cód. Com. c/c art. 1.128, CC).

A apelada Pinho Auto Peças Ltda. — ME respondeu às razões da apelação, afirmando a inocorrência do *error in iudicando*, reafirmando a não complementação do negócio jurídico entabulado entre as partes pela recusa de recebimento das mercadorias por apresentarem-se danificadas. Os danos, segundo sua versão, originaram-se do transporte mal feito dos objetos, sendo que a responsabilidade por este seria da apelante, tanto é que a empresa indenizou-a pelas avarias. A rescisão do contrato seria visível em

razão da assunção dos defeitos, conseqüentemente da validade da recusa.

II — Voto

O recurso é tempestivo e formalmente regular, bem como inexistente 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 legitimada (vencida).

Assim sendo, é admissível e não merece acolhimento.

Justifica-se:

O litígio cinge-se aos seguintes pontos: consumação e rescisão do contrato e responsabilidade pela contratação do transporte.

As partes realizaram compra e venda de peças e acessórios de automóveis. Tendo em vista que a vendedora é sediada em São Paulo e a compradora em Santa Catarina, logicamente os objetos tiveram que ser transportados de um Estado para outro. Por ocasião da entrega, houve recusa do recebimento por parte da apelada, sob alegação, expressa e escrita no verso da nota fiscal, de que as mercadorias apresentaram avarias, por tal motivo as devolvia à apelante. A empresa transportadora imediatamente fez o retorno dos objetos e os entregou à apelante. Esta protestou as duplica-

tas emitidas com base no negócio originário e, ainda, recebeu as mercadorias de volta, além de indenização da transportadora pelos danos ocasionados nos objetos, e cancelou a emissão de duplicata.

Com os dados acima, facilmente percebe-se que razão assiste à apelada, porquanto, apesar da contratação perfeita e acabada entre as partes, houve resolução da avença com a conseqüente devolução das compras porque estas não prestaram ao fim a que se destinavam. A divergência sobre a contratação da transportadora é dirimida pela análise da prova documental acostada aos autos. Ora, se houve compensação pelas avarias das mercadorias à apelante, é lógico concluir-se que era ela a responsável pelo contrato de transporte, não a apelada. Afora isso, até a tradição a responsabilidade é do vendedor e, no presente caso, aquela somente estaria consumada com a efetiva entrega da compra à apelada, e inexistindo expressa consignação de que o transporte foi por esta contratado, presume-se que a apelante foi a contratante. Consigna-se que a referência na nota fiscal de que o frete seria pago pela apelada não induz à conclusão de que esta o contratou, tampouco pela localização da transportadora no Estado de SC.

Com a análise da situação fática apresentada já conclui-se pela procedência do pedido deduzido pela apelada na inicial. Entretanto, passa-se à matéria jurídica.

Cediço que a compra e venda perfaz-se com o acordo das partes acerca do objeto e do preço, comprometendo-se o vendedor a entregar a

coisa, e o comprador a pagar o preço. (arts. 1.122 e 1.126 do CC). Porém, é apenas com a tradição que o domínio é transferido (art. 620 do CC), já que, no direito brasileiro, apenas o contrato não produz tal efeito. Eventual contrato subsequente, p. ex. o transporte, obriga apenas as partes contratantes, independentemente da compra e venda.

Em direito cambiário, somente a duplicata é título hábil a documentar, pelo vendedor, a compra e venda. Tendo como causa legítima este contrato, é faculdade do vendedor emitir duplicata e, no presente caso, a apelada exerceu seu legítimo direito ao fazê-lo, inexistindo nulidade na sua emissão. No entanto, apesar de válidas, as duplicatas emitidas pela apelada não são eficazes, diante da resolução do contrato que lhes deu origem. Assim, não se confundindo inexistência, invalidade e ineficácia dos atos jurídicos, conclui-se que as duplicatas são válidas (não são nulas, nem anuláveis), porém ineficazes (por representarem contrato desfeito) e, conseqüentemente, inexigíveis pela inexistência do débito nelas consignado.

No que se refere ao desfazimento do contrato, pela característica da bilateralidade, ante o inadimplemento ou adimplemento imperfeito de um contratante o outro não está obrigado a cumprir a avença, podendo pedir sua resolução. O descumprimento da obrigação da apelante consistiu em enviar objetos que apresentaram danos, muito embora alegue a entrega em perfeito estado à transportadora. Tendo em vista que a mercadoria não poderia ser comercializada, configurou-se a absoluta impropriedade dela para o fim a que se destinava,

conseqüentemente, o contrato não mais interessava à apelada, podendo, dessa forma, extinguir o vínculo obrigacional.

À respeito, colhe-se a lição do emérito Araken de Assis, retirada da obra de Arnaldo Rizzardo:

“Resumindo a matéria, extingue-se o vínculo contratual por motivo que apareceu depois da formação. Normalmente, tal motivo consiste no inadimplemento, que é um fato superveniente, ou que surge após celebração do contrato, em virtude de causa superveniente à formação do vínculo” (*Contratos*, 2ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 2001, pág. 131).

Na conceituação do ilustre Ruy Rosado de Aguiar, trata-se de “quebra positiva do contrato”, isto é, houve, em verdade, um cumprimento defeituoso da obrigação por parte da apelante (adimplemento imperfeito), que enseja a solução resolutória. O não cumprimento da avença é imputável à apelante, muito embora originário, segundo sua alegação, de culpa da transportadora (terceiro), posto que a decisão de contratar a empresa foi sua pela ausência de prova convincente em contrário. A resolução foi alternativa da apelada, tendo em vista a imprestabilidade da coisa lhe apresentada, pois não poderia colocá-la à venda. Poderia, caso lhe interessasse, pedir abatimento do preço como compensação pelos danos.

A resolução, com amparo na motivação antes exposta, produz efeitos *ex tunc*, isto é, colocam as partes exatamente no *status quo ante*, sem qualquer outro dever acessório. Eventual indenização pelo rompimento do acordo não pode ser pleiteada com a

apelada, até porque não interveio no negócio subsequente, mas sim à parte que deu causa à resolução (transportadora). Tanto é verdade, que a apelante já ressarciu-se do prejuízo, ou seja, a empresa de transportes cancelou a emissão de duplicata emitida em seu desfavor (mais uma prova de que foi a apelante quem contratou o transporte) e, também, pagou os danos verificados nas mercadorias (declaração de fl. 63). Portanto, nem foi necessária a intervenção de dita empresa no presente processo, bem como a apelante não precisou socorrer-se dos meios legais para buscar o ressarcimento.

Logo, inviável a tentativa de cobrança, por meio do inicial protesto dos títulos, dos valores consignados nas duplicatas, porque isso redundaria em enriquecimento ilícito da apelada. A um, porque inexiste o débito nas cédulas consignado; a dois, houve devolução das mercadorias compradas; a três foi paga indenização pelos danos apresentados nestas. Não pode, assim, pretender a apelada receber três vezes pelo mesmo negócio, tão-somente cabe-lhe o que efetivamente lhe foi pago: ressarcimento dos danos causados nas mercadorias expedidas.

Quanto ao contrato de transporte, as provas evidenciam que foi a apelante quem entabulou a avença, especialmente por ter recebido indenização da transportadora pelas avarias das mercadorias, e teve emitida

duplicata contra si, evidentemente porque, repita-se, foi a contratante. Caso contrário, a transportadora iria indenizar a apelada e emitir duplicata, também, contra esta. Ressalta-se, novamente, que a estipulação de que o pagamento do frete seria feito pela apelada e a localização da transportadora em cidade vizinha a esta não induzem à conclusão de que foi a contratante.

Enfim, mantém-se a sentença prolatada pelo MM. Juiz *a quo*, que decidiu pela inexistência do débito representado nas duplicatas indevidamente protestadas. Tais títulos são inexigíveis, porque amparados em compra e venda desfeita pelas partes. Tutelou-se antecipadamente efeito da sentença referente ao cancelamento dos protestos, o qual, com o trânsito em julgado, tornar-se-á definitivo.

III — Decisão

Ante o exposto, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento, para manter íntegra a respeitável sentença de fls. 92/94.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 5 de setembro de 2002.

Trindade dos Santos,
Presidente, com voto;
Cercato Padilha,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.007835-3, DE LAGES**Relator: Des. Eládio Torret Rocha**

Embargos do devedor. Contrato de repasse de empréstimo contraído no exterior. Título líquido, certo e exigível. Carência de ação. Preliminar rejeitada. Demonstrativo de débito. Deficiência demonstrada. Princípios da instrumentalidade, da economia e da celeridade processuais. Prosseguimento da execução apenas no valor nominal repassado, acrescido de correção monetária. Ressalva ao credor o direito de, pelas vias ordinárias, buscar a satisfação de eventual crédito remanescente. Apelo parcialmente provido.

I – Sendo o demonstrativo de débito um pressuposto processual de validade — ligado, pois, ao regular desenvolvimento da relação jurídica processual — a sua deficiência implica na nulidade da execução se restar demonstrado prejuízo ao contraditório e à ampla defesa.

II – Entretanto, para o juiz sensível e moderno, não há considerar a necessidade de reconhecer, sempre que possível, que o rigor da lei deve ser mitigado, a fim de evitar que o formalismo exacerbado se sobreponha aos princípios da instrumentalidade, da economia e da celeridade processuais.

III – Sendo assim, considerando que, no caso enfocado, o demonstrativo da evolução do débito ostenta deficiências não mais supríveis pela superveniência dos embargos, a execução deve mesmo prosseguir exclusivamente em relação ao valor principal da dívida (consignado no título), acrescido de correção monetária pelo INPC, sendo lícito ao credor reclamar, em ação própria, se assim o desejar, os demais encargos pactuados.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.007835-3, da comarca de Lages (2ª Vara), em que são apelantes Sens Tratores e Implementos Ltda. e outro, sendo apelado Banco Real S.A.:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Lages, Sens Tratores e Implementos Ltda. e outro opuseram embargos à execução movida por Banco Real S.A., embasada em contrato de repasse de empréstimo contraído no exterior (fls. 2/9).

Intimado, o embargado impugnou os embargos (fls. 14/27).

Julgando antecipadamente a lide, o Magistrado rejeitou os embargos (fls. 32/40), circunstância que ensejou a interposição de apelo pela parte vencida (fls. 43/47).

Como preliminar, argüem os apelantes a carência da ação de execução, haja vista que o título que a embasa não preenche os requisitos do artigo 585 do CPC. Aduzem, ainda, que o embargado não comprovou que lhes disponibilizara a quantia que afirma haver emprestado (em virtude do contrato de repasse de empréstimo contraído no exterior), nem tampouco demonstrou que os valores teriam sido utilizados. Assim, o título carece de certeza e liquidez.

Sustentam, igualmente, que o histórico juntado pelo exequente (fl. 11 da execução) não poderia ter sido considerado memória discriminada e atualizada do débito, pelo que se deve reconhecer a nulidade da executio-
nal, ante a falta de requisito indispensável para a instauração da lide.

Afirmam, outrossim, que, com a rejeição das preliminares acima referidas, seria necessária a realização de perícia contábil a fim de que se demonstrasse que – em decorrência da demora na liberação do dinheiro, assim como da galopante inflação que reinava na época – o valor disponibilizado pelo apelado não corresponde ao noticiado no contrato. Insurgem-se, portanto, com o julgamento antecipado da lide, que, ao obstar a produção da prova pericial, teria-lhes cerceado o direito de defesa.

No mérito, argumentam que, ao contrário do decidido pelo Togado de primeiro grau, deve ser reconhecida a auto-aplicabilidade do artigo 192, § 3º, da CF, limitando-se os juros cobrados no percentual de 12% ao ano.

Requerem, finalmente, a cassação da decisão ou, se assim não for, pleiteiam a sua reforma.

Intimado, o apelado apresentou contra-razões, pugnando pelo despro-
vimento do recurso (fls. 51/70).

É o relatório.

II — Voto

Versa o presente recurso, em suma, a respeito das seguintes matérias: a) cerceamento de defesa; b) carência de ação, pelo fato de o título não preencher os requisitos do artigo 585 do CPC; c) ausência de demonstrativo atualizado do débito; e, d) no mérito, a auto-aplicabilidade do artigo 192, § 3º, da CF/88.

Inocorreu cerceamento de defesa, haja vista que não havia mesmo necessidade de dilação probatória, tanto mais porque as questões focalizadas no processo pertencem exclusivamente à órbita do direito, pelo que o conhecimento antecipado da lide era mesmo medida que se impunha.

Afasto, pois, esta prefacial.

No que tange, de outro lado, à preliminar de carência de ação, entendo que não deva prosperar a pretensão recursal.

Ora, sabido é que ao réu — o executado, no caso — cumpre comprovar os fatos desconstitutivos do direito do autor (artigo 333, II, do CPC).

Em sendo assim, era dos apelantes — e não do apelado — o dever

de trazer aos autos cópias dos extras que demonstrassem não lhes haver sido repassado o valor do mútuo em 15 de dezembro de 1993, conforme alegam nos termos da cláusula primeira do contrato celebrado.

Não obstante isso, o que a prova dos autos revela é que o apelado cumpriu adequadamente os termos da avença focalizada, pelo que a carência de ação procede.

Devo salientar, a propósito, que, demonstrada a disponibilização dos recursos pelo banco, pouco importa se os apelantes de fato os utilizaram ou não. O que interessa é que, da forma contratada, o dinheiro foi posto à sua disposição.

Rejeito, pois, a preliminar de carência de ação.

Pertinentemente, todavia, ao terceiro tema atacado no recurso, tenho que a razão está com os recorrentes.

Cumpre gizar, inicialmente, que a petição inicial *apta e regular* é aquela que satisfaz todas as exigências dos arts. 282, 283 e 295 do CPC.

Em se tratando, especificamente, de petição inicial atinente à ação de execução, além desses dispositivos o legislador impõe o cumprimento de outros requisitos, todos previstos no art. 614 do Código, dentre os quais está o que exige a juntada de demonstrativo atualizado do débito (inciso II).

Ora, na situação enfocada, o título executivo é um contrato particular de repasse de empréstimo de US\$ 100.000,00 (cem mil dólares norte-americanos) contraído no exterior em favor do executado em face

da Resolução n. 63 do Banco Central do Brasil (fls. 8/10 da demanda executiva).

Examinando, entretanto, o documento juntado a título de demonstrativo de débito (fl. 11 da executiva), constato não suprir ele a exigência legal contida no sobredito artigo 614, inciso II, do Código Instrumental.

De fato, no referido histórico, antes de efetuar a conversão da moeda e de acrescentar ao valor do contrato as taxas estipuladas no instrumento, o banco exequente acresceu ao principal (US\$ 100.000,00) encargos que ascendem a US\$ 8.843,64, sem demonstrar, entretanto, a que título esta significativa parcela foi incluída na dívida. É que, perpassando-se os termos da avença focalizada, não se consegue entender, de modo adequadamente indubitado, qual o suporte legal e/ou contratual que empresta respaldo à inclusão da refalada parcela acessória, cujo montante, como fácil é perceber, ascende a quase dez por cento (10%) do débito principal.

Há, ainda, outras questões relevantes a ser ponderadas no tocante ao demonstrativo juntado.

De fato, a partir do exame do sobredito documento, não é possível depreender qual foi o índice utilizado para o cálculo da correção monetária. Ademais, apesar de indicar no histórico os encargos contratualmente previstos, que alcançam o patamar de 17,303% ao ano, não restou demonstrado pelo exequente em que passo do histórico tal percentual foi incluído ao valor da dívida.

No tocante a esta matéria, extraio precedente desta Corte:

“Preenche o requisito legal do art. 614, II, do CPC, o demonstrativo que contém a evolução do cálculo do débito, desde a sua constituição até a propositura da ação de execução, com indicação suficiente dos critérios empregados para a definição do importe final (v.g., taxa de juros, forma de capitalização e sua base de cálculo, índice de correção monetária, encargos), possibilitando ao devedor impugnação específica dos lançamentos de crédito e débito efetuados em planilha” (Ap. Cív. n. 00.003419-3, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Cercato Padilha).

Com efeito, ponderando as questões já expostas, concluo que, como reclamam os apelantes, o documento acostado pelo exequente não supre a exigência legal insculpida no artigo 614, II, do CPC, não se prestando à finalidade precípua de demonstrar a evolução da dívida.

Não me parece legal, nem tampouco legítima, por isso mesmo, a cobrança de valores e encargos cuja origem não se pode inferir da análise do contrato.

Cumprе consignar, ainda, ser descabida — como aliás vem entendendo, majoritariamente, é verdade — a emenda da inicial, na forma como prevê o art. 616 do CPC, após a oposição dos embargos do devedor.

Cumprе não olvidar, de outro lado, conforme já assentou o Superior Tribunal de Justiça, que “O atual CPC prestigia o sistema que se orienta no sentido de aproveitar ao máximo os atos processuais, regularizando sempre que possível as nulidades sanáveis” (REsp n. 1.561, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, RT 659/183).

Dessa forma, não resta dúvida que, sempre que possível, o rigor da lei deve ser mitigado, a fim de evitar-se que o rigorismo formal se sobreponha aos princípios da instrumentalidade, da economia e da celeridade processuais.

Sendo assim, já que o demonstrativo da evolução do débito ostenta deficiências não mais supríveis nesta quadra procedimental, penso que, atento a tais princípios, a execução deve prosseguir exclusivamente em relação ao valor do principal da dívida (consignado no título que a fundamenta), acrescido, no caso, a contar da data do aforamento da ação, de correção monetária pelo INPC, sendo lícito ao credor, se assim o quiser, reclamar, em ação própria, os demais encargos pactuados na avença ora examinada.

Anota, a propósito do tema, com propriedade, o jurista Ernani Fidélis dos Santos:

“Havendo valor conhecido no título (apenas quanto ao principal da dívida, excluídos os acessórios decorrentes da mora) e não se apresentando, na forma de lei, a aferição prévia, o que não se incluir não faz parte da execução, muito embora em outra possa ser cobrado. Assim, se a condenação for para pagar determinado valor, com os respectivos juros que poderão ser até de taxas variadas, de uma data certa a outra, e a aferição do respectivo rendimento não for feita, a execução abrangerá apenas o principal e, certamente, por inclusão legal implícita, os juros de mora, bem como a correção monetária, se houver. Condenação, por exemplo, de R\$ 100,00, mais a taxa referencial (TR), de agosto a setembro. Taxa de 2,5%, total de

R\$ 102,50 que deverá ser demonstrado na petição ou em peça separada. Não sendo feita a demonstração, o objeto da execução se restringirá aos R\$ 100,00, sobre os quais incidirão os juros legais, a partir da mora, podendo, no entanto, os R\$ 2,50 ser cobrados em outra ação”.

E, ainda, conclui o renomado jurista:

“Fazendo referência apenas ao principal, sem ser expressa quanto aos acessórios, ou não apresentando o demonstrativo revelador dos mesmos, a execução fica limitada ao principal e ao demonstrado, com a fluência dos juros — e correção, se houver —, limitando-se ao período posterior ao ajuizamento da execução, não ficando o credor, todavia, impedido de cobrar o restante em outra ação” (*in* Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro, vol. II, 4ª ed., São Paulo: Sarai-va, 1996, págs. 63/64).

Encampano tal posicionamento, assim se manifestou o eminente Des. Trindade dos Santos em caso semelhante ao destes autos:

“Embargos do devedor. Nota promissória. Extinção. Demonstrativo atualizado do débito insuficiente. Extinção da execucional. Apelo do credor. Provimento parcial.

“Na atual sistemática processual civil pátria, *ex vi* do estatuído no art. 614, II, da Codificação Procedimental, o demonstrativo do débito atualizado alça-se à condição de documento indispensável à propositura da execucional. Tal demonstrativo deve retratar, como forma mesmo de propiciar ao executado uma defesa eficaz, a metodologia do cálculo, os índices utilizados, as capitalizações lançadas,

de modo a formar o *quantum debeatur* que se quer de responsabilidade do devedor. Ausente esse documento, ou mostrando-se ele lacunoso nos registros, incumbe ao magistrado conceder ao exeqüente prazo para suprir a omissão, conforme recomenda o art. 616 do CPC, pena de indeferimento da inicial.

“Não mais se fazendo possível a tomada dessa providência após a oferta dos embargos, sob pena de subverter-se a natureza jurídica da defesa do executado, transformando-a em meio de formar ou completar o título executivo, e não de retirar-lhe a carga de executoriedade, o que se torna inexistível são apenas os acessórios e não o principal, pelo que impõe-se ao magistrado, não a extinção pura e simplesmente da ação de execução; não, em tal hipótese, a executória deve restringir-se e assim prosseguir, ao valor nominal da dívida, acaso sobre este divergências não existam, acrescido de juros constitucionais, de juros moratórios e de atualização monetária a contar da data da propositura da ação, ressalvado o direito do credor de, em ação própria, haver os encargos ajustados” (Ap. Cív. n. 2000.017561-7, de Balneário Camboriú).

Nesse mesmo sentido transcrevo, abaixo, precedente do Superior Tribunal de Justiça, cujo relator foi o Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

“Execução. Cédula de crédito comercial. Executividade. A cédula de crédito comercial é título executivo pelo valor nela expresso, não pelo saldo apurado mediante lançamentos unilaterais do credor. Execução que prosseguirá pelo valor do título, acrescido de juros de mora e de índice de corre-

ção, assim como vier a ser definido pelo Tribunal” (REsp n. 316249/SP, julgado em 18/9/01).

Com idêntico posicionamento encontro, dentre outros, os seguintes julgados daquela Corte Superior: REsp n. 251606/RS, Min. Barros Monteiro, j. em 7/12/00; REsp n. 158146/MG, Min. Ruy Rosado Aguiar, j. 19/2/1998.

Neste Tribunal, constato idêntico posicionamento, também dentre outros mais, nos seguintes precedentes: Ap. Cív. n. 99.011644-1, de Palmitos, rel. Des. Trindade dos Santos; Ap. Cív. n. 98.004391-3, de Seara, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz; Ap. Cív. n. 97.009102, de Chapecó, rel. Des. Pedro Manoel Abreu.

Assim é que, estando o demonstrativo de débito confuso e incompleto, entendendo deva ser dado provimento parcial ao recurso, a fim de determinar o prosseguimento da executacional com base no valor nominal do título (US\$ 100.000,00 convertidos à taxa de 1,03185 – fl. 11 da execução), acrescido, a partir dessa conversão, de correção monetária arrimada no INPC.

Conseqüentemente, como sucedeu significativa sucumbência de

parte à parte, devem os litigantes responder, recíproca e proporcionalmente ao que venceram ou decaíram — consoante dispõe o cabeço do artigo 21 do CPC —, pelo pagamento das custas judiciais e da verba honorária, sendo que, em relação a esta última, arbitro-a ao percentual de dez por cento (10%), na conformidade do disposto no § 3º do artigo 20 do mesmo Digesto.

É como voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por unanimidade de votos, proveu parcialmente o recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Fernando Carioni e Torres Marques.

Florianópolis, 18 de junho de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente;
Eládio Torret Rocha,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.020084-1, DE BLUMENAU

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

Embargos de terceiro. Contrato de abertura de crédito com garantia hipotecária. Inadimplemento da avença com o banco por parte da construtora e incorporadora. Execução. Execução hipotecária superveniente. Penhora dos imóveis objeto de compromisso de compra e venda celebrado com terceiros. Posse anterior ao ajuizamento da executacional. Boa-fé caracterizada. Discussão circunscrita

ao exame da posse e de seu molestamento. Inteligência do artigo 1.046 do CPC. Sentença reformada em parte para ampliar a tutela concedida a todos os postulantes. Apelo do banco desprovido. Apelo dos embargantes provido.

I – Os promitentes compradores de unidades condominiais, desde que de boa-fé, na hipótese de penhora do empreendimento hipotecado em razão de inadimplemento da empresa incorporadora com o banco financiador têm direito à proteção possessória via embargos de terceiros, mesmo que os contratos de compromisso de compra e venda não hajam sido oportunamente registrados.

II – A proteção possessória, nessa hipótese, estende-se não só àqueles promitentes compradores que quitaram integralmente o preço, como àqueles que o pagaram apenas parcialmente, tendo a empresa incorporadora, em relação a estes últimos, direito de acioná-los na via judicial própria, para buscar, então, o que for mais adequado aos seus interesses em face das avenças entre eles celebrada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.020084-1, da comarca de Blumenau (4ª Vara), em que são apelantes e apelados João Maria Mosimann, Márcio Schlindwein, Companhia Paulista de Engenharia Ltda., Stúdio Radiodifusora Ltda., e Banco Bradesco S.A.:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso do embargado e prover o apelo interposto pelos embargantes.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Blumenau, Maurício Carlos Kreibich, Ivan Décio Wollinger, Márcio Schlindwein, Luiz da Silva Azevedo, Nancy Teresinha Scwinden Bianchi, o espólio de Paulo Pawlenko – representado por Lecy Ângelo Pawlenko – Altemir Antônio,

Udecir Francisco Somensi, João Maria Mosimann, Companhia Paulista de Engenharia, Studio Radiodifusão Ltda. e Marcelino Campos ajuizaram ação de embargos de terceiros contra o Banco Bradesco S.A. (fls. 2/12).

Após a contestação (fls. 268/282), os autores manifestaram-se sobre a resposta (fls. 303/311).

No curso da ação, os requerentes relataram o ajuizamento de ação cominatória (fls. 352/353).

Saneando o feito, a Magistrada de primeiro grau suspendeu a execução hipotecária em que foram constrictados os bens negociados entre a empresa Born Construções e Incorporações Ltda. e os embargantes (fl. 354v.).

Sentenciando o feito (fls. 366/377), a Magistrada julgou procedentes os embargos de terceiro opostos por Maurício Carlos Kreibich, Ivan Décio Wollinger, Luiz da Silva Azevedo, Nancy Teresinha Scwinden Bian-

chi, espólio de Paulo Pawlenko (representado por Lecy Ângelo Pawlenko), Altemir Antônio, Udecir Francisco Somenzi, João Maria Mosimann e Marcelino Campos, declarando insubsistente a penhora recaída sobre os imóveis respectivamente adquiridos.

Por não haverem pago integralmente os imóveis adquiridos, a Toga de primeiro grau julgou improcedentes, todavia, os embargos opostos por Márcio Schindwein, João Maria Mosimann, Companhia Paulista de Engenharia Ltda. e Stúdio Radiodifusora Ltda., os quais, irresignados, interpuuseram apelação (fls. 378/385).

Sustentam os apelantes, em síntese, que quitaram pontualmente seus compromissos contratuais. Salientam que, quando da aquisição do imóvel, obrigaram-se diretamente com o Bradesco, o qual criou uma linha de crédito específica para atendê-los e aos demais adquirentes de unidades do mesmo edifício, não havendo, contudo, liberado os financiamentos pactuados.

Ressaltam que o banco recorrido estabeleceu contratos por escrito com diversos adquirentes dos imóveis. Mencionam sua boa-fé e a posse anterior ao ajuizamento da ação executiva.

Por fim, reiteram que o banco e a construtora descumpriram o artigo 37 da Lei n. 4.591/64, o qual obriga o alienante a mencionar, em todos os documentos de ajuste, os ônus que recaiam sobre o imóvel.

Requerem o provimento do reclamo, ainda que com a vinculação de os recorrentes financiarem os saldos em aberto com o banco recorrido. Acostam documentos (fls. 386/392).

Intimado, o recorrido contra-arrazoou o apelo. Preliminarmente, requereu o desentranhamento dos documentos juntados intempestivamente, e, no mérito, postulou pelo desprovemento da apelação (fls. 432/441).

Também inconformado, Banco Bradesco S.A. recorreu (fls. 387/420).

Em suma, aduz que a hipoteca sobre o imóvel foi registrada no Cartório de Registro de Imóveis competente anteriormente à aquisição e que, portanto, dela tinham conhecimento os embargantes. Afirma possuir direito adquirido a expropriar o bem dado em garantia hipotecária.

Obtempera, da mesma forma, que a garantia real sobre o imóvel não pode ser afastada por instrumentos particulares de compra e venda. Salienta, outrossim, que a hipoteca caracteriza-se pelo direito de seqüela e que é indivisível a coisa dada em garantia.

Sustenta que, consoante os termos do artigo 816, § 4º, do Código Civil, os embargantes possuem direito de regresso contra a construtora no caso de perda do bem.

Nesse contexto, faz, ainda, referência ao artigo 655, § 2º, do CPC, o qual obriga que a penhora recaia sobre o bem dado em garantia hipotecária.

Aponta questões pertinentes a cada um dos apelados, especificamente.

Quanto ao apelado Ivan Décio Wollinger, argumenta que o contrato celebrado com a construtora dispunha (cláusula décima) sobre a existência do ônus real, além de conter a outorga de mandato em favor da alienante, que poderia, inclusive, instituir ônus real sobre o imóvel.

Com relação ao apelado Maurício Carlos Kreibich, argumenta que, por não haver sido o contrato assinado por testemunhas, nem tampouco registrado no Cartório de Títulos e Documentos, ele é despedido de validade contra terceiros.

No tocante ao apelado Marcelino de Campos, assevera que a escritura pública de compra e venda faz menção expressa sobre a existência de ônus hipotecário.

Relativamente ao apelado Luiz da Silva Azevedo e à apelada Nancy Terezinha S. Bianchi, obtempera, o recorrente, que os contratos firmados entre os embargantes e a construtora contêm outorga de mandato, que permite, inclusive, a instituição de ônus real sobre o imóvel. Ademais, por não haver sido o contrato assinado por testemunhas, nem tampouco registrado no Cartório de Títulos e Documentos, ele não é oponível contra terceiros.

Em respeito ao apelado Udecir Francisco Somensi, sustenta que o contrato firmado entre o embargante e a construtora contêm outorga de mandato, que permite a instituição de ônus real sobre o imóvel.

Quanto ao apelado João Maria Mosimann, aduz que se trata de cessão de direitos, posterior à instituição da hipoteca. No mais, afirma que o contrato celebrado com a construtora dispunha (cláusula décima primeira) sobre a existência do ônus real, além de conter a outorga de mandato em favor da alienante, que poderia instituir ônus real sobre o imóvel. Também, por não haver sido o contrato assinado por testemunhas, nem tampouco registrado no Cartório de Títulos e Do-

cumentos, ele é despedido de validade contra terceiros.

Pondera, derradeiramente, que, ao firmar o contrato com a construtora, as partes inseriram cláusula de inegociabilidade do imóvel dado em garantia sem a expressa anuência do credor hipotecário. Salienta que, em sendo a hipoteca anterior à compra e venda realizada com os embargantes, estes tinham amplo conhecimento da garantia real.

Como última razão recursal, na hipótese de não ser provido o recurso, aborda o recorrente o valor atribuído aos honorários advocatícios, pleiteando a sua redução.

Requer seja provido o apelo.

Embora intimados, os recorridos não responderam ao recurso.

Subiram os autos.

É o relatório.

II — Voto

Cumpra salientar, por primeiro, que a sentença hostilizada entendeu de acolher a pretensão embargatória apenas no tocante aos promitentes compradores que, no interregno, quitaram integralmente o preço da aquisição das unidades imobiliárias enfocadas.

O núcleo do dissenso reside, a meu sentir, em torno da seguinte questão: é ou não possível, em sede de embargos de terceiro, pelos detentores de pré-contrato, desconstituir, em processo de execução, penhora decorrente de hipoteca instituída entre a devedora e o credor hipotecário?

Somente após a resposta a essa indagação é que, na verdade, deve-se perquirir a respeito da eventual

relevância de parte dos imóveis já haverem sido quitados perante a incorporadora, a qual restou inadimplente em face do Banco Bradesco S.A., que financiou recursos para a construção e incorporação do edifício.

Sendo assim, cuido de analisar, inicialmente, o recurso interposto pelo banco.

Não obstante a farta argumentação expendida pelo recorrente, entendendo que razão não lhe assisti.

É de enfatizar-se, prefacialmente, que o direito dos apelados à oposição dos embargos de terceiro — ainda que em decorrência de posse oriunda de compromisso de compra e venda não registrado — encontra respaldo na Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça, a qual dispõe:

“É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro”.

Essa circunstância, aliás, já se encontra pacificada na jurisprudência, tendo sido objeto de recente análise por esta Câmara, em precedente relatado pelo eminente Desembargador Cláudio Barreto Dutra, que reproduz, mudando o que deve ser mudado:

“Embargos de terceiro — ‘Centro empresarial Hannover’ — Salas comerciais e boxes de garagem, objeto de compromisso de compra e venda — Construção levada a efeito em execução hipotecária promovida pelo ora embargado contra a promitente vendadora — Ausência de registro do contrato — Irrelevância — Exegese da Súmula 84 do STJ — Aquisição, ademais, anterior à constituição do crédito hipotecário — Embargos procedentes —

Sentença mantida — Recurso desprovido” (Ap. Cív. n. 2001.013095-5, de Joinville).

Em relação à posse dos apelados, analisando a vasta prova documental trazida aos autos, a Magistrada consignou na sentença que “Inversamente do que assevera o banco/embargado, os embargantes comprovaram as aquisições, bem como comprovaram a posse de suas respectivas unidades” (fl. 369).

Mais adiante, a Togada prosseguiu:

“Destaco, os embargantes afirmaram que estão na posse pacífica e de boa-fé de suas unidades há quase quatro anos (fl. 3) e o banco/embargado não refutou tal assertiva, apenas asseverou que, diante de seu direito (hipoteca registrada), a posse é inoponível (fl. 273)” (fl. 369).

No tocante à natureza da posse dos apelados (promitentes compradores), cumpre gizar que, mesmo que tivessem conhecimento da hipoteca que recaía sobre o terreno e os imóveis nele construídos, tal circunstância deles não lhes retira, em absoluto, a condição de possuidores de boa-fé.

E isso porque, ao celebrarem os compromissos de compra e venda, tinham sobradas razões para confiar que, desde que a incorporadora devedora cumprisse com suas obrigações perante o banco financiador, liberado estaria o ônus real que gravava todo o imóvel. Deve-se considerar, ademais, que o início do exercício da posse foi anterior ao ajuizamento da demanda executiva movida pelo banco contra a devedora.

Entretanto, para infortúnio geral, Born Construções e Incorporações

Ltda. não adimpliu com seus compromissos em relação à instituição financeira, ensejando, com isso, a deflagração do processo de execução com conseqüente penhora das unidades condominiais.

Nesse contexto, entendo que, caso caiba a alguém arcar com os prejuízos decorrentes da inadimplência da construtora — além dela própria, evidentemente — esse alguém é mesmo o banco financiador, o qual, agindo desidiosamente, emprestou recursos para uma empresa sem saúde financeira para honrar com os compromissos que assumiu em relação à massa daqueles que, acreditando no empreendimento, lançaram-se à sua aquisição.

E não apenas isso. O banco também por ser considerado omissor no pertinente à fiscalização e/ou acompanhamento em relação à forma como a construtora operacionalizou a comercialização das unidades, sobretudo diante das referências encontradas nos autos acerca de sua duvidosa saúde financeira.

De outro norte, ainda que a hipoteca haja sido constituída anteriormente à celebração dos vários compromissos de compra e venda não registrados em cartório, não é plausível a argumentação do banco apelante de que não tinha conhecimento de que os imóveis estavam e/ou seriam vendidos.

Ora, de indagar-se, então: para que seria construído um prédio comercial senão para a venda de suas salas e lojas? Será que ao banco faltou experiência bastante para não ser engabelado pela incorporadora? As respostas são por demais evidentes,

pelo que não será de entender-se factível — e mesmo sensato, deveras — de, nesse verdadeiro imbróglio, responsabilizar os adquirentes de boa-fé.

Se assim tivesse de ser, de morte sairia ferido o princípio da segurança dos negócios jurídicos, além de, obviamente, entender-se comprometida a própria existência do sistema desse tipo de empréstimo bancário, gerador, como se tem visto, de substancial progresso do setor de empreendimentos imobiliários.

Pertinentemente ao tema, encontro precedente deste Tribunal:

“Embargos de terceiro. Contrato particular de empréstimo com garantia hipotecária. Inequivoco conhecimento da financeira de que o imóvel fora vendido a terceiro. Pagamento das prestações por este. Procedência dos embargos de terceiro para que a hipoteca não seja executada” (Ap. Cív. n. 23.351, da Capital, rel. Des. Protásio Leal).

Esse é, irrecusavelmente, o sentido de reiterados precedentes desta Corte Recursal, dentre os quais, por oportuno, transcrevo:

“Se o compromisso de compra e venda, assim como a imissão de posse de terceiro sobre imóvel adquirido junto à construtora, ocorre antes da propositura da executiva hipotecária em cujo seio se dá a constrição judicial ensejadora dos embargos, a procedência destes é inarredável. Não se pode esquecer, nestes casos, os direitos dos terceiros de boa-fé frente à hipoteca, que deveria ter atingido apenas a construtora, mas que veio a abarcar os compradores que cumpriram fielmente suas obrigações.

“Outrossim, nesses tipos de empreendimentos, o preço dos imóveis é pago diretamente à construtora, sendo que esta é quem repassa os pagamentos ao credor hipotecário. Ora, se a mesma não repassa ditos valores, seja por qualquer motivo, o possível direito de seqüela do credor hipotecário não opera, dada a excepcionalidade desses negócios. Cumprindo os terceiros adquirentes com suas obrigações, estão a salvo da constrição judicial proposta pela entidade bancária” (Ap. Cív. n. 99.009478-2, de Joinville, rel. designado Des. Carlos Prudêncio).

Não tem discrepado desse posicionamento, inegavelmente protetivo dos interesses dos adquirentes de boa-fé, a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, como no precedente cuja ementa cito abaixo, relatado pelo eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

“Embargos de terceiro. Promessa de compra e venda de registro. Hipoteca. Cédula de crédito comercial.

“A falta de registro do contrato de promessa de compra e venda de unidades residenciais integrantes de empreendimento imobiliário não impede a defesa da posse por embargos de terceiro, oferecidos pelos promissários compradores contra a execução hipotecária promovida pelo banco credor de cédula de crédito comercial emitida por empresa integrante do mesmo grupo da construtora dos apartamentos, figurando esta como garantidora do financiamento. *Ao celebrar o contrato de financiamento, facilmente poderia o banco inteirar-se das condições dos imóveis, necessariamente destinados à venda, já oferecidos ao público e, no caso, com preço total ou parcialmente*

pago pelos terceiros adquirentes” (o destaque não consta do original).

Assim é que entendo deva ser mantida a sentença no que tange à procedência dos pedidos formulados por Maurício Carlos Kreibich, Ivan Décio Wollinger, Luiz da Silva Azevedo, Nancy Teresinha Scwinden Bianchi, espólio de Paulo Pawlenko (representado por Leczy Ângelo Pawlenko), Altemir Antônio, Udecir Francisco Somenzi, João Maria Mosimann e Marcelino Campos.

A última razão invocada pelo banco diz respeito ao valor atribuído aos honorários advocatícios, cuja redução é requerida.

Todavia, também nesse sentido não merece guarida, a meu ver, a insurgência do apelante.

De efeito, não tendo havido condenação, a Magistrada de primeiro grau fixou o estipêndio advocatício em consonância com a regra insculpida no artigo 20, § 4º, do CPC. Para tanto, certamente sopesou critérios como a complexidade da demanda, o número de postulantes representados pelo casuístico e a diligência demonstrada no decorrer do feito. Constatando, pois, que a Togada arbitrou a verba advocatícia em quantia bastante razoável, mantenho-a em R\$ 8.000,00, tal como fixada na sentença.

Logo, por tais argumentos, nego provimento ao recurso interposto pelo Banco Bradesco S.A.

Passo, finalmente, ao exame das razões alinhavadas pelos recorrentes Márcio Schindwein, João Maria Mosimann, Companhia Paulista de Engenharia Ltda. e Stúdio Radiodifusora Ltda., os quais, por não haverem quitado integralmente o preço da pro-

messa de compra e venda, não foram contemplados pelo provimento judicial recorrido.

Penso que razão se lhes assiste.

É que, na espécie — fazendo remissão, ainda, por cabíveis, aos argumentos suso expendidos quando examinei o recurso do banco — tenho como irrelevante a circunstância de os compromissários não haverem quitado integralmente o preço dos imóveis que respectivamente adquiriram, dado que, em sede de embargos de terceiro, como se sabe, a matéria a ser discutida deve circunscrever-se, fundamentalmente, aos limites da proteção possessória invocada (artigo 1.046, CPC).

É essa a hipótese dos autos, tanto mais porque, como parece ser aspecto incontroverso, o pedido inaugural tem este supedâneo, ou seja, o fato de que os apelantes, ao tempo da constrição judicial, já desfrutavam da posse das unidades condominiais há alguns anos, sendo este, não há negar, o tema central da petição inicial (fls. 2/12).

Em suma: a pretensão embargatória vestibular foi deduzida para a proteção possessória dos promitentes compradores das unidades comerciais, de modo que, irrecusável esta circunstância, a questão atinente ao não-pagamento integral do preço não é fundamental à sorte da solução da demanda.

Com efeito, tendo restado amplamente demonstrada a anterioridade da posse de todos os embargantes e, da mesma forma, caracterizado o molestamento à posse (decorrente da penhora dos imóveis), a tutela judicial deve ser concedida a todos os

embargantes independentemente de distinção.

Demais, no tangente às parcelas inadimplidas dos pré-contratos, a empresa incorporadora deverá, na via adequada, buscar o que entender mais apropriado aos seus interesses, dado que, obviamente, os embargos de terceiro não se prestam a esse desiderato.

Posto isso, pelo meu voto nego provimento ao recurso interposto pelo Banco Bradesco S.A. e, bem assim, dou provimento ao apelo de Márcio Schindwein, João Maria Mosimann, Companhia Paulista de Engenharia Ltda. e Stúdio Radiodifusora Ltda., estendendo-lhes os efeitos da tutela concedida na sentença aos demais autores.

De conseguinte, mantenho intactada a verba honorária já suso examinada em favor do procurador dos vencedores, sujeitando o banco ao pagamento, por inteiro, das custas judiciais.

III — Decisão:

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso do embargado e deu provimento ao apelo interposto pelos embargantes.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Fernando Carioni e Torres Marques.

Florianópolis, 25 de junho de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente;
Eládio Torret Rocha,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.013986-3, DE CRICIÚMA**Relator: Des. Eládio Torret Rocha**

Falência. Habilitação de crédito. Incidência de juros e correção monetária. Inteligência do artigo 26 da Lei de Falências. Decisão mantida. Recurso desprovido.

1 – Ainda que o ativo da massa falida seja insuficiente ao pagamento do passivo principal, incide sobre os créditos habilitados correção monetária.

2 – Na hipótese de o ativo da massa falida ser insuficiente ao pagamento de todos os credores, o artigo 26 da Lei de Falências veda a incidência de juros sobre os créditos habilitados.

3 – Não é, contudo, na etapa de habilitação de créditos, que deva ser afastada a incidência dos juros. É que a sua aplicação aos créditos habilitados somente será decidida na fase de liquidação, em cuja oportunidade já será conhecido o montante total do ativo e do passivo da massa falida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.013986-3, da comarca da Criciúma (1ª Vara), em que é apelante Massa Falida da Cia. Brasileira Carbonífera de Araranguá – CBCA, sendo apelado Adílzio Pedro Pazzeto:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Criciúma, o Juiz Trabalhista da 1ª Vara encaminhou ofício para habilitação do crédito de Adílzio Pedro Pazzeto nos autos do processo de falência da Companhia Brasileira Carbonífera de Araranguá (fl. 2).

Ouvidos o síndico e o representante ministerial, o Magistrado de primeiro grau proferiu decisão, habilitando o crédito no valor de R\$ 46.745,58 em favor de Adílzio Pedro Pazzeto, e no valor de R\$ 824,85, a título de custas processuais, em favor da Fazenda Nacional, incidindo sobre tais valores juros e correção monetária (fls. 9/10).

Contra tal decisório, a Massa Falida da Cia. Brasileira Carbonífera de Araranguá interpôs recurso de apelação (fls. 25/28), aduzindo, em síntese, que, contra a massa falida, não correm juros nem correção monetária.

Requer, assim, a exclusão da incidência dessas verbas e, sucessivamente, que o pagamento dos juros seja condicionado à superioridade do ativo em relação ao passivo.

O apelado contra-arrazoou o recurso, pugnando pelo seu desprovemento (fls. 31/37). No mesmo sentido, manifestou-se o representante do Ministério Público de primeiro grau (fl. 48).

Subiram os autos a esta instância superior e o Ministério Público opinou pelo desprovemento do recurso, ressaltando-se a incidência dos juros à hipótese de a massa comportar seu pagamento após a satisfação do principal (fls. 54/56).

É o relatório.

II — Voto

O apelo não merece acolhimento.

A insurgência da apelante cinge-se, em suma, à aplicação de correção monetária e juros ao crédito habilitado.

Tenho que, de fato, incidem sobre os créditos habilitados na falência tanto correção monetária quanto juros – estes, porém, apenas na hipótese de o ativo da massa ser suficiente ao pagamento do principal (artigo 26 da Lei de Falências).

A correção monetária, como cedo, por consistir apenas atualização do dinheiro desvalorizado pela inflação, é computada nos créditos habilitados na falência, independentemente de que natureza forem.

Nesse sentido, cito, dentre muitos precedentes do Superior Tribunal de Justiça: REsp n. 72706/SP, rel. Min. Barros Monteiro; e REsp n. 6786/RS, rel. Min. Waldemar Zveiter.

Não prospera, assim, a irresignação da apelante no tocante à incidência da correção monetária, que, de fato, é devida.

Por sua vez, no que tange aos juros, entendo que melhor sorte não socorre à recorrente.

Os juros existentes até a data da decretação da falência são devidos e, por isso, devem ser pagos ainda que o ativo da massa falida seja insuficiente ao pagamento do principal (STJ, REsp n. 287573/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior).

Saliento, contudo, que, a partir da data da quebra – aplicando-se o princípio do *pars conditio creditorum* e o artigo 26 da Lei Falimentar –, os juros, como suso salientado, somente são devidos na hipótese de o ativo da massa ser suficiente ao pagamento dos credores quirografários.

A matéria é, aliás, deveras pacificada na jurisprudência, que tão-somente repudia a incidência de juros nos créditos habilitados na falência na circunstância de o ativo da massa falida ser insuficiente ao pagamento do passivo principal.

Dentre inúmeros julgados deste Tribunal, refiro: Ap. Cív. n. 41.421, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Alcides Aguiar; Ap. Cív. n. 41.417, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Amaral e Silva; e Ap. Cív. n. 41.593, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Rubem Córdova.

Devo esclarecer, contudo, que, mesmo que seja incabível, na situação enfocada, a incidência de juros sobre o crédito habilitado, este não é o momento processual adequado para tal deliberação. Somente na fase de liquidação, após a apuração do ativo da massa, será possível a definição sobre a efetiva incidência de juros sobre os créditos habilitados.

Por pertinente à espécie, transcrevo precedente da lavra do eminente Des. Francisco Oliveira Filho:

“A controvérsia a ser dirimida limita-se à incidência ou não de juros e correção monetária sobre a verba habilitada em procedimento falimentar.

“*Data venia*, a ‘correção monetária não constituindo um *plus*, mas mero instrumento de atualização da moeda desvalorizada pela inflação, deve ela incidir mesmo nos contratos pactuados sem sua previsão’ (STJ, RT 661/181), salvo se expressamente afastada.

“Também é devida nos créditos habilitados na falência, conforme remansosa jurisprudência (STJ, REsp ns. 13.367, 13.374, 14.414 e 26.612; TJSC, Ap. Cív. ns. 39.796, 41.418 e 41.589).

“Os juros legais devem também ser computados a partir da quebra, salvo ‘se o ativo apurado não bastar para o pagamento do principal’ (art. 26 da Lei n. 7.661/45). Nesse sentido: ‘Os juros na falência, ressalvada a hipótese do parágrafo único do art. 26 da Lei de Quebras, são devidos se o ativo bastar para o pagamento do principal, não havendo como excluí-los desde logo, na fase de declaração de créditos, senão que aguardar o resultado da liquidação, aplicando, então, o *caput* do art. 26 da lei falimentar’ (Ap. Cív. n. 41.419, de São Miguel do Oeste, Des. João José Schaefer, de 3/6/93)” (Ap. Cív. n. 99.006141-8, de Criciúma).

No mesmo diapasão saliento:

“Os juros na falência, ressalvada a hipótese do parágrafo único do ar-

tigo 26 da Lei de Quebras, são devidos se o ativo bastar para o pagamento do principal, não havendo como excluí-los desde logo, na fase de declaração de créditos, senão que aguardar o resultado da liquidação, aplicando, então, o *caput* do artigo 26 da lei falimentar” (Ap. Cív. n. 41.419, de São Miguel do Oeste, rel. Des. João José Schaefer).

Reitero, finalmente, que o fato de o Magistrado, na decisão apelada, haver mencionado que se aplicam juros sobre o crédito habilitado (fl. 10) não garante, absolutamente, a efetiva incidência destes.

Conforme já ressaltado, a incidência de juros está necessariamente vinculada à suficiência do ativo da massa falida ante o passivo habilitado, ambos ainda desconhecidos nessa etapa processual.

Assim sendo, pelo meu voto, nego provimento ao apelo.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por unanimidade de votos, desproveu o recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Fernando Carioni e Torres Marques, tendo lavrado parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 25 de junho de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente;
Eládio Torret Rocha,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1997.005329-0, DE SANTA CECÍLIA**Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento**

Apelação cível — Ação possessória — Não comprovação da posse — Exceção de domínio — Inadmissibilidade — Improcedência do pedido — Ação cautelar de atentado — Pressupostos legais ausentes — Improcedência — Sentença reformada — Recurso provido.

Somente é admissível a exceção de domínio, em ação possessória: “a) — quando os contendores disputam a posse a título de proprietários; b) — quando duvidosa a posse de ambos os litigantes” (Curso de direito civil: direito das coisas, 28ª ed., São Paulo, Saraiva, 1990, 3º vol., pág. 60).

Se as testemunhas confirmam a posse dos réus sobre a gleba de terras e inexistente qualquer prova da posse da autora, não se pode conceder a tutela possessória com base exclusivamente no título dominial.

Julga-se improcedente a ação de atentado se não demonstrada satisfatoriamente a inovação no estado de fato inicial, bem como o responsável por essa conduta.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1997.005329-0, da comarca de Santa Cecília, em que são apelantes Osvaldo Cardoso dos Santos e Maria da Graça Oliveira dos Santos, sendo apelada Etevlina Alves Grein:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Osvaldo Cardoso dos Santos e Maria da Graça de Oliveira dos Santos apelaram da sentença proferida na ação de interdito proibitório e na ação de atentado, ambas aforadas por Etevlina Alves Grein, que julgou, respectivamente, total e parcialmente procedentes os pleitos formulados, mantendo

do a apelada/autora na posse do bem descrito na petição inicial e condenando os apelantes/réus ao pagamento de 450kg (quatrocentos e cinquenta quilos) de erva-mate, em valor a ser apurado em liquidação de sentença, a título de perdas e danos (fls. 109/121).

Argumentaram que a prova testemunhal colhida favorece-os totalmente, comprovando serem possuidores, há mais de quarenta anos, da área litigiosa, esta que não faz parte do imóvel da apelada nem se encontra encravada.

Aduziram estar sua posse arriada em contrato de cessão de direitos possessórios, sendo, pois, justa e de boa-fé, caracteres estes exteriorizados pelo cultivo das terras para o sustento da família.

Defenderam a inexistência de atentado, porquanto todos os atos pra-

ticados sobre o bem litigioso estavam pautados nos direitos inerentes à posse sobre o bem. Ademais, não restou comprovada a efetiva quantidade de erva-mate que teria sido tirada do imóvel no suposto atentado.

Pugnaram pela reforma total da sentença (fls. 125/133).

Em contra-razões os apelados aplaudiram a sentença hostilizada (fls. 137/139).

Opinou a Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e desprovisionamento do recurso (fls. 160/163).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

II — Voto

1. Ação possessória

A apelada deflagrou ação de interdito proibitório contra os apelantes, afirmando ser legítima proprietária, em condomínio com seus filhos, e possuidora de uma área de terras situada na Fazenda Bom Jesus, município de Timbó Grande, matriculada no Registro Imobiliário sob o n. 4686, com um milhão de metros quadrados e as seguintes confrontações: ao norte, com Rufino Cardoso; ao sul, com o Rio Timbó; ao leste, com Ibraim Cardoso dos Santos; a oeste, com os herdeiros de Francisco José de Castro (fl. 2).

Asseverou ter sido ameaçada na sua posse pelo apelante, o qual manifestou hostilidade aos trabalhos do agrimensor contratado para realizar a medição do imóvel.

Em resposta, os apelantes afirmaram serem legítimos possuidores de uma área de 71.494.000m² (setenta e um mil, quatrocentos e noventa e

quatro metros quadrados), situada no Alto Timbó, município de Timbó Grande, com as seguintes confrontações: ao noroeste, com terras de Otávio Grein; ao sul, com terras de Benedito Linzmeier; a leste, com terreno de João Varela (fl. 15). Anexaram documentos, entre os quais a respectiva escritura pública de cessão de direitos de posse (fls. 19/25).

Diante do conjunto probatório apresentado, na sentença, entendeu o Togado não se tratar de simples ameaça, aplicando o princípio da fungibilidade das ações possessórias (art. 920 do CPC) para conhecer do pedido como de manutenção de posse. Entendendo ser duvidosa a posse dos litigantes sobre a área de terras objeto da ação, aplicou a regra da exceção de domínio, julgando procedente o pedido formulado pela apelada, por ser esta manifestamente a titular do domínio.

Em que pese a eloquência jurídica do Togado *a quo*, acompanhado no seu entendimento pelos representantes ministeriais de primeiro e segundo grau de jurisdição, a solução adotada não faz justiça ao caso concreto.

É cediço, o petitório e o possessório não se confundem. Isto é, “não obsta à manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa” (art. 505, 1ª parte, do CC). A posse, como direito autônomo, decorrente do “exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade” (art. 485 do CC), recebe tutela jurídica própria, que não sucumbe diante da mera oposição do título dominial.

Essa regra, porém, tem sua exceção, ditada pela segunda parte do art. 505 do Código Civil: “Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio”. Interpretando esse dispositivo, sumulou o Supremo Tribunal Federal: “Será deferida a posse a quem evidentemente tiver o domínio, se com base neste for ela disputada” (Súmula 487 do STF).

Sobre o tema, leciona Washington de Barros Monteiro:

“(…) se de natureza possessória o pleito judicial, cumpre apenas indagar quem é possuidor, para a este outorgar-se a proteção possessória. Se o pleito comportasse outras indagações, para se questionar, por exemplo, quem tem o domínio da coisa litigiosa, ter-se-ia transformado o juízo possessório em petitório, suprimindo-se assim a específica proteção da posse. (...) Em ações dessa índole não se discute, nem se decide sobre domínio, mas somente sobre o fato da posse. A regra, portanto, é a da inadmissibilidade da *querella proprietatis* nas ações possessórias.

(...)

“Em princípio, portanto, arde-se a questão dominial no debate possessório. Excepcionalmente, porém, admite-se defesa fundada em domínio, quando evidente.

“Com efeito, se os contendores disputam a posse como emanção de seu direito de propriedade, nada mais natural que a causa não seja julgada em favor daquele que evidentemente não tem domínio (...).

“Por igual, tem toda pertinência a alegação de domínio, quando duvidosa ou conflitante a posse dos

contendores. Nesse caso, é claro, ela jamais pode ser atribuída a quem não seja proprietário. Em tal sentido, copiosa e pacífica a jurisprudência dos nossos tribunais” (Curso de direito civil: direito das coisas, 28ª ed., São Paulo, Saraiva, 1990, 3º vol., págs. 59/60).

Finalizando, aduz, sinteticamente, o referido autor:

“Em resumo, em ação possessória, impertinente é a questão de domínio. A essa regra, abrem-se, todavia, duas exceções: a) quando os contendores disputam a posse a título de proprietários; b) quando duvidosa a posse de ambos os litigantes” (*op. cit.*, pág. 60).

Na presente demanda judicial, não se vislumbra nenhuma das hipóteses acima referidas, as quais autorizariam o acolhimento da exceção de propriedade, com o conseqüente deferimento da tutela possessória em favor do titular do domínio.

A apelada, embora tenha comprovado ser a proprietária do imóvel descrito na exordial, asseverou, também, ser possuidora, fato, porém, que não passou de mera alegação, pois ausente qualquer prova nesse sentido.

Os apelantes, por sua vez, sustentaram serem legítimos possuidores, apresentando o respectivo título, tendo corroborado suas alegações com a prova testemunhal colhida na instrução.

Conclui-se, portanto, as partes não travaram a batalha judicial com base no domínio. Ao contrário, tencionaram, no decorrer do processo, comprovar a posse sobre a área litigiosa, bem como seus efeitos jurídicos. Inaplicável, pois, a Súmula 487 do STF.

Por outro lado, ainda que a prova testemunhal, a única produzida, seja inconsistente e, em alguns pontos, obscura e ambígua, não restou configurada a posse duvidosa de ambos os litigantes. Isso porque, para haver dúvida, é necessário que o conjunto probatório seja conflitante, divergente, apontando ora ser o autor, ora ser o réu da ação, o possuidor da coisa.

Contudo, inexistente no caderno processual prova da posse da apelada sobre a área litigiosa, ao passo que os depoimentos das testemunhas confirmam, em vários trechos, a posse dos apelantes.

Convém citar os depoimentos. Inquirido, João Varela de Souza, morador vizinho das terras em disputa, respondeu:

“Que conhece as terras da autora, desconhecendo a metragem das terras da mesma; Que de um lado as terras da autora divisam com terras do depoente, do lado oposto a sua divisa com terras do réu; (...) Que o réu comprou as terras que fazem divisa com a autora de Altino Rodrigues Fagundes; Que não lembra o tempo em que o réu comprou as ditas terras; (...) Que as terras do réu têm em torno de 3 alqueires, mais ou menos; Que Osvaldo sempre trabalhou nesta área; (...) Que tem conhecimento que o réu plantou grama no local, fez tanques e açudes, não sabendo precisar se ditas benfeitorias ainda existem hoje no local; Que Altino Fagundes morava no local; Que o réu continuou na posse de Altino Fagundes; Que considerava Altino Fagundes como dono dos 3 alqueires; Que após o réu ter comprado a dita área de Altino também o considerava dono” (fl. 81).

Colhe-se do depoimento de Ne-reu dos Santos:

“Que conhece as terras da autora, desconhecendo a metragem; (...) que do lado oeste as terras da autora fazem divisa com terras do réu; (...) que o 1º morador foi Izaltino Rodrigues, sendo que o pai do réu comprou deste senhor; que o Osvaldo, réu nesta ação comprou de seu próprio pai com certeza; que as terras do réu possuem mais ou menos 3 alqueires; que as terras do réu ficam no canto das terras da autora; (...) que conheceu Izaltino Fagundes, o qual residiu no imóvel há cerca de 10 anos, mais ou menos; que o pai do réu e este continuaram na posse daquele; que reconhece o réu como dono dos três alqueires” (fl. 82).

Convém, outrossim, citar os depoimentos anteriormente colhidos nos autos da ação cautelar de atentado, em apenso. João Varela de Souza, questionado sobre os fatos, respondeu:

“(…) que em um canto as terras dos litigantes fazem divisa entre si e também com terras do depoente; (...) que há mais de trinta anos a família do réu está na posse do imóvel que faz divisa em terras da autora e com a do depoente, isso no canto, tendo uma metragem em torno de três alqueires” (fl. 32).

Afirmou Assonipo Pires de Lima:

“(…) que conhece as terras da autora, bem como as do réu, sendo que ambas fazem divisa; (...) que não sabe aproximadamente quantos anos o réu encontra-se na posse das terras que fazem divisa com a autora, mas tem conhecimento que é há vários anos” (fl. 34).

Ainda que imprecisa e vaga em certos aspectos, a prova testemunhal corrobora os fatos alegados pelos apelantes, sobretudo a aquisição dos direitos possessórios sobre a gleba de terra e o exercício efetivo da posse sobre ela.

De outra banda, inexistente comprovação da posse da apelada. Da leitura dos depoimentos não se extrai qualquer elemento probatório capaz de demonstrar ter a apelada exercido posse sobre o local atualmente ocupado pelos apelantes, que corresponde a uma ponta do terreno daquela, conforme mapa elaborado pelo perito (fl. 54 dos autos da ação de atentado).

Nesse contexto, é impertinente, para a solução do litígio, a questão do domínio, por duas razões: primeira, não estão as partes disputando a posse com base no direito de propriedade; segunda, não se trata de posse conflitante ou duvidosa dos litigantes, porquanto a apelada em nenhum momento logrou êxito em demonstrar sua posse sobre a gleba de terras.

“Convém frisar o art. 505, 2ª parte, do Código Civil determina: “não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio”. Isto é, se ambos os litigantes tentam comprovar sua posse com base em títulos domaniais, o pedido deve ser julgado em favor daquele que demonstra ser evidentemente proprietário. Além disso, se ambas as partes produziram prova de sua posse, suscitando dúvida no magistrado, a solução correta para a demanda é favorecer aquele que evidentemente tem o domínio.

Nesse sentido, colhe-se desta Corte:

“A *exceptio proprietatis* somente é admitida nas ações possessórias, quando a posse for disputada exclusivamente a título de propriedade, ou quando a prova de ambos os litigantes for conflitante ou duvidosa, hipóteses em que o julgamento da causa se dará em favor daquele que detém o domínio. Inteligência do art. 505 do Código Civil” (Ap. Cív. n. 96.006734-5, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

E mais:

“A posse é, antes de tudo, um fato material, não jurídico. Nas possessórias se verifica quem tem a posse e não o direito a ela. Em geral, nelas não se discute propriedade, mas apenas a existência do poder de fato sobre a coisa, salvo se a posse for duvidosa ou se ambos litigam com base no domínio, aplicando-se então o disposto no art. 505 do Código Civil. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos” (Ap. Cív. n. 39.322, rel. Des. Vanderlei Romer).

Cite-se também:

“Reintegração de posse — Exceção de domínio — Impõe-se a improcedência da ação de reintegração de posse postulada pelo proprietário ou seu espólio, representado pelo inventariante, quando os réus se encontram na posse da gleba há mais de 20 (vinte) anos, realizando efetivos atos de uso e gozo, cercando e plantando no terreno, exteriorizando assim seu domínio. A *exceptio domini* ou *exceptio proprietatis* somente é admitida excepcionalmente no pleito possessório, quando os possuidores discutem a posse a título de proprietários ou quando a posse de ambos os litigantes é duvidosa” (TAMG — Ap. Cív. n. 0204157-4, rela. Juíza Jurema Brasil Marins).

Ainda:

“Manutenção de posse — Requisitos — Exceção de domínio — Impossibilidade de sua arguição — À utilização da medida judicial em face de turbação contra o *jus possessionis* é necessário que o ofendido prove o exercício de sua posse, o ato turbatório praticado pelo réu, a data e a continuação da posse, embora molestada, segundo preconiza o artigo 927 do digesto instrumental, resultando, daí, de modo claro, que a manutenção é concedida àquele que evidencia ter sido injustamente turbado em sua área possessória. A discussão sobre a questão da propriedade em demanda possessória só é admitida em caso de os litigantes disputarem a posse a título de domínio, invocando, ambos, a qualidade de donos do bem objeto de litígio, circunstância esta que exige que sejam duvidosas ambas as posses alusivas à área em discussão” (TAMG – Ap. Cív. n. 0318260-7, rela. Juíza Jurema Brasil Marins).

Ressalta-se, ademais, não há qualquer prova dos requisitos exigidos pelo art. 927 do Código de Processo Civil, sobretudo a posse da apelada e o esbulho ou turbação praticados pelos apelantes.

Destarte, no caso em apreço, conceder a tutela interdital, com base exclusivamente no domínio, sem qualquer comprovação da posse e de sua turbação ou esbulho, importa distorcer totalmente o significado e a aplicação do instituto jurídico que assegura a proteção possessória.

2. Ação cautelar de atentado

Merece reforma também a sentença no tocante à ação de atentado, porquanto este não restou configurado.

Sobre esta tutela cautelar, ensina Humberto Theodoro Júnior:

“A ação cautelar, na espécie, tem o objetivo de fazer prevalecer o dever que compete à parte de conservar inalterado o estado de coisas envolvido no litígio até a solução final do processo, para não inutilizar seus eventuais efeitos.

“Restaurando-se, destarte, o estado fático inicial preserva-se a eficiência e utilidade da prestação jurisdicional de mérito, assegurando-lhe o objeto sobre que deve incidir” (Curso de direito processual civil: processo de execução e processo cautelar, 16ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, vol. 2, pág. 536).

Acrescenta o autor, enumerando os pressupostos para a configuração do atentado: “a) pendência de uma causa; b) inovação do estado de fato inicial; c) ilegalidade da inovação; d) prejuízo para o interesse da outra parte” (*op. cit.*, pág. 538).

In casu, porém, não restaram suficientemente comprovados esses pressupostos. Alegou a apelada ter o apelante adentrado em sua propriedade, na parte objeto da ação possessória, e retirado aproximadamente mil quilos de erva-mate, no curso daquela *actio*. Entretanto, esses fatos não foram provados no decorrer da instrução processual, pairando séria dúvida se foi realmente o apelante quem realizou a extração de erva-mate.

Dos depoimentos colhidos em Juízo (fls. 29/36) não se extrai prova segura da data em que ocorreu o corte de erva-mate, bem como de sua autoria e, precipuamente, do montante que foi retirado. Por outro lado, são vagas e pouco consistentes as afirmações do perito, em resposta aos quesitos formulados (fl. 47), não constituindo prova bastante para a procedência do pleito deduzido pela apelada.

Oportuno citar as palavras do *expert*:

“Os sinais de cortes existem e em épocas distintas, um corte em torno de 3 (três) a 4 (quatro) anos e outro corte em torno de 1 ano e meio. Precisar a quantidade, é pouco provável dar um valor; pelo que se vê nas árvores que estão cortadas, mas um comprador de erva, o Sr. Benedito Leomar Linzmeier, no ano de 1993, comprou do Sr. Osvaldo Cardoso dos Santos, em torno de 400 a 500 quilos, conforme contato com ele mantido. E o local do corte é dentro da área em litígio” (fl. 47).

Em que pesem os indícios apontados pelo perito, deve-se convir, não há prova suficiente para o reconhecimento do atentado.

Ante todo o exposto, dá-se provimento ao recurso, para julgar improcedentes os pedidos formulados pela apelada, com a inversão dos ônus da sucumbência, arbitrando-se os honorá-

rios advocatícios em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidi a Câmara, por votação unânime, dar provimento ao recurso, para julgar improcedentes os pedidos formulados pela apelada, em ambas as ações, invertidos os ônus da sucumbência. Honorários advocatícios arbitrados em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Wilson Augusto do Nascimento e José Volpato. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Wlaumar Alves da Silva.

Florianópolis, 3 de setembro de 2002.

Carlos Prudêncio,

Presidente, com voto;

Wilson Augusto do Nascimento,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.009481-2, DE JOINVILLE

Relator: Des. José Volpato de Souza

Apelação cível — Reintegração de posse — Ilegitimidade ativa — Preliminar rechaçada — Venda ad mensuram — Esbulho caracterizado — Inteligência do art. 225 da Lei n. 6.015/73 c/c o art. 505 do Código Civil — Recurso desprovido.

A preliminar suscitada acerca da ilegitimidade ativa do litigante deve ser afastada se à época da propositura da ação este possuía interesse no deslinde da quaestio. Cumpre registrar que a alienação do imóvel objeto da actio a terceiro, quando superveniente ao oferecimento da demanda, não possui o condão de macular a legitimidade dos litigantes.

No que concerne à venda ad mensuram, leciona Maria Helena Diniz que “é aquela em que se determina a área do imóvel vendido, estipulando-se preço por medida de extensão”.

A Lei de Registros Públicos notadamente impõe a identificação e especificação detalhada dos imóveis a serem registrados, se não vejamos:

“Os tabeliães, escrivães e juízes farão com que, nas escrituras e nos autos judiciais, as partes indiquem, com precisão, os característicos, as confrontações e as localizações dos imóveis, mencionando os nomes dos confrontantes e, ainda, quando se tratar de um só terreno, se esse fica do lado par ou do lado ímpar do logradouro, em que quadra e a que distância métrica da edificação ou da esquina mais próxima, exigindo dos interessados certidão do registro imobiliário” (art. 225, caput, da Lei n. 6.015/73).

É inafastável a caracterização do esbulho quando adquirentes de um imóvel, estribados na descabida interpretação dos títulos de domínio de seus lotes, adonam-se da faixa de terra cuja posse era exercida por terceiros.

Cumpra registrar ainda que nas ações reintegratórias de posse o domínio adquire caráter secundário, como bem explicita o Código Civil, in verbis:

“Não obsta a manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio ou de outro direito sobre a coisa. Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio” (art. 505).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.009481-2, da comarca de Joinville (1ª Vara), em que são apelantes Carlos José Back e outros, sendo apelada HV Empreendimentos e Construções Ltda.:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

HV Empreendimentos e Construções Ltda. aforou ação de reintegração de posse contra Carlos José Back e outros, alegando em síntese que adquiriu de Waldemar Koentopp e sua esposa um terreno num lugar denominado Cubatão; que a área física do terreno possuía um excesso sobre o qual a posse e o domínio sempre foram exercidos pela empresa autora; que os réus adquiriram dela os lotes

de número 1 a 19 da quadra n. 1; que nos limites dos referidos lotes a empresa mantinha uma cerca de arame farpado, e vinha exercendo a posse com a ajuda de capatazes e gado; que os réus derrubaram a cerca colocada pela autora e passaram a exercer a posse sobre a área, que delimitava os lotes por eles adquiridos; que os requeridos foram interpelados a respeito e informaram que haviam adquirido também aquela área, e que seus títulos mencionam o rio Cubatão como divisa; que os lotes adquiridos pelos réus possuíam medidas definidas, com absoluta descrição da área; que com a derrubada da cerca divisória e posterior invasão das terras os réus praticaram esbulho possessório, retirando a autora da posse e transferindo o limite dos lotes para as margens do rio Cubatão.

Pugnou a empresa autora pela expedição da liminar de reintegração de posse, além da condenação em custas e honorários advocatícios.

Os requeridos apresentaram contestação, pela qual sustentaram que quando os lotes foram adquiridos a requerente já havia retirado a cerca; que vêm ocupando a referida área desde a compra dos lotes; que as escrituras dos lotes determinam que seus limites são as margens do rio Cubatão; que as cercas não foram por eles derrubadas. Por fim pugnaram pela improcedência do feito, além da condenação da empresa requerente em custas e honorários advocatícios.

Diante disso, promoveu o Togado de primeiro grau o julgamento da lide, pronunciando-se pela procedência da ação, para reintegrar a empresa autora na posse das terras es-

bulhadas pelos requeridos, além de condenar estes últimos ao pagamento das custas e honorários advocatícios em favor da requerente, arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor dado à causa.

Inconformados com o *decisum*, os requeridos interpuseram recurso de apelação objetivando a reforma da sentença proferida pelo Juízo *a quo*, aduzindo preliminarmente que o imóvel objeto da ação não mais pertence à empresa apelada, razão pela qual é carente de legitimidade para pleitear a reintegração de posse. No mérito, reafirmaram os argumentos esposados em sede de contestação; no mais, pleitearam a reforma da sentença, na sua totalidade.

A empresa apelada, por sua vez, apresentou contra-razões, sustentando que a preliminar argüida pelos apelantes deve ser rechaçada, na medida em que se baseou na juntada de um documento sobre a qual se operou a preclusão. No mérito, aduziu que os lotes adquiridos pelos recorrentes possuem farta descrição no contratos anexos à proemial; que a interpretação dos apelantes quanto aos limites de seus lotes é equivocada, sendo que a planta de fl. 59 elucidada a real situação das áreas; que o perito nomeado pelo Juízo *a quo* confirma a versão da empresa requerente. Finalmente pugnou pelo desprovisionamento do recurso e conseqüente manutenção da sentença exarada.

II — Voto

Na decisão, objeto do presente recurso, proferida em ação de reintegração de posse, o Juiz *primo gradu* julgou procedentes os pedidos formulados pela empresa requerente por

entender que os requeridos praticaram esbulho na área pertencente a ela, detentora do título de domínio.

Preambularmente, analisando a pretensão dos apelantes, no que concerne à ilegitimidade ativa da empresa, verifica-se que não está a merecer guarida, na medida em que à época da propositura da ação a requerente possuía legitimidade e interesse no deslinde da *quaestio*.

Ademais, cumpre registrar que a referida alienação a terceiro constitui fato superveniente à propositura da demanda, mas que não possui o condão de macular a legitimidade da empresa autora, a menos que fosse proposto pelos requeridos um incidente de substituição processual, o que não é o caso dos autos. Desse modo, resta rechaçada a preliminar supracitada.

No que concerne às questões de mérito, infere-se que a empresa requerente era proprietária de uma área que fora dividida em duas faixas de terra: a primeira delas foi dividida em 19 lotes perfeitamente individualizados, com metragem especificada, e que posteriormente foram alienados para os apelantes; já a segunda faixa de terra, existente entre o loteamento e a margem do rio, teve sua posse exercida pela empresa autora, por meio dos serviços de capatazia e pastoreio de gado.

Cumpre registrar que a presente *quaestio* versa sobre a posse da segunda faixa de terra, que atualmente está sendo ocupada pelos adquirentes dos lotes, sob o argumento de que estes últimos teriam sua área estendida até a margem do rio.

In casu, não há pôr em dúvida que a alegação dos apelantes nesse

particular é descabida, uma vez que é possível deduzir das provas colacionadas aos autos que os lotes foram adquiridos por intermédio da venda *ad mensuram*, ou seja, as áreas dos imóveis vendidos foram perfeitamente determinadas, estipulando-se o preço por medida de extensão.

A respeito da matéria, é válido o ensinamento de Maria Helena Diniz:

“A venda *ad mensuram* é aquela em que se determina a área do imóvel vendido, estipulando-se preço por medida de extensão. O adquirente poderá exigir o complemento da área, reclamar a rescisão do negócio ou o abatimento no preço, se faltar correspondência entre a área efetivamente encontrada e as dimensões dadas.

“Venda *ad corpus* – Na venda *ad corpus* o vendedor aliena parte do imóvel como corpo certo e determinado; logo, o comprador não poderá exigir o implemento da área, pois o adquiriu pelo conjunto e não em atenção à área declarada, que assume caráter meramente enunciativo” (Código Civil Anotado, Ed. Saraiva, 1995, pág. 724).

Ainda, a lição do mestre Carvalho Santos:

“Como é sabido, na venda de imóveis, cuja extensão ou quantidade foi determinada, duas hipóteses podem ocorrer: ou a venda se faz *ad mensuram* ou *ad corpus*.

“Na primeira hipótese, o preço é determinado tendo por base cada unidade ou medida, como quando o vendedor diz: vendo cem alqueires de terra à razão de duzentos cruzeiros o alqueire, ou tantos metros quadrados à razão de cem cruzeiros o metro quadrado.

“Na segunda hipótese, um preço único é estipulado para a totalidade da coisa, como quando o vendedor diz: vendo duzentos alqueires de terra por vinte mil cruzeiros, ou quinhentos metros quadrados por doze mil cruzeiros.

“Mas, nem sempre a determinação de um preço global para uma determinada área importa em ser a venda *ad corpus*, pois o próprio Código considera a venda como feita *ad mensuram* quando se determinar a respectiva área.

“Quer dizer: tanto pode ser *ad corpus* a venda de trinta alqueires de terras, como pode ser *ad mensuram*. Tudo depende da intenção das partes. Se no contrato não houver elementos para apurar qual foi essa intenção, entende-se que a venda foi feita *ad mensuram*, pois contra o vendedor deve ser interpretado o contrato, consoante o ensinamento da melhor doutrina” (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. XVI, 8ª ed., 1958, pág. 154).

Nesse sentido, adequadamente ilustrou o douto Magistrado *a quo*, ao asseverar que “resta por demais claro e indubitado que, com a perfeita discriminação de cada um dos lotes indicando, não só a área superficial, como também a extensão de cada linha formadora de seu perímetro, não se operou mera venda *ad corpus*, mas sim típica venda *ad mensuram*, ou seja, por medida certa e determinada” (fl. 302).

Demais disso, verifica-se que o loteamento foi registrado no ano de 1982, seguindo os ditames da Lei de Registros Públicos, que notadamente impõe a identificação e especificação

detalhada dos imóveis a serem registrados, senão vejamos:

“Os tabeliães, escrivães e juízes farão com que, nas escrituras e nos autos judiciais, as partes indiquem, com precisão, os característicos, as confrontações e as localizações dos imóveis, mencionando os nomes dos confrontantes e, ainda, quando se tratar de um só terreno, se esse fica do lado par ou do lado ímpar do logradouro, em que quadra e a que distância métrica da edificação ou da esquina mais próxima, exigindo dos interessados certidão do registro imobiliário” (art. 225, *caput*, da Lei n. 6.015/73).

A exegese do dispositivo supracitado mostra-se hábil a corroborar o entendimento de que a alienação dos lotes feita aos apelantes revestiu-se da forma *ad mensuram*, sendo que cada adquirente recebeu exatamente a área a que tinha direito, que certamente não compreende a faixa de terra às margens do rio Cubatão. As provas carreadas aos autos autorizam a conclusão de que a referida área era ocupada pela empresa apelada, sobre a qual exercia atos de posse, tais como serviços de capatazia e pastoreio de gado.

Não obstante, resta comprovado que os apelantes agiram de má-fé ao ocupar a faixa de terra às margens do rio Cubatão, sob o argumento de que os títulos de domínio dos imóveis permitiriam a ampliação da extensão da profundidade dos lotes adquiridos. Indubitavelmente, tal entendimento não pode ser aceito, como já determinado pelo ilustre Magistrado sentenciante.

Retira-se da decisão objurgada, *ipsis litteris*: “...não lhes seria defe-

rido o direito de ampliar a extensão da profundidade de seus lotes que, desta forma, terão suas respectivas áreas indevidamente ampliadas, sob o esdrúxulo e descabido pretexto de virem a alcançar a margem do Rio Cubatão, pois a seu ver, constituiria o mencionado Rio o limite de suas propriedades, o que não tem cabimento e tipifica, na realidade, afrontosa 'grilagem' de terras alheias mormente quando, fazendo-se presente ao local, pode constatar o perito judicial, em contato mantido com a própria companhia do requerido Antônio Francisco Borges que, todos os requeridos, para alcançar seu desiderato, qual seja, o de fazer a linha de fundos dos seus imóveis alcançarem o Rio Cubatão, cujo leito natural foi alterado, não hesitaram em proceder a remoção da cerca edificada pela autora, como linha divisória entre os limites de sua posse e a propriedade dos requeridos que, desta forma, segundo também consignado pelo *expert* no laudo pericial de fls. 224/225 fez com que, como presumível, viessem todos os lotes a ter sua área superficial ampliada" (fl. 303).

Diante desse quadro, é de ajustar-se que o esbulho possessório restou caracterizado sobre a área em litígio, na medida em que os apelantes, estribados na descabida interpretação dos títulos de domínio de seus lotes, adonaram-se da faixa de terra cuja posse era exercida pela empresa apelada.

Cumpra registrar ainda que nas ações reintegratórias de posse o domínio adquire caráter secundário, muito embora o julgamento contrário a quem não possua o domínio de forma evidente seja vedado. Esta é a ilação extraída do Código Civil, *in verbis*:

"Não obsta a manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio ou de outro direito sobre a coisa. Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio" (art. 505).

De fato, como anteriormente mencionado, tutela-se nessas ações a proteção jurídica da posse. A respeito da matéria, vale a lição do jurista Orlando Gomes:

"A alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa, não obsta à manutenção, ou reintegração da posse. Esta regra significa que o dono da coisa não pode, sob o fundamento de que esta lhe pertence, embaraçar o exercício da posse de outrem, seja qual for a sua qualidade, nem aposar-se, por conta própria, de bem que outrem está possuindo".

No caso vertente, é possível invocar ainda o magistério de Washington de Barros Monteiro, a respeito da exegese do art. 505 do Código Civil, escreve:

"Trata-se de norma universalmente aceita, legada pelo direito romano, cujo pensamento se exprimia através da máxima de Ulpiano: *separata essa debet possessio a proprietati*. Realmente, a posse deve ser protegida por si mesma, independentemente da propriedade. O possessório e o petitório não se misturam".

E prossegue:

"Conseqüentemente, se de natureza possessória o pleito judicial, cumpre apenas indagar quem é possuidor, para a este outorgar-se a proteção possessória. Se o pleito comportasse outras indagações, para se questionar, por exemplo, quem tem o

domínio da coisa litigiosa, ter-se-ia transformado o juízo possessório em petitório, suprimindo-se assim a específica proteção da posse. Por outro lado, metamorfosear-se-ia esta em verdadeira sucursal da propriedade” (*in* Curso, Direito das Coisas, 13ª ed., pág. 63).

Diante do exposto, é certo que a sentença monocrática mostra-se irretocável, visto que se coaduna com os ditames da legislação substantiva civil, além de corretamente analisar o elenco probatório constante nos autos.

Por conseguinte, mostra-se indubitável que a empresa apelada deve ser reintegrada na posse da área esbulhada pelos apelantes. Ademais, deve ser mantida a condenação em

custas e honorários advocatícios arbitrada pelo Juízo *primo gradu*.

Destarte, o recurso merece ser conhecido e provido.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, à unanimidade, conheceram do recurso para negar-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 10 de setembro de 2002.

Carlos Prudêncio,
Presidente, com voto;
José Volpato de Souza,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.010348-0, DE JOINVILLE

Relator: Des. José Volpato de Souza

Apelação cível — Seguro — Perda total do veículo — Prescrição ânua — Inteligência do art. 178, § 6º, II, do CC — Aplicação restrita aos casos de negativa de cobertura pela seguradora — Prescrição vintenária — Pagamento da indenização pelo preço de mercado — Transação — Quitação oferecida que não importa na renúncia à diferença — Sentença anulada — Lei n. 10.352/01 (art. 515, § 3º, do CPC — Recurso provido.

Ocorrendo a transação entre a seguradora e o segurado, não há falar em prescrição ânua prevista no Código Civil (art. 178, § 6º, inciso II). Nesses casos a prescrição passa a ser vintenária (Ap. Cív. n. 2002.004117-3 – Rel. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta).

Com o advento da Lei n. 10.352/01, a qual acresceu o § 3º ao art. 515 do Código de Processo Civil, nos casos de ter o togado de primeiro grau extinto o processo sem julgamento de mérito, e estando este em condições de julgamento, tornou-se viável ao Tribunal de Justiça decidir a lide.

“A quitação passada ao devedor, mediante recibo, não preclue o direito de o credor postular o aperfeiçoamento da prestação se verificar que ela não é completa ou satisfatória. Caso em que, à luz da prova, houve quitação parcial, em recibo de adesão elaborada pela seguradora.

“O pagamento do prêmio, cujo valor correspondia ao valor segurado, exige que a seguradora, que foi contraprestacionada, preste a obrigação quantitativamente assumida” (Des. Orli Rodrigues, na Apelação Cível n. 98.004844-3, de Chapecó).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.010348-0, da comarca de Joinville (1ª Vara), em que é apelante Rodrigo de Oliveira Lobo Neto, sendo apelada AGF Brasil Seguros S.A.:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso para afastar a preliminar de prescrição, e condenar a seguradora nos termos da inicial.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Rodrigo de Oliveira Lobo Neto apelou da sentença prolatada nos autos de ação de complementação de indenização de seguro, proposta contra AGF Brasil Seguros S.A., que julgou extinta a ação, pelo reconhecimento da prescrição da ação em desfavor do autor e, de ofício, reconheceu a ilegitimidade ativa *ad causam*, estribada nos artigos 267, VI, e § 3º, e 269, IV, ambos da Lei Adjética Civil.

Alegou o apelante, em síntese, a não ocorrência da prescrição, porquanto deve o prazo ânua previsto no artigo 178 do Código Civil, ser considerado a partir da data em que a Susep manifestou seu parecer final, ou seja,

em 2/10/95, concluindo que, para solucionar a pendência, deveriam as partes valer-se das vias judiciais. Por ter sido a ação ingressada em 26/9/95, não extrapolou o prazo de um ano.

Da mesma forma insurgiu-se quanto à ilegitimidade ativa, sustentando que não poderia ter proposto a ação de forma diferente, uma vez que fora o apelante pessoa física que contratara o seguro e não a pessoa jurídica nem a arrendante. Aduzindo deter o legítimo interesse no recebimento da diferença da indenização, requereu a anulação da sentença, determinando-se que o processo retome seu curso com o julgamento de mérito.

Em contra-razões, a apelada defendeu a ocorrência tanto da prescrição, como da ilegitimidade ativa *ad causam*, pleiteando seja mantida a sentença combatida.

Subiram os autos a este Tribunal.

II — Voto

Trata-se de apelação cível interposta com o intuito de ver reformada a decisão de primeiro grau, que acolheu a preliminar de prescrição suscitada pela ré apelada.

A sentença ora atacada extinguiu o processo considerando a preli-

minar de prescrição, devendo portanto ser anulada para que outra seja proferida, com apreciação da carência de ação e do mérito.

Da preliminar:

Analisando-se os autos, verifica-se que no dia 13/5/94 foi paga a indenização pelo sinistro ocorrido, ocasião em que o autor consignou sua irresignação, reservando-se o direito de pleitear o saldo remanescente, cuja reclamação administrativa foi efetuada em 16/5/94, tendo na data de 9/6/94 a apelada cientificado o autor da negativa em dar atendimento ao pleito.

Não se conformando com a decisão, o apelante formulou reclamação à Susep, que no dia 2/10/95 comunicou que o reclamante deveria valer-se das vias judiciais. Diante desse fato, em 26/9/96 foi ajuizada a presente ação, postulando o ressarcimento dos prejuízos que experimentou pela demora da seguradora em satisfazer o sinistro.

Postula o pagamento da diferença entre o valor da apólice e o valor indenizado, diferença esta de 3.668.947,8804 IDTR, corrigida a partir da data do pagamento da indenização incompleta, ou seja, 13/5/94, e corrigida até a data do efetivo pagamento da complementação ora pleiteada, acrescida de juros, honorários, custas judiciais e demais despesas inerentes.

O valor indenizado importa no reconhecimento do direito à indenização pela perda de seu veículo. E em se tratando de indenização, pagamento feito a menos, segue o estatuído no art. 177, e não no art. 178, § 6º,

II, do CC, não alterando a obrigação de indenizar o dano.

Ocorre que, de acordo com o consignado acima a respeito da verdadeira essência do pedido inaugural, não pode ele ser conhecido e apreciado como resolutória de contrato, mas sim de indenização pelo descumprimento de uma obrigação; assim, estamos diante da hipótese de ação de direito pessoal, cuja prescrição é vintenária.

Ações pessoais, na esteira do ensinamento do mestre Washington de Barros Monteiro, *in* Curso de Direito Civil (vol. 1, pág. 305, 22ª edição, Ed. Saraiva), são as que tendem a exigir o cumprimento de uma obrigação. Fixou o Código em vinte anos a respectiva prescrição, sendo *dies a quo* aquele em que, desde então, poderiam ser propostas; é princípio da *actio nata*, adotado pelo nosso Código. Ainda: “Ocorrendo a transação entre seguradora e segurado, a prescrição passa a ser vintenária e não mais securitária” (Ap. Cív. n. 2002.004117-3, rela. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta).

“Assim, não há falar em prescrição, nos termos do art. 178 do CC, se, após o aviso do sinistro, não houver a efetiva recusa da seguradora ao pagamento da indenização.

“É simples: Se não houve negativa à cobertura, não incide a regra do art. 178, § 6º, II, do CC.

“De qualquer forma há, ainda, que se admitir, como incidente — na hipótese de cobertura do sinistro — o Código de Defesa do Consumidor, art. 27, que prevê prescrição quinquenal”.

“Seguro. Furto de veículo. Hipótese de perda total. Pagamento da indenização pela cotação de mercado do

veículo. Transação. Quitação oferecida que não importa em renúncia do direito à diferença, considerado o valor da apólice. Prescrição ânua. Inteligência do art. 178, § 6º, II, do CC. Aplicação restrita aos casos de negativa de cobertura pela seguradora. Indenização a menos. Reconhecimento de direito. Cobrança da diferença. Incidência da regra geral, do art. 177 do Código Civil. Prescrição vintenária. Reforma da sentença e procedência da ação nesta instância. Recurso provido” (Ap. Cív. n. 2002.004117-3, rela. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta).

Por tais razões, decidiu a Câmara reformar a sentença recorrida para rejeitar a preliminar de prescrição suscitada pela ré apelada.

Da carência de ação:

No caso dos autos não há falar em carência de ação, como alega a apelante, eis que a prova documental é suficiente para autorizar o deslinde da questão; além do mais detém legitimidade aquele que firmou o contrato e pagou os prêmios pactuados, sendo o apelante (pessoa física) quem contratara o seguro e não a pessoa jurídica Rodrigo Lobo Incorporações e Empreendimentos Ltda., ou ainda a empresa arrendadora do automóvel.

Não tem aplicação para o caso vertente o art. 1.463, parágrafo único, do Código Civil.

Ou seja:

“Art. 1.463. O direito à indenização pode ser transmitido a terceiro como acessório da propriedade, ou de direito real sobre a coisa segura.

“Parágrafo único. Opera-se essa transmissão de pleno direito quanto à coisa hipotecada, ou penhorada, e,

fora desses casos, quando a apólice o não vedar”.

Dessa forma, não se pode negar que existe uma relação obrigacional entre a apelante e o apelado.

Do mérito:

Com o advento da Lei n. 10.352/01, a qual acresceu o parágrafo 3º ao art. 515 do Código de Processo Civil, no caso de ter o togado de primeiro grau extinto o processo sem julgamento de mérito, e estando este em condições de julgamento, tornou-se viável ao Tribunal de Justiça decidir a lide.

Afastada a preliminar de prescrição, resta verificar a procedência ou não do pedido.

Em abreviada síntese, o que postula o autor é a diferença de seguro, cujo pagamento foi realizado em parte com base no acordo extrajudicial. Percebe-se que o autor recebeu a importância de CR\$ 99.500.000,00 (noventa e nove milhões e quinhentos mil cruzeiros reais), correspondente a 15.208.474,7221 IDTR, não concordando, tendo oposto ao recibo, resguardando seu direito de obter a integralidade da indenização. Entendo que no caso dos autos deve prevalecer o valor segurado e contido na cláusula contratual, qual seja, a importância de CR\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de cruzeiros reais) à época, ocasião da contratação com o valor do índice da IDTR, ou seja, 18.877.422,6025 IDTR.

Já decidi a Primeira Câmara Civil que:

“A seguradora sabe que os pretórios vêm decidindo, de forma reiterada, pela necessidade de indenização pelo valor constante da apólice. De

qualquer forma, a diferença paga difere do *quantum* contratado. É sabido que o segurado é a parte economicamente mais fraca da avença, não se lhe podendo exigir que recusasse o valor oferecido pela seguradora logo após a perda do carro. Porém, nada mais justo do que analisar as relações entre seguradora e segurados perante o Código de Defesa do Consumidor, ainda mais em razão das desigualdades econômicas existentes entre fabricantes, produtores, importadores, fornecedores e os consumidores. A Lei n. 8.078/90 existe para contrabalançar a posição do mais fraco, coibindo e limitando as ações lesivas, regulando as relações nos planos extracontratual e contratual” (Ap. Cív. n. 2000.010773-5, de Lages, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Ainda, passo a transcrever acórdão de minha lavra de n. 99.017947-8 — Primeira Câmara Civil:

“Dessa forma, a interposição da demanda com o intuito de receber a complementação do valor que entende ser devido é totalmente válida. Não é possível que um termo de transação sobreponha-se aos interesses contratuais de forma igualitária, conferindo a uma das partes encargos menores do que à outra.

“Destarte, ainda que o recibo tenha cogitado de quitação plena e integral, por parte do autor, do valor recebido por ocasião da comunicação do infortúnio, trata-se *in casu* de proteção do consumidor que assina contrato padrão, tipicamente de adesão, e com ofensa às regras elementares do direito civil. O Judiciário pode e deve declarar nulas as cláusulas abusivas que atentem contra o bom senso das relações contratuais.

“Ademais, o seguro é realmente um contrato de indenização, como sustenta o recorrente, e por isso deve ser ela a mais completa possível para o segurado, ressarcindo todos os prejuízos. Tal entendimento, além de expressamente previsto nos arts. 1.458 e 1.462 do Código Civil, é igualmente corroborado por unanimidade entre os doutrinadores. Dessa forma, dentro do fim último do contrato de seguro, a cobertura, na hipótese de sinistro, deverá propiciar ao segurado a recomposição integral das perdas que sofreu, pois, quando é fixado um valor máximo indenizável na apólice, a seguradora fica sujeita a maior risco, mas igualmente recebe maior prêmio, fatos que se compensam diante do caráter aleatório do contrato em questão.

‘Se referem a bens materiais, suscetíveis de avaliação em dinheiro. Têm um valor que facilita sua substituição por outros da mesma espécie e qualidade, caso venham a ser destruídos pelo evento segurado. Ora, o seguro é a transferência, como foi esclarecido, do risco para o segurador que se obriga a recolocar o segurado na situação em que se encontrava antes da ocorrência, mediante a reposição do bem ou o pagamento do valor correspondente’ (*in* O contrato de seguro, Pedro Alvim, 2ª ed, Forense, 1986, pág. 303).

“Não é lícito que a seguradora, tratando-se de contrato indexado, escuse-se ao pagamento do valor da apólice, pagando valor unilateralmente por ela estimado. Nesse mesmo sentido é a lição de Carvalho Santos, ao ressaltar que ‘a indenização, nos casos de perda total, deve corresponder ao da apólice, pois em tais casos o valor da coisa segurada está previamente

te fixado pelas partes' (*in* CC Brasileiro Interpretado, vol. XIX, 9ª ed., Ed. Freitas Bastos, 1977 pág. 373).

"Neste tom, o eminente Des. Orli Rodrigues, na Apelação Cível n. 98.004844-3, de Chapecó, deixou consignado que:

'A quitação passada ao devedor, mediante recibo, não preclue o direito de o credor postular o aperfeiçoamento da prestação se verificar que ela não é completa ou satisfatória. Caso em que, à luz da prova, houve quitação parcial, em recibo de adesão elaborado pela seguradora'

'O pagamento do prêmio, cujo valor correspondia ao segurado, exige que a seguradora, que foi contraprestacionada, preste a obrigação quantitativamente assumida'.

"Do não-pagamento a tempo e modo, deu causa ao agravamento do dano.

"Consoante orientação do STJ, 'A seguradora é obrigada ao pagamento da indenização dos danos provocados por sinistro contemplado na apólice, nas condições contratadas. Porém, se do descumprimento do contrato pela seguradora surgem danos ao segurado, que por isso fica impossibilitado de retomar suas atividades normais, por esse dano provocado pelo seu inadimplemento responde a seguradora. Deferimento de parcela que, nas instâncias ordinárias, foi definida como sendo lucros cessantes' (REsp n. 285.702/RS, Min., Ruy Rosado de Aguiar).

"Ademais, a pretensão do autor relaciona-se com o inadimplemento da obrigação contratual de pagar a tempo e modo, uma vez que além da diferença de seguro o pagamento foi realiza-

do com base na cotação de mercado e não pelo valor da apólice.

'Seguro. Furto de veículo. Hipótese de perda total. Pagamento da indenização pela cotação de mercado do veículo. Transação. Quitação oferecida que não importa em renúncia do direito à diferença, considerado o valor da apólice. Prescrição anual. Inteligência do art. 278, § 6º, II, do CC. Aplicação restrita aos casos de negativa de cobertura pela seguradora. Indenização a menos. Reconhecimento de direito. Cobrança da diferença. Incidência da regra geral, do art. 177 do Código Civil. Prescrição vintenária. Reforma da sentença e procedência da ação nesta instância. Recurso provido' (Ap. Cív. n. 2002.004117-3 – Rel. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta)".

Nada mais é preciso dizer para acatar a inicial.

Por todo o exposto, reformo a sentença, para afastar a afirmada prescrição e condenar a seguradora ao pagamento da diferença do seguro, que deverá ser corrigida a partir da data do pagamento da indenização incompleta, ou seja, 13/5/94, e corrigida até a data do efetivo pagamento da complementação, acrescida de juros. Condeno, ainda, a ré apelante, na verba honorária, a pagar 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, e nas custas processuais.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara decidiu, por votação unânime, anular a sentença, e com base na Lei n. 10.352/01, § 3º, art. 515, do CPC julgar procedente a ação e condenar a seguradora ao pagamento da

diferença do seguro, acrescida de juros desde a data de 13/5/94, invertidos os ônus da sucumbência.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 1º de outubro de 2002.

Carlos Prudêncio,
Presidente, com voto;
José Volpato de Souza,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.017457-8, DE BLUMENAU

Relator: Des. José Volpato de Souza

Impugnação ao valor da causa — Apelo interposto da decisão que a manteve — Princípio da fungibilidade — Decurso do prazo para agravo — Recurso não conhecido.

A decisão que julga o incidente de impugnação ao valor da causa não comporta o recurso de apelação, diante da sistemática do Código de Processo Civil. Interposto o recurso como apelo, não é possível ser aplicado o princípio da fungibilidade para que ele seja conhecido como agravo, em impugnação ao valor da causa, mormente quando interposto fora do prazo previsto no CPC.

Embargos de terceiro — Nulidade da fiança — Falta de outorga uxória — CPC, art. 235, III — Reforma do decisum que excluiu apenas a meação — Exclusão total do bem — Irrelevância da impenhorabilidade em face da anulação da fiança. Recurso provido.

O marido não pode prestar fiança sem consentimento da mulher, qualquer que seja o regime de bens, sob pena de nulidade, em face da afronta a dispositivo do Código Civil. Restará excluído inteiramente o bem objeto da penhora em face da nulidade da fiança, quando esta for pleiteada em embargos de terceiros pela esposa do fiador que não consentiu com o ato.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.017457-8, da comarca da Blumenau (4ª Vara), em que são apelantes e apelados João Niceto Gorges e sendo e Aides de Oliveira.

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, não conhecer do recurso do impugnante e conhecer dos recursos interpostos em embargos de terceiro, dando provimento ao apelo da embargante e desprovimento ao apelo do embargado.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Tratam os autos de apelos interpostos da sentença que julgou parcialmente procedentes os embargos de terceiro opostos por Aides de Oliveira contra João Niceto Gorges em ação de execução provisória contra seu marido Vanderlei Paulo de Oliveira.

O *decisum* recorrido julgou parcialmente procedente o pedido inicial para excluir da penhora realizada na Ação de Execução n. 00008.00.011530-1 a cota-parte do imóvel correspondente à meação da autora, remanescendo a constrição judicial apenas em 50% do bem. Determinou, ainda, a suspensão dos processos (ação executiva e respectivos embargos do devedor apenas), nos termos do art. 265, inciso IV, letra a, do CPC.

O embargado/apelante requer o provimento do recurso a fim de reformar integralmente a decisão recorrida, e, alternativamente, requer a sua exoneração do pagamento de qualquer verba honorária em favor do patrono da apelada, bem como custas e/ou despesas processuais, alegando não ter dado causa à constrição do imóvel de propriedade da embargante ora apelada.

Em contra-razões, a apelada pugnou pelo desprovisionamento do recurso, com a manutenção parcial do *decisum* recorrido, para ser excluída da penhora, realizada na demanda principal, a cota-parte do imóvel correspondente à meação da autora, ora apelada, com a condenação da apelante nas custas e honorários, revogando-se a assistência judiciária em relação à apelante.

A embargante também apelou da decisão devido a procedência parcial, alegando a necessidade de outorga uxória expressa para a fiança, não podendo ser somente excluída a meação da esposa, mas, sim, o bem em questão, por nulidade do ato, conforme art. 235, III, do Código Civil. Além disso, trata-se do único imóvel da família, sendo impenhorável. Requer, no entanto, seja mantida a decisão parcial quanto à condenação do ora apelado ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

Foram deferidos aos recorrentes os benefícios da assistência judiciária, nos termos da Lei n. 1.060/50.

Os recursos foram recebidos em seu duplo efeito.

O apelado, devidamente intimado, não apresentou contra-razões.

João Niceto Gorges apresentou incidente de impugnação ao valor da causa em desfavor da impugnada Aides de Oliveira, que foi julgado improcedente. Dessa decisão o impugnante interpôs apelo aduzindo que a apelada buscou anular a fiança prestada pelo seu consorte, lançando os embargos de terceiro; porém, o documento de fl. 5, ainda que esteja desatualizado, não poderia ter sido ignorado pelo Juízo *a quo*. Além disso, se fosse atualizado o valor venal desse bem (8.049,7400 UFIR's) de 1996 até a presente data, o produto não alcançaria o valor pretendido de R\$ 42.861,00. Afirma que o montante do crédito perseguido pelo exequente/apelante nos autos da Execução n. 008.00.011530-1 corresponde a R\$ 11.014,99 (...) que deveria ser o valor da causa em discussão. Observou que a impugnada/apelada não im-

pugnou nem contestou o documento de fl. 5 apresentado pelo impugnante/recorrente.

Requeru a reforma da sentença prolatada nos autos do incidente de impugnação ao valor da causa, para fixar em R\$ 11.014,99 (onze mil, quatorze reais, noventa e nove centavos) o valor da causa nos Embargos de Terceiro n. 008.00.01444287-2.

Requeru a produção de provas e invocou o princípio da fungibilidade para que o recurso seja recebido e processado.

A impugnada/apelada apresentou contra-razões alegando que o imóvel penhorado é o único bem da apelada onde mora com sua família e três filhos menores, não podendo ser dado pelo apelante a avaliação sem os devidos critérios, uma vez que não trouxe qualquer documento a ser apreciado, devendo ser mantido o valor da causa fixado na sentença. Alega que o recurso visa a livrar o impugnante do ônus da sucumbência.

II — Voto

Cabe analisar, primeiramente, o recurso interposto contra a decisão que julgou improcedente a impugnação ao valor da causa em apenso.

Dispõe o art. 261 do CPC que “o réu poderá impugnar, no prazo da contestação, o valor atribuído à causa pelo autor. A impugnação será autuada em apenso, ouvindo-se o autor no prazo de cinco dias. Em seguida o juiz, sem suspender o processo, servindo-se, quando necessário, do auxílio de perito, determinará, no prazo de dez dias, o valor da causa”.

Em nota 8 ao artigo *supra*, consta que “é agravável de instrumen-

to a decisão que fixa o valor da causa” (RTFR 115/197; RT 516/62).

Dispõe a jurisprudência predominante deste Tribunal que o recurso cabível contra decisão proferida em impugnação ao valor da causa é o agravo de instrumento. Não é possível a aplicação do princípio da fungibilidade invocada, neste caso, em que o recurso, interposto como apelo, não se trata apenas de denominação diversa, porque foi também interposto fora prazo do recurso cabível — agravo de instrumento — que é de dez dias, conforme o disposto no art. 522 do CPC, não podendo ser conhecido, por intempestivo.

Nesse sentido é a jurisprudência predominante deste Tribunal: “Conforme preceitua o princípio da adequação recursal, há um recurso próprio para cada espécie de decisão. Porém, em virtude da celeridade e economia processual, poderá ser utilizado o princípio da fungibilidade, desde que não constitua erro grosseiro”(Apelação Cível n. 99.000678-6, de Tubarão, relator Des. Ruy Pedro Schneider. E ainda:

“Fungibilidade dos recursos — Interposta apelação de sentença proferida em exceção de incompetência, *no prazo do agravo de instrumento*, ante dúvidas sobre o recurso apropriado, não há como dizer que tenha havido erro grosseiro, sendo correto aplicar-se o princípio da fungibilidade dos recursos” (STJ — REsp n. 8.434/CE — 3ª T. — rel. Min. Dias Trindade — DJU 29/4/1991).

Resulta irrefutável assim o não conhecimento do recurso, uma vez que interposto intempestivamente. Segundo a jurisprudência: “O princípio da fungibilidade recursal não serve à suplementa-

ção da atuação da parte (STF)” (Ap. Cív. n. 96.010446-1, de Tijucas, rel. Des. Eder Graf).

Concluindo, com relação ao mérito, não socorre melhor sorte ao embargado, ora apelante e apelado.

Embora a exceção do art. 82 da Lei n. 8.245/91, que modificou a redação do art. 3º da Lei n. 8.009/90, seja aplicável à obrigação derivada de fiança quanto à exclusão da impenhorabilidade do bem de família, tornando-a inoponível ao locador, ficou devidamente comprovada a ausência da outorga da esposa na referida fiança prestada pelo marido, resultando em sua anulabilidade.

Dispõe o art. 235 e item III do CPC que: “o marido não pode, sem consentimento da mulher, qualquer que seja o regime de bens, prestar fiança (art. 178, § 9º, n. I, b)”.

Sendo assim, além de se tratar de bem imóvel indivisível e única casa e moradia do casal, não há excluir apenas a meação, pois, nesse caso, torna-se anulada e inexistente a fiança, sendo inclusive irrelevante a discussão sobre sua impenhorabilidade como bem de família.

Nesse sentido tem entendido a jurisprudência predominante, que diverge apenas quanto à questão da nulidade ser absoluta ou relativa:

“Fiança — Falta de outorga uxória — Nulidade que alcança, inclusive, a meação marital — Precedentes da corte — I — A fiança prestada sem outorga uxória é nula de pleno direito, alcançando todo o ato, inclusive a meação marital. II — O art. 263, X, do Código Civil, que também fundamentou a decisão recorrida, ao excluir da comunhão a fi-

ança prestada pelo marido, não contradiz a norma do art. 235, III, do mesmo Código, cuja interpretação, conjugada com o disposto no art. 239, leva à seguinte conclusão: o marido está proibido de prestar fiança, sem o consentimento da mulher; se o fizer, a mulher pode pleitear a anulação do ato, ainda na constância da sociedade conjugal, com ineficácia total do ato; se a anulação é requerida depois de extinta a sociedade, só a meação da mulher fica protegida. III — Precedentes da Corte. IV — Recurso especial conhecido e provido” (STJ — REsp n. 113.317/MS — 3ª T. — rel. Min. Waldemar Zveiter — DJU 26/4/1999 — pág. 89).

“Embargos à execução — Contrato de locação — Fiança — Outorga uxória (falta) — Nulidade — É nulo o contrato de locação assinado por um só cônjuge se são casados pelo regime de comunhão de bens. Impossibilidade da execução contra a meação, se o contrato é nulo por afronta aos arts. 235, III, ou 242, I, do Código Civil” (2º TACívSP — Ap. c/Rev. n. 232.248-0 — 3ª C. — rel. Juiz Ferreira de Carvalho — j. 18/4/1989) (RJ 144/69).

“Fiança — Ausência de outorga uxória. Regime de separação de bens. Conhecimento pelo credor do estado de casado do fiador, assumindo o risco decorrente. Nulidade absoluta da garantia. Impossibilidade de constrição apenas sobre os bens pessoais do cônjuge que afiançou” (2º TACívSP — Ap. com Rev. n. 419.616-00/7 — 11ª C. — rel. Juiz Felipe Pugliesi — j. 30/3/1995) (RT 722/203).

Fiança — Outorga uxória — Ausência — Nulidade da garantia — Aplicação do artigo 235, III, do Código Civil — A fiança dada pelo marido sem a

anuência da mulher é absolutamente nula (e não simplesmente anulável), por infração a preceito de natureza cogente (ou seja, de observância obrigatória ou imperativa) contido no artigo 235, III, do Código Civil, c/c o seu artigo 145, IV” (2º TACívSP — Ap. c/ Rev. n. 454.332 — 3ª C. — rel. Juiz Milton Sanseverino — j. 21/5/1996).

Fiança — Outorga uxória. Ausência. Nulidade da garantia. Aplicação do art. 242, I, c/c art. 235, III, do CC. Interpretação do item I do art. 5º c/c o § 5º do art. 226, ambos da CF. Exegese da igualdade entre homem e mulher. A nulidade da fiança por ausência de outorga é absoluta e não convalida, conforme demonstra o disposto nos arts. 235, III, e 242, I, do CC, descabendo incluir-se meação de pessoa que sequer foi parte do contrato de fiança e que, por isso, dispensa do ônus de provar” (2º TACívSP — Ap. c/Rev. n. 306.986-0-00 — 6ª C. — rel. Juiz Lagrasta Neto — j. 5/2/1992) (JTACSP 135/357).

No mesmo sentido vem decidindo a nossa jurisprudência, segundo a qual: “A fiança prestada sem outorga uxória é apenas anulável, mas o vício só pode ser argüido pela mulher ou seus herdeiros” (Apelação Cível n. 44.188, de Blumenau — rel. Des. Amaral e Silva).

E ainda:

“Ação declaratória de inexistência de fiança c/c pedido de indenização por danos material e moral — Fiança prestada pelo marido sem anuência da mulher — Infração ao artigo 235, inciso III, do Código Civil — Nulidade de pleno direito — (...) ‘A fiança prestada pelo marido sem o consentimento expresso da mulher é nula in-

tegralmente’ (JC — 1972/310)” (in Apelação Cível n. 99.010089-8, de Xanxerê. Rel. originário Des. Carlos Prudêncio. Rel. designado Des. Orli Rodrigues).

Extrai-se, ainda, do corpo do v. acórdão supracitado:

“É fato incontroverso e comprovado nos autos que o cônjuge varão, embora casado, prestou fiança sem consentimento de sua mulher. Em assim sendo, é a fiança prestada nula de pleno direito, em conformidade com o disposto no item III do art. 235 da Lei Substantiva Civil, e entendimento majoritário da doutrina, conforme referido por Washington de Barros Monteiro — Curso de Direito Civil Direito das Obrigações, 2ª parte, ed. 1977, pág. 359 — e Eduardo Espíndola — in Contratos Nominados, pág. 405”.

Comprovada a nulidade da fiança pleiteada pela esposa, devem ser conhecidos os recursos interpostos em Embargos de Terceiros, dando-se provimento ao recurso da embargante e desprovimento ao recurso do embargado, para que seja reformado o *decisum a quo* com a exclusão total do bem objeto da penhora. Há que ser mantida a condenação ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, à unanimidade, conhecer dos apelos interpostos nos Embargos de Terceiros, dando provimento ao apelo da embargante e desprovimento ao apelo do embargado.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 24 de setembro de 2002.

Carlos Prudêncio,
Presidente, com voto,
José Volpato de Souza,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.006603-1, DA CAPITAL

Relator: Des. Monteiro Rocha

Ação mandamental — Impetração contra ato da Secretária Municipal de Educação — Negativa de matrícula — Intervenção de município na relação processual — Ordem impetrada com base no Estatuto da Criança e do Adolescente — Competência das Câmaras Cíveis fixada em obediência à supremacia do direito social sobre o direito público — Direito básico à educação — Direito social privilegiado pelo legislador — Ato ilegal — Ordem concedida em primeiro grau — Reexame necessário — Art. 12, parágrafo único, da Lei do Mandado de Segurança — Sentença mantida — Remessa conhecida — Recurso voluntário desprovido.

Conforme entendimento das Câmaras Cíveis Reunidas deste Tribunal, são competentes para julgarem processos envolvendo direitos da criança e do adolescente, regidos pelo ECA, as Primeira e Segunda Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado, mesmo que no feito exista intervenção de Município.

A criança e o adolescente são destinatários de proteção integral, conforme nossa Constituição Federal de 1988, que alberga a tese de que os direitos sociais têm supremacia sobre os direitos públicos.

O ato de autoridade ilegal e abusivo contrário às disposições da Constituição Federal (arts. 6º, 205; 208, IV, § 2º, e 227), do Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 4º, 53, V, e 54, IV, § 2º) e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/96, art. 4º, IV) é passível de correção pela via restrita do writ of mandamus.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.006603-1, da comarca da Capi-

tal, em que é apelante o município de Florianópolis, sendo apelado o representante do Ministério Público:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e da remessa para negar-lhes provimento.

Sem custas.

I — Relatório

O Ministério Público impetrou, no Juízo da Infância e Juventude da comarca da Capital, mandado de segurança contra ato tido como abusivo e ilegal da Ilma. Sra. Secretária Municipal de Educação de Florianópolis, consistente em negar, ao menor A. F. dos S., matrícula na Creche Irmão Celso, sob o argumento de que não havia vagas, razão pela qual requereu, liminarmente, que a autoridade coatora seja determinada a efetivar a matrícula do referido menor, concessão que pediu seja tornada definitiva quando do julgamento do mérito.

Concedida a liminar pleiteada e notificada a autoridade apontada como coatora, prestou ela suas informações argüindo, em preliminar, a incompetência do Juízo da Infância e Juventude, apontando como foro competente, com fulcro no art. 99, I, e, do Código de Divisão e Organização Judiciárias, a Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho.

Quanto ao mérito, disse ausente o direito líquido e certo, uma vez que o espaço físico e o planejamento educacional elaborado não comportam o aumento indiscriminado de matrículas. Argumentou que a norma constante da Constituição Federal é regra de conteúdo programático e de difícil cumprimento pelo governo municipal, sendo legal a recusa da matrícula, especificamente na creche em comento, porquanto nela existe excesso de crianças em sala de

aula, superando o limite legal de 15 alunos por turma. Alegou que se o Município tem a obrigação de conceder a vaga à criança, ela deverá ser ofertada onde existe tal vaga e não, necessariamente, onde quer o Ministério Público, e que, neste ano, a profusão de liminares concedidas pela Vara da Infância e da Juventude, determinando matrículas em unidades específicas e as requisições de vagas em escolas públicas municipais feitas pelo Ministério Público Estadual têm inviabilizado qualquer planejamento municipal na área da educação e posto em risco o programa didático pedagógico do Município, razões pelas quais requereu a denegação da ordem.

Impugnada a peça de defesa, na qual o membro do *Parquet* reiterou o pedido de concessão da ordem, o MM. Juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude julgou a lide, inacostando a preliminar de incompetência do juízo e, no mérito, concedendo a ordem.

Inconformado com a solução dada pelo MM. Juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude da comarca da Capital, o município de Florianópolis, como terceiro interessado, interpôs, em tempo e modo devidos, recurso de apelação, argumentando que este egrégio Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento n. 2001.006570-3, relatado pelo Des. Luiz César Medeiros, julgou extinta ação idêntica a esta por ausência de direito líquido e certo, o que entende deva acontecer, também, com este processo.

Contra-arrazado o recurso, que ascendeu a este Sodalício também por força do reexame necessário, foram os autos enviados à douta Pro-

curadoria-Geral de Justiça que, em parecer lavrado pelo Dr. Jobél Braga de Araújo, opinou pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

É o relatório.

II — Voto

Conhece-se da remessa necessária, em decorrência da previsão legal prevista no art. 12, parágrafo único, da Lei do Mandado de Segurança, não atingida pela novel alteração ao Código de Processo Civil no que tange às causas sujeitas ao recurso de ofício.

Conhece-se, igualmente, do recurso voluntário, porque interposto em tempo e modo adequados, por quem possui interesse na causa e foi atingido, evidentemente, pela decisão guerreada.

No tocante à preliminar de incompetência, o Magistrado processante agiu corretamente, porquanto o exame da presente lide compete, realmente, ao Juízo da Vara da Infância e Juventude e não à Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho.

Com efeito, a competência, na hipótese, é regida por norma processual especial, a saber, o art. 148, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo o qual “a Justiça da Infância e da Juventude é competente para: conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209”.

Sendo assim, o Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado, cuja aplicação ao caso foi cogitada pela autoridade coatora, é

hierarquicamente subordinado àquele digesto, não podendo sobrepô-lo, firmando norma de competência contrária aos ditames da lei ordinária federal. Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) é posterior ao CDOJESC (Lei n. 5.624/79) e deve ser interpretado teleologicamente.

Por outro lado, sensível a supremacia do Direito Social — que é o direito da criança e do adolescente — sobre o direito público, porquanto este existe para a realização daquele e não o inverso. Além disso, garantir a educação ao infante é preservar-lhe a dignidade, que é fundamento do nosso estado democrático de direito.

Portanto, o art. 227 da Constituição Federal, que encerra um princípio geral, alcunhado em nosso direito como a doutrina da proteção integral, tem prevalência e determina a aplicação imediata da regra programática inserta no art. 205 da *Lex Mater*, que não pode deixar de ser cumprida sob a frágil alegação de que faltam recursos para tanto.

Ainda que figurando como terceiro interessado no processo, ente público municipal, a competência é desta colenda Câmara quando envolver o feito assunto regulamentado no Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme definido em conjunto pelas Câmaras Cíveis deste Tribunal, *in verbis*:

“As Primeira e Segunda Câmaras Cíveis, competentes em matéria de Direito Civil, julgarão os recursos de ações envolveres de: Estatuto da Criança e do Adolescente” (inciso I, número 9).

Mantém-se a sentença, nesse aspecto, porquanto a competência *ra-*

tionae materiae é do Juizado da Infância e da Juventude.

Quanto ao mérito, igualmente deve ser mantida a sentença apelada e sujeita ao duplo grau de jurisdição.

O assunto em baila tem grande relevância à sociedade e, principalmente, ao direito da criança e do adolescente, cujo maior escopo é proteger os menores, possibilitando-lhes uma vida digna e acompanhada da assistência educacional necessária a uma boa formação social.

Não se desconhece as mazelas que afetam o Poder Público e os mencionados problemas de repasse de verbas nas informações prestadas pela autoridade coatora. Entretanto, tal alegação não tem força suficiente para negar educação aos menores, por ser direito fundamental.

A propósito disso, o Magistrado *a quo* raciocinou, acertadamente, ao citar lição doutrinária, segundo a qual “a tradicional desculpa de ‘falta de verba’ para a criação e manutenção de serviços não poderá mais ser invocada com muita facilidade quando se tratar de atividade ligada, de alguma forma, a crianças e adolescentes” (Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, coordenação de Munir Cury, Antônio Fernando do Amaral e Silva e Emílio Garcia Mendez, 3ª edição, Malheiros, São Paulo, 2000, pág. 28) (fl. 48).

Portanto, vê-se que a sentença em reexame deve ser mantida por seus jurídicos e próprios fundamentos, eis que contrabalançados, à sociedade, todos os elementos que merecem ser sopesados no exame do ato coator, pouco havendo para aduzir ao que nela está exposto.

Objetivando somar ao que já foi pontificado por sua Excelência, o Juiz de primeiro grau, quando apreciou o *writ*, colaciona-se precedente da colenda Primeira Câmara Civil, lavrado pelo eminente Des. Orli Rodrigues:

“Mandado de segurança — Remessa necessária — Portaria municipal que restringe o acesso à prestação educacional infantil — Afronta constitucional — A educação consiste em dever fundamental dos entes federativos — Recursos limitados da administração — Prioridade na área educacional — Manutenção da segurança.

“1. A Carta Magna não pode ser desconsiderada na análise das demais leis. Admitir que a legislação ordinária, seja ela proveniente do Executivo ou do Legislativo, restrinja os ditames da Lei Maior, é consentir em heresia jurídica.

“2. O direito ao acesso gratuito ao ensino básico e fundamental, cuida não de norma programática, mas cogente. Na obrigação estatuída pela Lei Fundamental reside o direito líquido e certo do impetrante” (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 98.008506-3, da Capital, rel. Des. Orli Rodrigues, j. em 15/9/98).

Examinando o ato da autoridade em face das normas vigentes, pode-se contatar que este afronta disposições da Constituição Federal (arts. 6º, 205, 208, IV, § 2º, e 227); do Estatuto da Criança e Adolescente (arts. 4º, 53, V, e 54, IV, § 2º) e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/96, art. 4º, IV), razões pelas quais deve ser corrigido pelo presente *writ of mandamus*.

III — Decisão

Ex positis, a Segunda Câmara Civil, à unanimidade de votos, resolve conhecer do recurso e da remessa para negar-lhes provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Freyesleben, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Jus-

tiça, o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 29 de agosto de 2002.

Mazoni Ferreira,
Presidente, com voto;
Monteiro Rocha,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.020673-3, DE CONCÓRDIA

Relator: Des. Torres Marques

Ação de cobrança — Duplicata de prestação de serviços — Consertos mecânicos — Subordinação da garantia à realização de revisões periódicas indicadas no manual — Condição expressa no certificado adicional — Incúria do proprietário — Perda da garantia — Sentença reformada — Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.020673-3, da comarca de Concórdia (2ª Vara), em que é apelante Videcar Concórdia Caminhões Ltda., sendo apelado Auto Posto Mauá Ltda.:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Perante o Juízo da comarca de Concórdia (2ª Vara Cível), Videcar Concórdia Caminhões Ltda. interpôs ação de cobrança contra Auto Posto Mauá Ltda., dizendo-se credora deste na quantia de R\$ 2.906,53 (dois mil novecentos e seis reais e cinqüenta e três centavos), referente à atualização de débito representado por uma

duplicata de prestação de serviços mecânicos efetuados em um caminhão de propriedade do requerido.

Apresentada a contestação, preliminarmente, foi argüida a irregularidade na representação processual e a inexigibilidade do título. No mérito, alegou o requerido ter levado o veículo para conserto quando este ainda estava na garantia, portanto não caberia a cobrança de quaisquer valores.

Após manifestação da requerente sobre a contestação, efetuou o Magistrado o saneamento do processo, afastando as preliminares e designando data para a audiência de instrução e julgamento, na qual foram ouvidas testemunhas e concedido prazo para apresentação das alegações finais.

Sentenciado o feito, foi julgado improcedente o pedido formulado na inicial, com a condenação da requerente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Inconformada, apelou pleiteando a reforma da decisão, ao argumentar de que o apelado não mais fazia jus à garantia, tendo em vista a sua negligência na realização das revisões previstas no manual de instrução, devendo, portanto, pagar pelos serviços prestados. Sucessivamente, requereu a minoração da condenação em honorários advocatícios, eis que condenado a pagar quantia superior a 40% do valor da cobrança, portanto, incompatível com o que estabelece o Digesto Processual.

Em contra-razões, pugnou o apelado pela manutenção da decisão.

II — Voto

O douto Magistrado *a quo*, ao entendimento de que o caminhão adquirido pelo Auto Posto Mauá e levado a conserto ainda estava protegido pela garantia quando da efetivação dos reparos, julgou improcedente a ação de cobrança ajuizada pela apelante.

Inconformada com o *decisum*, alega a apelante que à época do conserto o apelado já não possuía mais a referida garantia, em razão do descumprimento das condições impostas no manual de garantia e manutenção do caminhão.

O apelado adquiriu o veículo, consoante se extrai do referido manual, em 21/12/1995.

De fato, conforme se evidencia no certificado de fl. 37, o veículo foi

adquirido com duração adicional de garantia até 3/1/2000.

Não obstante, verifica-se no manual que a manutenção da garantia está subordinada às condições estabelecidas no item IV e, conforme alega a apelante, algumas delas foram descumpridas, quais sejam: a execução dos serviços de manutenção ou consertos em oficina não autorizada e a não execução das revisões, na quilometragem indicada no plano de manutenção.

A execução de manutenção ou consertos em oficina não autorizada foi afirmada pela apelada quando de sua contestação; contudo, os comprovantes juntados demonstram que se deram em data posterior aos reparos efetuados e ora cobrados pela apelante, razão pela qual não podem ser alegados como óbice à manutenção da garantia.

Quanto às revisões, traz o manual o controle das revisões periódicas que devem ser realizadas no veículo, sob pena de extinção da garantia.

Alega a apelante que, tendo efetuado as três primeiras revisões, compareceu o apelado apresentando o veículo para conserto somente 6 (seis) meses após a realização da última revisão, com quilometragem muito superior aos 48.000km previstos para a quinta revisão, que não foi realizada pelo apelado.

Dessa feita, cumpre saber se realmente a quilometragem, quando da realização dos consertos, era superior à prevista para a revisão.

No intuito de amparar sua alegação, a apelante faz um comparativo entre a data da realização das revisões anteriores e a respectiva quilometra-

gem, a qual não se pode dar caráter absoluto, senão vejamos:

A terceira revisão foi realizada em 22/4/1996, com 24.000km, e a quarta em 22/8/1996, com 36.000km, portanto, passaram-se entre uma e outra 4 (quatro) meses. Porém, isso não significa que entre a quarta e a quinta revisão devesse transcorrer o mesmo espaço de tempo e quilometragem rodada, até mesmo porque o veículo poderia ter ficado parado.

Não obstante, a nota fiscal de fl. 15, referente ao conserto realizado no caminhão, com os dados de identificação do veículo, mostra a quilometragem de 82.076km, portanto, com 34.076km a mais do que o previsto para a realização da quinta revisão que seria aquela de 48.000km.

O motorista do caminhão, quando inquirido, asseverou que “o motor fundiu quando o caminhão tinha cerca de 70.000 quilômetros (...) o depoente levou o caminhão para a primeira revisão dos 2.500 quilômetros e também para a segunda, dos 12.000 quilômetros; entre a primeira e a segunda revisão demorou um mês ou um mês e meio; e para a primeira revisão foram necessárias cerca de duas semanas de uso; o caminhão continuou trabalhando normalmente; o caminhão nunca ficou parado (...)” (fl. 81).

Os consertos cobrados pela apelante são exatamente os referentes à fundição do motor, portanto, as declarações do motorista, aliadas à informação contida na nota fiscal, deixam claro que o conserto do caminhão, de fato, realizou-se quando a quilometragem estava muito acima da prevista para a próxima revisão, que seria a de 48.000km.

A montadora Volkswagen, da qual a empresa apelante é uma concessionária autorizada, emitindo parecer técnico acerca da reclamação apresentada pelo apelado, concluiu:

“Analisando as peças avariadas, pistões, anéis, camisas de cilindro, bomba de água... etc. fica evidente, pela característica das avarias, que este motor sofreu superaquecimento por falha no sistema de arrefecimento e ou problema de injeção, evidenciando *falha na manutenção preventiva*” (grifo nosso) (fl. 19).

Feitas essas observações, indeferiu a possibilidade de atendimento com cobertura de garantia.

Das declarações do Sr. Dari Padilha dos Santos, mecânico da empresa apelante, extrai-se que na revisão dos 60.000 quilômetros, para a qual também já estava superada a quilometragem do caminhão, “são verificados regulagem de válvulas, teste de bicos injetores, exame de arrefecimento da água, troca de filtros (...)” (fl. 79), corroborando, portanto, com o parecer emitido pela revendedora, no sentido de que a fundição do motor deu-se em face da não realização das revisões previstas no manual.

Sendo assim, a alegação do apelado de que o veículo encontrava-se na garantia quando efetuada a retífica do motor é desconstituída na medida em que se verifica a inobservância do plano de manutenção constante no respectivo manual.

Caberia, ao apelado, caso quisesse provar que a falha no motor não se originou da falta de revisão, ter requerido a realização de prova pericial.

Ressalta-se que a subordinação da garantia ao preenchimento das condições do manual vem expressa no próprio certificado, em obediência, portanto, ao art. 50, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Destarte não pode a revendedora ser responsabilizada pela incúria do proprietário.

Dessa feita, merece provimento o recurso, reformando-se *in totum* a sentença atacada para condenar Auto Posto Mauá Ltda. ao pagamento da importância de R\$ 2.906,53 (dois mil novecentos e seis reais e cinquenta e três centavos), representado pela duplicada, com a incidência de juros e correção monetária a partir da data do ajuizamento da ação, além do pagamento das despesas processuais e

honorários advocatícios, arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC.

III — Decisão

Por todo o exposto, dá-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Des. Eládio Torret Rocha.

Florianópolis, 3 de setembro de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente com voto;
Torres Marques,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.013491-8, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Torres Marques

Embargos de terceiro — Imóvel financiado adquirido por meio de contrato de gaveta — Comprovada pelo terceiro a condição de cessionário dos direitos contratuais — Alienação realizada anteriormente à execução — Ausência de transcrição no registro de imóveis — Irrelevância — Posse comprovada — Alegada má-fé — Não comprovação — Decisão mantida — Recurso desprovido.

“Não há fraude à execução quando no momento do compromisso particular não existia a constrição, merecendo ser protegido o direito pessoal dos promissários compradores.

“Há de se prestigiar o terceiro possuidor e adquirente de boa-fé quando a penhora recair sobre imóvel objeto de execução não mais pertencente ao devedor, uma vez que houve a transferência, embora sem o rigor formal exigido” (REsp n. 173417/MG, rel. Min. José Delgado).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.013491-8, da comarca de Criciúma (1ª Vara), em que é apelante Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc, sendo apelados Arlindo Zanette e Amélia Dagostin Zanette:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, afastar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Criciúma, Arlindo Zanette e Amélia Dagostin Zanette interpuseram embargos de terceiro contra o Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc.

Alegaram ter firmado contrato de compra e venda com Reginaldo Aguiar Salgado e Gisela Corrêa Elias Salgado para aquisição de um apartamento, datado de 31/3/1989, sendo a transação acertada pelo valor de cinquenta e seis mil cruzados novos, pagos à vista, no ato da assinatura do contrato, assumindo ainda o comprador o saldo devedor existente no Besc S.A. — Crédito Imobiliário.

Aduziram terem sido informados pelo Sr. Reginaldo de que dito imóvel fora penhorado, com praça já marcada, nos autos da ação de execução por quantia certa contra devedor solvente movida pelo Besc contra Clínica Médica e Fisioterapêutica Salgado e Gisela Aguiar Salgado.

Asseveraram o fato de que a execução e o auto de penhora e depósito datam do ano de 1999, portanto, quase dez anos após a compra do imóvel pelos embargantes. Pleitearam

então a exoneração da constrição, bem como a concessão de liminar impedindo a realização da praça.

À fl. 59, foi deferida a liminar de manutenção de posse em favor dos embargantes, mediante a prestação de caução idônea.

Contestando o feito, alegou em síntese o embargado a regularidade da penhora efetivada sobre o imóvel, bem como o fato deste estar financiado no Besc S.A. Crédito Imobiliário, portanto, sem valor a venda efetuada aos embargantes.

Sentenciando o feito, o douto Magistrado *a quo* julgou procedentes os embargos de terceiro, tornando definitiva a liminar de manutenção de posse deferida e condenando o embargado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Inconformado, apela o vencido alegando que somente houve a penhora do imóvel, objeto dos embargos de terceiro, porque este estava registrado em nome dos executados, ressaltando que não existe registro em nome dos apelados. Aduz, ainda, que os executados nunca informaram a negociação do imóvel e indicaram-no à penhora, causando estranheza à interposição dos embargos de terceiro.

Alega que não poderia o imóvel ter sido objeto de compra e venda, por estar financiado na instituição financeira.

Ressalta não existir averbação ou registro de venda no cartório de registro de imóvel, fato obrigatório para gerar direitos e obrigações perante terceiros.

Afirma que o contrato de compra e venda beneficiou os executados, caracterizando fraude à execução e má-fé.

Finalmente, aduz que a Sra. Amélia Dagostin Zanette não está na posse do imóvel, sendo parte ilegítima para figurar no pólo passivo da demanda em matéria possessória.

Em contra-razões, pugnaram pela manutenção da decisão.

II — Voto

Trata-se de irrisignação contra a sentença que julgou procedentes os embargos de terceiro, mantendo os embargantes/apelados na posse do imóvel objeto de penhora em processo de execução.

Preliminarmente, há de ser afastada a alegação de ilegitimidade passiva da embargante/apelada Amélia Dagostin Zanette.

Compulsando os autos, verifica-se que a posse do imóvel está sendo defendida pelos embargantes, casados sob o regime da comunhão universal de bens, com base em contrato de compra e venda firmado pelo cônjuge varão.

O fato de a Sra. Amélia não estar mais na posse direta do imóvel, eis que separada de fato do embargante, não significa que não tenha legitimidade para opor embargos de terceiro, sabido que estes se destinam à proteção possessória, está ela protegida pela norma insculpida no § 3º do art. 1.046 do Código de Processo Civil, *verbis*: “Considera-se também terceiro o cônjuge quando defende a posse de bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação”.

Dessa feita, possui a embargante, na condição de meeira, plena legitimidade para oposição de embargos de terceiro.

Cabe ainda a análise da prejudicial de mérito presente nas alegações do apelante, de que a compra e venda efetuada não tem valor, eis que financiado o imóvel no Bescredi.

Está-se, como afirma o apelante, diante de um “contrato de gaveta”, ou seja, ocorreu a venda de imóvel financiado na instituição financeira a um terceiro, sem o conhecimento do agente financeiro, continuando a escritura e o financiamento em nome do mutuário, mas o comprador (terceiro) é quem ocupa o imóvel e passou a fazer os pagamentos.

Os tribunais pátrios, em atenção à realidade dos “contratos de gaveta”, vem reconhecendo a sua existência, inclusive para efeitos de revisão dos cálculos das prestações em ação intentada pelo “gaveteiro”. Nesse sentido, a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região no julgamento da Apelação Cível n. 2001.02.01.037068-7 recentemente publicada (7/3/2002).

No presente caso, pertinente à decisão proferida pelo 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 549.882/0, assim ementada:

“Execução hipotecária — Penhora de imóvel vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação — Embargos opostos por terceiro adquirente — Transferência da posse através de cessão de direitos contratuais sem a anuência do credor e registro imobiliário — Irrelevância — Validade da venda entre o cedente e o cessionário com

reflexo perante terceiros — Procedência dos embargos mantida — Inteligência e aplicação da Súmula 84 do STJ.

“O compromisso particular, firmado entre o mutuante e o embargante consubstanciou-se em cessão de direitos contratuais, também popularmente chamado ‘contrato de gaveta’. E essa venda, embora ineficaz perante a Caixa Econômica Federal, credora hipotecária, em face das regras do Sistema Financeiro da Habitação, não deixou de ter validade entre o cedente e o cessionário, com reflexo perante terceiros. Isso porque o contrato é de financiamento e não de venda do imóvel. O interesse da emprestadora do dinheiro, não obstante as peculiaridades e as normas do Sistema Financeiro de Habitação, não podem ferir o direito de propriedade dos adquirentes do imóvel, nada obstando possam ceder seus direitos contratuais com ou sem anuência” (rel. Juiz Antônio de Pádua Ferraz Nogueira).

Destarte, consoante decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região “do ‘contrato de gaveta’ decorrem direitos aos cessionários e sua utilização em larga escala não pode ser ignorada nas decisões do Poder Judiciário” (Apelação Cível n. 199960000010437, rel. Juiz Batista Gonçalves).

Ressalta-se que, embora alegue o apelante não ter sido informado de tal transação, extrai-se da prova colacionada (*vide* declaração de fl. 120) que a instituição financeira tinha pleno conhecimento do contrato firmado.

Quanto à falta de registro da compra e venda do imóvel como óbice à oposição dos embargos, da mesma

forma, razão não assiste ao apelante, porquanto “o promitente comprador de bem imóvel, haja ou não registrado a promessa, desde que investido na posse, ostenta legitimidade para propor a ação de embargos de terceiro” (Araken de Assis. Manual do Processo de Execução, 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, pág. 1.192).

No caso dos autos, verifica-se que a promessa de compra e venda deu-se no ano de 1989 (fls.10/12). Já a ação de execução, na qual se efetivou a penhora do imóvel em questão, data do ano de 1999 (fls. 18/21v.).

O entendimento acerca da possibilidade de oposição de embargos de terceiro na defesa da posse advinda de compromisso de compra e venda não registrado já se consolidou no Superior Tribunal de Justiça, pela Súmula 84, extraindo-se da jurisprudência daquela Corte:

“Processual civil. Embargos de terceiro. Execução fiscal. Fraude. Contrato de promessa de compra e venda. Terceiro de boa-fé. Precedentes.

“1. Não há fraude à execução quando no momento do compromisso particular não existia a constrição, merecendo ser protegido o direito pessoal dos promissários compradores.

“2. Há de se prestigiar o terceiro possuidor e adquirente de boa-fé quando a penhora recair sobre imóvel objeto de execução não mais pertencente ao devedor, uma vez que houve a transferência, embora sem o rigor formal exigido.

“3. Na esteira de precedentes da Corte, os embargos de terceiro podem ser opostos ainda que o com-

promisso particular não esteja devidamente registrado” (REsp n. 173417/MG, rel. Min. José Delgado).

O efetivo exercício da posse pelos embargantes pode ser extraído, dentre outras provas trazidas aos autos, do documento de fl. 120. Trata-se de declaração fornecida pelo Centro Administrativo do banco apelante, pelo qual está financiado o imóvel em questão, devidamente assinada por dois funcionários, dando conta de que, desde o mês de março de 1989, quem vem promovendo o pagamento das prestações habitacionais é o Sr. Arlindo Zanete, ora apelado.

Dessa feita, não há prosperar a alegação de fraude à execução.

Nesse sentido, elucidativo o seguinte julgado desta Corte:

“Embargos de terceiro. Imóvel penhorado alienado antecedentemente ao ingresso do feito executivo. Registro imobiliário posterior. Irrelevância. Fraude à execução não caracterizada. Embargos acolhidos. *Decisum* confirmado. Apelo desprovido.

“Para a caracterização da fraude de execução, na transferência, pelo executado, de bem imóvel sobre o qual pretende o credor recaia a constrição judicial, pressuposto essencial é a litispendência. Ou seja, não é suficiente o simples estado de insolvência do devedor, sendo indispensável, acima de tudo, a já existência do ajuizamento da executória quando da transação que se quer fraudulenta, uma vez que, segundo a lei, a alienação de

bens somente se considera feita em fraude à execução quando já pendente contra o alienante demanda capaz de alterar-lhe o patrimônio, reduzindo-o à insolvência. Se a alienação é precedente à execução, conquanto somente tenha sido levada ao registro imobiliário após o seu ajuizamento, não há cogitar de fraude à execução, como ressaltou inquestionável dos termos do art. 593, II, do CPC” (Apelação Cível n. 88.085953-0 (50.215), de São Miguel do Oeste, rel. Des. Trindade dos Santos).

Sendo assim, as meras alegações do apelante não são capazes de desconstituir as provas trazidas aos autos pelos apelados. Devidamente comprovado que o imóvel foi adquirido praticamente 10 (dez) anos antes do processo de execução movido pelo apelante, afasta-se qualquer alegação de má-fé dos apelados, impondo-se a manutenção da sentença.

III — Decisão

Por todo o exposto, afastam-se as preliminares e, no mérito, nega-se provimento ao recurso.

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

Florianópolis, 20 de agosto de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente, com voto;
Torres Marques,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.018279-3, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ**Relator: Des. Torres Marques**

Assistência judiciária gratuita — Pessoa jurídica — Possibilidade — Inteligência do artigo 4º da Lei n. 1.060/50 e do artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal — Recurso provido para que se oportunize a comprovação de necessidade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.018279-3, da comarca de Balneário Camboriú (1ª Vara), em que é apelante Livraria Minas de Leitura Ltda.:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por maioria de votos, dar provimento ao recurso para que se oportunize a comprovação da necessidade no primeiro grau. Vencido o Exmo. Des. Cláudio Barreto Dutra que votou no sentido de negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Balneário Camboriú, Livraria Minas de Leitura Ltda., situada na cidade de Camboriú, requereu a concessão do benefício de assistência judiciária gratuita, argumentando que não é filiada a nenhum sindicato e que não possui condições de arcar com o pagamento das custas e despesas processuais da ação de sustação de protesto que tramita naquele Juízo.

Após manifestação do Ministério Público, foi sentenciado o feito, com o indeferimento do pedido.

Irresignada com a decisão, apela a requerente ao argumento de que a jurisprudência estendeu o conceito de

parte, constante no art. 4º da Lei n. 1.060/50, às pessoas jurídicas, desde que preenchidos os requisitos legais.

Diz que sua pretensão também encontra suporte no art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, que não discrimina pessoas físicas de jurídicas para a concessão do benefício.

Alega que os requisitos legais para a concessão do benefício estão preenchidos, e a sua pretensão encontra suporte na jurisprudência, sendo dispensável a apresentação de documentos, além dos existentes, pois a Lei n. 1.060/50 determina como prova da insuficiência a simples declaração.

Por fim, requereu a concessão do benefício em decorrência de eventual condenação na presente apelação.

Após manifestação do Ministério Público e do Procurador de Justiça, ascenderam os autos a esta superior instância.

II — Voto

Trata-se de insurgência contra decisão que indeferiu o pedido de assistência judiciária gratuita, por entender que o benefício não se estende às pessoas jurídicas.

Prefacialmente, em que pesem os posicionamentos contrários, adoto o entendimento em que o benefício de assistência judiciária gratuita alcança

as pessoas jurídicas, desde que devidamente comprovada a insuficiência de recursos para suportar as despesas processuais.

A respeito, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“Nos termos da jurisprudência desta Corte, é possível a concessão do benefício da assistência judiciária à pessoa jurídica que demonstre a impossibilidade de arcar com as despesas do processo sem prejudicar a própria manutenção” (REsp n. 258.174, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ 25/9/2000).

“A microempresa pode receber o benefício da assistência judiciária gratuita. Precedentes” (REsp n. 200.597/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 28/6/99).

Quanto à alegação de que a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita requer apenas a simples declaração da necessidade, esta egrégia Câmara, a teor do art. 4º da Lei n. 1.060/50, atenta a sistemática jurídica, vem adotando entendimento em sentido contrário, certos de que não se pode olvidar da norma inserta no inciso LXXIV do art. 5º da Carta Magna, *verbis*:

“Art. 5º (...) LXXIV — o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que *comprovarem* insuficiência de recursos” (grifo nosso).

A comprovação da insuficiência de recursos poderá ser realizada, pelo requerente, por todos os meios em lei admitidos.

Dessa feita, é cassada a sentença, a fim de verificar-se as condi-

ções econômicas da apelante para concessão do pedido, concedendo-lhe oportunidade para produzir provas da sua necessidade no Juízo de origem.

III — Decisão

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso, para possibilitar a comprovação da necessidade perante o Juízo de origem.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Des. Eládio Torret Rocha.

Florianópolis, 10 de setembro de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente, com voto vencido;
Torres Marques,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra:

Divergi da doutra maioria por entender que, nos casos excepcionais de concessão de assistência judiciária gratuita à pessoa jurídica, a parte postulante precisa comprovar, antecipadamente, sua condição de necessitada, nos termos do art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal.

Não fazendo isso, deve o juiz indeferir o pedido.

Por essa razão, meu voto foi no sentido de negar provimento ao recurso.

Florianópolis, 19 de dezembro de 2002.

Cláudio Barreto Dutra

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.006188-9, DE CRICIÚMA**Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben**

Enfermo mental — Pedido de autorização judicial para internação definitiva em hospital especializado — Inadmissibilidade — Laudo pericial reconhecendo a grave patologia psíquica do doente, mas recomendando o seu tratamento no seio da família e da sociedade, sob orientação de grupos de apoio — Possibilidade de tratamento intensivo nas fases de reagudização da doença — Aplicação das modernas técnicas da psiquiatria.

Não se pode deixar de reconhecer as dificuldades por que passam as famílias engolfadas nos problemas decorrentes das variações de comportamento de enfermos mentais, acometidos de crônicas patologias psíquicas, que os levam a episódios de violência. Contudo, o atual estágio de desenvolvimento das modernas técnicas da psiquiatria recomenda que os enfermos mentais não sejam mais tratados isoladamente em manicômios ou hospícios, que até esses nomes já perderam, mas em hospitais semelhantes aos comuns, com relativa liberdade, em leitos de portas abertas, pois “o carinho, a paciência, a doçura, a medicina fisioterápica, os calmantes, substituíram os condenáveis processos da violência e da subjugação pela força” (Hélio Gomes).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.006188-9, da comarca de Criciúma (Vara de Exceção, Família, Infância e Juventude), em que é apelante N. E. F., sendo apelado A. P. E.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas de lei.

I — Relatório

N. E. F., qualificada nos autos, requereu autorização para internar definitivamente seu irmão A. P. E., de quem é curadora, sob o argumento de que ele é mentalmente enfermo e,

após sucessivas internações na Casa de Saúde Rio Maina, perdeu, por completo, todo e qualquer controle sobre o curatelado, impondo-se interná-lo definitivamente para evitar maiores transtornos, quando da agudização da doença.

Destacou que A. não mais a respeita nem ao cunhado, recusando-se, sistematicamente, a ingerir doses diárias de remédios prescritos por psiquiatras, que o controlariam. Assim, a cada dia que passa, suas crises tornam-se mais frequentes e A. P. E. apresenta-se mais agressivo e perigoso, pondo em risco a integridade física de familiares e de vizinhos.

Ademais, a casa de moradia da requerente, por ser diminuta, não apre-

senta condições de abrigo seguro para as pessoas que nela residem, em razão dos ataques de violência do requerido, de sorte a comprometer, até mesmo, o repouso noturno de quantos habitam a mesma casa.

Relatou que, há bem pouco tempo, o interditado tentou manter relações sexuais com o filho dela, de apenas 13 anos de idade, tentando arrastá-lo para o quarto. Também tem levado pânico à vizinhança, com seus freqüentes acessos de loucura.

Disse que, de outra parte, o requerido tem revelado tendência suicida, e sua periculosidade vem-se acentuando a cada dia. Daí haver requerido, preliminarmente, a internação provisória do interditado e, ao depois, a definitiva.

Arrolou testemunhas e juntou documentos (fls. 5/12).

Com vista dos autos, o Ministério Público pediu o apensamento do Processo de Interdição n. 147/89 do curatelado e dos autos de Autorização Judicial n. 692/94, no que foi atendido.

O doutor Juiz determinou a realização de exame clínico no interditado e foram formulados quesitos à perícia (fls. 22/23). Contudo, em face do conteúdo do atestado médico de fl. 28, determinou a internação provisória de A. P. E. na Casa de Saúde Rio Maina, até decisão final nestes autos, comunicando ao SUS a respeito de sua obrigação de custear a internação e o tratamento do paciente (fl. 29).

O perito apresentou o laudo (fls. 37/38) em Juízo e sobre ele manifestou-se a autora (fls. 41/42).

O Ministério Público alvitrou a ouvida das testemunhas arroladas (fl.

42v.) e a marcação de audiência. Nessa foram ouvidas duas testemunhas (fls. 49/51).

Em nova manifestação, o Ministério Público foi pelo deferimento do pedido de internação provisória do incapaz, sujeitando-o a avaliações periódicas (fl. 54).

Nesse ínterim veio aos autos o ofício de fl. 55, endereçado pelo Diretor Técnico da Casa de Saúde Rio Maina, dizendo da impossibilidade da permanência do interno naquele hospital, ante a resistência da Secretaria Municipal de Saúde de Criciúma em arcar com os custos do tratamento do interno.

Informou, além disso, que o paciente encontrava-se com seu estado de saúde estabilizado, à custa de medicamentos, apto a retornar ao convívio de sua família.

À fl. 59, o Ministério Público analisou o mérito da demanda, recomendando a procedência do pedido, com a internação definitiva do incapaz.

A Dra. Juíza de Direito indeferiu a pretensão, negando autorização para a internação definitiva do interditado, tendo em vista o parecer médico-psiquiátrico.

Inconformada, N. E. F. apelou, buscando a reforma da sentença para que se reconheça que o estado mental do curatelado é daqueles que inspiram cuidados especiais.

Disse que, nos últimos tempos, a doença de A. P. E. (psicose grave) recrudescera, tornando-o extremamente perigoso, a ponto de pôr em risco a vida daqueles com quem vive e de infundir grande temor a toda vizinhança. Daí entender impossível a convivência com alguém que representa risco de

vida para os próprios membros de sua família, o que se torna mais factível e, por isso mesmo, mais grave, em razão do espaço físico exíguo da casa em que moram.

Anotou que tem recorrido, cada vez com mais frequência e proximidade de tempo, à internação do curatelado, dado o agravamento de seu estado mental e dos surtos de violência, pois consta dos autos que a doença que o afeta é do tipo crônico, a exigir permanentes cuidados médicos, já que sua agressividade somente poderá ser contida com medicamentos fortes que o incapaz recusa-se a tomar espontaneamente.

Sustentou que A. P. E. já tentou matar a própria mãe, nos termos da certidão de fl. 10 e dos depoimentos de fls. 50/51.

Afora esses atos de violência, A. P. E. teria tentado manter relações sexuais com o próprio sobrinho, de apenas 13 anos de idade, com quem convive diariamente, conforme informam o boletim de ocorrência de fl. 12 e os depoimentos supracitados.

Lembrou que, para tornar tudo mais difícil, o curatelado é pessoa de porte físico avantajado e um verdadeiro ferrabrás em matéria de força física, não havendo quem lhe possa dominar nas crises de violência.

Disse que, ainda que seja mantido sob constante vigilância, não há quem lhe possa convencer a ingerir as doses diárias dos medicamentos obrigatórios, que o manteriam mais calmo. Por isso, tem recorrido, com a constância que o caso exige, à interposição policial.

Diante de tais fatos, entende que A. P. E. não tem a menor possibi-

lidade de continuar vivendo em sociedade, sem que isso represente uma grave ameaça aos circunstantes.

Destacou que o único motivo de a direção da Casa de Saúde Rio Maina não aceitar o curatelado, como seu interno, é a existência de uma desavença entre ela e a Secretaria de Saúde do Município de Criciúma, pois o Município teria-se recusado a custear a internação e o tratamento do interditado.

Entre tantos argumentos sugeriu, ainda, a suspeição do médico-perito, sustentando que se trata do marido da Diretora da Casa de Saúde Rio Maina.

Proclamou que, já no processo de interdição do apelado, evidenciava-se a necessidade da internação permanente de A. P. E., nos termos do ofício enviado pela direção do Hospital Pinheiros (fl. 35 do Processo de Interdição n. 147/89).

Por fim, invocando o engastado no artigo 457 do Código Civil, pediu o provimento deste apelo, para a reforma da decisão increpada e acatamento do pedido consignado na peça pórica, com a internação do apelado e sua submissão a avaliações periódicas.

A doutora Jayne Abdala Bandeira, ilustre Promotora de Justiça, alvitrou a improcedência da ação.

Os autos ascenderam a este grau de jurisdição e a Procuradoria-Geral de Justiça foi pelo desprovisionamento do apelo.

É o relatório.

I — Voto

O apelo, interposto tempestivamente, não merece provimento.

Não se pode deixar de reconhecer as dificuldades por que passam os familiares da apelante, engolfados que estão nos problemas decorrentes das variações comportamentais do curatelado, fruto da grave doença mental crônica que o acomete e o sujeita a episódios de violência.

O laudo pericial, subscrito por profissional da área médico-psiquiátrica, nomeado pelo Juízo, em nenhum momento nega a presença da grave patologia psíquica que afeta o apelado e a classifica como “psicose esquizofrênica do tipo simples” (CID 295.0), doença de caráter contínuo, a exigir tratamento permanente. Por isso mesmo a apelante reclamava, inicialmente, a internação definitiva do psicótico para evitar as conseqüências de eventuais surtos de agressividade de que viesse ele a ser protagonista, havendo mudado o pedido nessa fase do processo para admitir que a internação do paciente poderia dar-se por tempo indefinido, sujeita, contudo, à avaliação periódica.

Estivéssemos em épocas passadas, a internação surgiria como o remédio inevitável para o caso. Para dominar o “louco” recomendar-se-ia uma camisa-de-força; depois ministraram-se iam calmantes injetáveis, como o conhecido “durinho”; e, por fim, viriam as sessões de choques elétricos, para tornar o doente “dócil”. Contudo, em face dos crescentes progressos da psiquiatria e da farmacologia, abolidos estão, hodiernamente, aqueles radicais “tratamentos”, que mais se assemelhavam a métodos medievais de tortura.

Evidente que casos há em que não se pode evitar a internação do doente mental. É quando recrudescem

os sintomas mais graves da doença e aflora, com grande perigo para os que estão à sua volta, a possibilidade de violação à integridade física dos circunstantes. Mas, segundo a conclusão do laudo pericial, não é esse o caso dos autos. Aqui o doente – claro – está sujeito a tais crises e, durante elas, poderá representar perigo para a integridade física de seus familiares e de quantos dele se acercarem. Tanto que conta com um histórico de internações que se iniciou em 14 de maio de 1977, nos termos da declaração encontrada à fl. 11. Contudo, o experto, ao responder ao quesito sétimo daqueles formulados pelo Ministério Público (fl. 39), na abordagem que faz à conveniência ou não da manutenção do doente entre seus familiares, no domicílio destes, afirma, expressamente, que a necessidade de internação temporária do doente surge apenas “nas fases de reagudização da doença”, quando o paciente necessitará internar-se para tratamento intensivo; mas, ao sinal de melhora do quadro psicótico, deve o tratamento transferir-se para o ambiente ambulatorial, com a devolução do paciente à sua família, sob o apoio do Centro de Atendimento Psicossocial – CAPS, ou do Hospital Dia, nos termos em que vem preconizando a moderna psiquiatria, depois da Reforma. Entretanto – comenta o facultativo –, apesar de a cidade de Criciúma ainda não contar com tais centros de apoio, nem por isso se justificaria a internação permanente em manicômio, sendo de todo conveniente atender-se o doente e sua família em ambulatório ou em hospital, visto que A. P. E. encontra-se controlado pela administração de drogas adequadas.

O que se observa é que o perito, ao lado de lamentar a sina das famílias

em cujo seio abriga-se um doente mental, recusa-se a ver na internação definitiva a solução sistemática para a vida dos envolvidos no drama, gizando que os crescentes progressos da moderna psiquiatria já permitem o controle permanente dos sintomas mais graves da doença, de sorte a propiciar ao doente a liberdade do convívio social (fl. 40).

Em verdade, os velhos grilhões da antiga psiquiatria romperam-se através dos tempos, carcomidos pela ferrugem do desconhecimento da alma humana e do psiquismo dos indivíduos.

“Na Idade Média a causa de tudo era o Demônio. Ele é que entrava no corpo do alienado e o fazia saltar, gritar, atirar-se ao chão, cometer delitosos.

“Na Idade Moderna e na Contemporânea, com o extraordinário desenvolvimento dos estudos de anatomia e fisiologia patológicas, da química biológica, do laboratório, a psiquiatria começou a trilhar rumo certo, incorporando-se à medicina geral.

“Os alienados deixaram de ser algemados. Pintel foi quem lhes arrancou as algemas. Ao revés de animais ferozes, de espíritos satânicos, passaram a ser vistos como doentes comuns. As camisolas-de-força, terríveis meios de contenção, figuram hoje nos museus científicos.

“Os hospícios modernos, que até este nome já perderam, cada vez mais se assemelham aos hospitais comuns. O doente é tratado no leito, com as portas abertas, com relativa liberdade. O carinho, a paciência, a doçura, a medicina fisioterápica, os calmantes, substituíram os condenáveis processos da violência e da subjuga-

ção pela força” (Gomes, Hélio. *Medicina Legal*, 32ª ed., revista atualizada, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997).

Na verdade, o que a moderna doutrina psiquiátrica preconiza e o experto recomenda, para o caso, é a aplicação da política utilitária do tratamento do esquizofrênico fora do hospital, no lado externo das grades e das portas reforçadas, priorizando o seu atendimento em conjunto com seus familiares, em ambulatório, com o monitoramento de grupos criados especificamente para tal fim, a menos que a confusão mental do paciente e a sua periculosidade estejam tão afloradas que não seja possível tratá-lo em outro lugar que não seja o hospital.

Fosse esta a situação do paciente, não teríamos dúvida em alvitrar a sua internação hospitalar. Entretanto, no trilho da política médico-psiquiátrica seguida pelo experto do Juízo, não tenho dúvida em afirmar que não se está diante de situação que exija a internação do paciente para isolá-lo, completa e definitivamente, da família e da sociedade, pois, já foi dito, com o esquizofrênico a terapia mais condizente, nos dias atuais, é a familiar, por ser mais útil, visto que a esquizofrenia é vista, hoje, como uma doença familiar. Assim, é importante, como objetivo terapêutico, dar ao paciente a oportunidade de testar seu próprio comportamento e adquirir a habilidade social indispensável para que possa aceitar as limitações de sua vida e vivê-la com um mínimo de dificuldade. É que a reclusão do paciente psiquiátrico apresenta-se, modernamente, como uma situação excepcional, drástica, a recomendar que os médicos se preocupem em interná-lo pelo menor tempo possível, já que a segregação aca-

bará por acumular maiores danos ou transtornos ao indivíduo doente, em vez de curá-lo, ou, pelo menos, acalmá-lo, quando a doença for crônica, como nesse caso.

A evolução no campo da psiquiatria foi tamanha que não se tem dúvida, hoje, de que o próprio paciente deverá, sempre que possível, participar da decisão sobre a forma de seu próprio tratamento, pois a falta do consentimento do doente, no mais das vezes, tem o condão de obstruir o método de tratamento.

Para justificar a medida requerida, a apelante lembra que o seu curatelado tem, em seu histórico de rompantes de violência, uma agressão contra a pessoa da própria mãe, confirmada pelo boletim policial de ocorrência encartado à fl. 10 destes autos. Entretanto, essa prova não foi sequer levada em conta pelo Magistrado, por razões óbvias. É que se refere a fato ocorrido em 13 de dezembro de 1993, quase quatro anos antes deste pedido de internação do doente.

Há, de outro lado, notícia grave, veiculada nos autos, dando conta de que, no dia 31 de outubro de 1997, por volta das 9 horas, A. P. E. tentou relacionar-se sexualmente com o sobrinho de apenas 13 anos de idade. Ora, a notícia do ato praticado pelo incapaz (BO de fl. 12) foi dada pelo marido da requerente, pai do menino, interessado na internação definitiva do cunhado. Aliás, ao registrar o fato na Delegacia de Polícia de Forquilha, disse ao registrador, *ipsis verbis*: “que pretende tão-somente registrar a ocorrência na tentativa de conseguir uma internação permanente para o indiciado” (fl. 12).

Em reforço a este expediente, a requerente trouxe ao processo duas testemunhas, vizinhas suas (fls. 50 e 51), para dizer que ouviram falar da tentativa do curatelado de possuir sexualmente e à força o sobrinho.

Não há, na verdade, nenhum ato policial ou judicial posterior a corroborar tão grave acusação. Daí o meu entendimento de que o doutor Juiz de Direito não levou em conta este fato, por não haver prova da sua ocorrência efetiva.

Afora isso, não há registro atual de nenhum ato de violência, praticado pelo interditado, que pudesse justificar sua internação em manicômio, de forma definitiva ou temporária.

Em face do exposto e não sendo, no momento, segundo o parecer médico especializado, caso de internação do curatelado, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

É como voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, conheceram do recurso e negaram-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Schaefer Martins. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 15 de agosto de 2002.

Mazoni Ferreira,
Presidente, com voto;
Luiz Carlos Freyesleben,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.008128-6, DE URUBICI**Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben**

Processual civil – Extinção do processo sem julgamento do mérito (CPC, art. 267) – Questão exclusivamente de direito – Condições de imediato julgamento pelo tribunal – Incidência do art. 515, § 3º, do CPC.

Extinto o processo sem julgamento do mérito no primeiro grau de jurisdição (CPC, art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, com fundamento no § 3º do art. 515 do CPC, acrescentado pela Lei n. 10.352, de 16/12/01, contanto que a causa verse questão exclusivamente de direito e esteja em condições de imediato julgamento.

Processual civil e família – Ação cautelar inominada – Pedido de separação de corpos – Decisão de separação judicial já transitada em julgado – Efeitos legais (art. 7º da Lei n. 6.515/77) – Inaplicabilidade dos arts. 806 e 808, I, do CPC.

Da natureza especial das normas de Direito de Família decorre sua incompatibilidade com o instituto jurídico da decadência a que se refere o art. 806 do CPC. Assim, a eficácia da medida cautelar de separação de corpos não está subordinada ao ajuizamento da ação principal no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da sua efetivação, mormente quando já existe decisão transitada em julgado decretando a separação judicial dos ex-cônjuges, porquanto com ela extingue-se ipso jure o direito de coabitação, a teor do art. 7º da Lei n. 6.515/77.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.008128-6, da comarca de Urubici, em que é apelante M. M. de S., sendo apelado S. T. de S.

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, julgando procedente o pedido inicial, para decretar a separação de corpos, condenando o apelado ao pagamento das despesas processuais e honorá-

rios advocatícios, estes arbitrados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), observados os arts. 11, § 2º, e 12 da Lei n. 1.060/50.

Custas de lei.

I — Relatório

M. M. de S. propôs ação cautelar inominada contra S. T. de S., alegando estar judicialmente separada dele, desde 23 de novembro de 1999, conforme termo de audiência acostado aos autos.

Disse que aforou, em 2 de setembro de 1999, perante o Juízo de Direito da comarca de Urubici, ação cautelar de separação de corpos, como medida preparatória da ação de separação judicial que viria a propor, em seguida, naquela mesma unidade jurisdicional. Entretanto, autora e réu chegaram à conclusão de que deveriam ambos permanecer sob o mesmo teto, embora sem a obrigação de contatos físicos mais íntimos, até maio de 2000, quando colheriam a safra de fumo que já houvera sido plantada pelos dois, convertendo, em benefício de toda a família, os lucros da venda daquela produção agrícola. Por isso mesmo, o doutor Juiz de Direito veio a julgar extinta a ação cautelar preparatória ajuizada.

Sucedede que, ao que informa a autora, colhida a safra de fumo, impunha-se ao varão a obrigação de deixar a residência do casal, já que ficara convencionado, entre eles, que o único imóvel que lhes pertencia, onde está construída a casa, tocaria, por doação, aos filhos; e estes ficariam sob a guarda da mãe, que a tudo administraria. Contudo, descumprindo a palavra empenhada, chegado o dia em que deveria sair do imóvel, o réu recusou-se a fazê-lo, lá permanecendo. Por essa razão, em 29 de junho de 2000, a autora moveu nova ação cautelar, agora inominada, contra o marido, visando a desalojá-lo do imóvel, ao argumento de que o requerido a estava incomodando com sua embriaguez e maus exemplos dados aos filhos menores.

Conquistada a liminar de separação de corpos, disse a autora que o réu a ela submeteu-se, retirando-se do antigo lar conjugal, a ele retornan-

do, porém, em meados de 2001, para lá fixar-se contra a vontade dela e dos filhos. Contudo, salientou que o réu dormia em compartimento independente do dela e apenas pernoitava em sua casa.

Destacou que o requerido é alcoólatra, não a respeita e nem respeita os filhos, agindo sempre de forma grosseira e agressiva, pois, por estar constantemente embriagado, descontrola-se com facilidade, dando margem, inclusive, a que a requerente dele se queixasse à polícia.

Realçou que o casal, na verdade, já está separado judicialmente, pela forma consensual, desde 23 de novembro de 1999, oportunidade em que também julgou-se extinta a primeira ação de separação de corpos pela perda de seu objeto. Contudo, tendo seu ex-marido regressado ao antigo lar e dele se recusando a sair, viu-se na contingência de acioná-lo mais uma vez, aforando contra ele uma ação cautelar inominada, no propósito de evitar danos para si e para seus filhos menores.

Invocou o artigo 798 do CPC e pediu liminar *inaudita altera pars* para o imediato afastamento do requerido da residência dela e dos filhos, reque-rendo, ademais, a produção de provas, a ouvida do Ministério Público e a procedência do pleito.

O doutor Juiz de Direito deferiu a liminar (fl. 12) e o réu contestou, argüindo preliminares de inépcia da inicial e de carência de ação, ao entendimento de que não cabe ação cautelar visante à separação de corpos, quando o casal já está judicialmente separado, como no caso, já que não mais existe o dever de coabitação.

Invocou lição de Yussef Said Cahali e requereu o acatamento da preliminar de falta de condição da ação, para extinguir-se o processo cautelar sem julgamento do mérito.

No mérito, disse que a ação é atípica, sem qualquer fundamento que a ampare e não reúne os requisitos indispensáveis à sua subsistência.

Alegou que vive na casa da ex-mulher, com ela e os filhos, com o seu consentimento e somente voltou a ali morar porque precisava ultimar a colheita da safra de fumo, que, todavia, ocorreu em maio de 2000.

Disse estranhar que somente agora, em 15 de junho de 2001, um ano e um mês depois da colheita, venha a autora em busca de meios judiciais para desalojá-lo de sua casa, até porque o imóvel, ainda que doado aos filhos do casal, também é seu e tem direito de nele morar.

Por tudo isso, requereu a revogação imediata da liminar, o acolhimento das preliminares ou a improcedência do pedido, com a condenação da requerente em custas e honorários advocatícios.

Houve réplica e manifestação do órgão do Ministério Público (fls. 25 e 25v.).

Por determinação judicial (fl. 29), certificou-se o não-aforamento da ação principal (fl. 30).

Sentenciando, o doutor Juiz de Direito antecipou o julgamento do feito, nos termos do artigo 330, II, do CPC, extinguindo a ação cautelar, com suporte no artigo 267, IV, do CPC, cancelando a liminar antes concedida e fixando os honorários da assistente judiciária em 7,5 URH.

Inconformada, M. M. de S. apelou, entendendo que a cautelar inominada proposta é perfeitamente viável, já que o acordo que pôs fim ao processo de separação judicial litigiosa, transformando-o em consensual, também pôs fim ao processo cautelar de separação de corpos, mas sob o compromisso do réu de permanecer no imóvel da autora somente até o término da colheita da safra de fumo, o que não foi observado pelo varão. Assim, entendeu que, mesmo estando separada judicialmente do marido, podia aforar contra ele a presente ação cautelar inominada, visando à sua expulsão do imóvel, onde permanece contra sua vontade como hóspede indesejável.

Sustentou que é necessário esclarecer que lançou mão da medida cautelar inominada porque não encontrou, no universo jurídico, medida mais adequada e específica para a resolução da controvérsia.

Anotou que está separada judicialmente do requerido (termo de fl. 10) e que esse fato dispensa ação principal, visto não haver o que discutir em tal ação. Daí por que é de concluir-se que a cautelar, no caso, tem caráter satisfativo e poderia prosseguir, no Juízo *a quo*, até sentença final. Por isso entende inaplicáveis à espécie os artigos 806 e 808, I, do CPC.

Requereu, pois, a anulação da sentença e o retorno dos autos à origem para julgamento do mérito.

Houve contra-razões, pelas quais o apelado, entendendo bem aplicado o artigo 806 do CPC, pediu a manutenção da sentença.

Com vista dos autos, o Ministério Público de primeiro grau foi pelo conhecimento e provimento do apelo,

por entender, no ritmo da jurisprudência, que, nada havendo a discutir em ação principal, a cautelar proposta assume feições de satisfativa e, como tal, poderá ser julgada, mormente em face de seu escopo de mera realizadora do direito já reconhecido.

Os autos ascenderam a este Tribunal de Justiça e foram remetidos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, que firmou posição em torno da impossibilidade de progressão da ação proposta, alvitando o desprovemento do recurso.

É o relatório.

II — Voto

Cuida-se de recurso de apelação assestado por M. M. de S. contra decisão do Dr. Juiz de Direito da Vara Única da comarca de Urubici, que, nos autos de ação cautelar inominada, visando à expulsão do marido da autora, S. T. de S., dele separado judicialmente, depois de concedida a liminar, decretou a cessação da eficácia da medida, com fulcro no artigo 806 do CPC, e a extinção do processo, com base no artigo 267, IV, do CPC.

1. Não resta a menor dúvida de que é regra legal que as medidas liminares concedidas em ações cautelares preparatórias perdem sua eficácia após trinta dias da sua efetivação, caso o requerente não ajuíze a ação principal dentro do referido trintídio. É, aliás, como orienta Yussef Said Cahali, ao referir que “a medida cautelar de separação de corpos conserva a sua eficácia no prazo de trinta dias e na pendência do processo principal, embora possa ser revogada ou modificada a qualquer tempo (CPC, art. 807). Concedida em procedimento prepara-

tório da ação de separação judicial, a medida cautelar caducará se dentro de trinta dias, contados da sua efetivação, não tiver sido ajuizada a ação prometida (CPC, art. 806)” (Divórcio e Separação, 5ª ed., RT, pág. 309).

Em igual norte é a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery: “Não ajuizada a principal no prazo de trinta dias, opera-se a decadência do direito à cautela. Matéria de ordem pública que é, a decadência deve ser pronunciada de ofício pelo juiz” (CPC comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, 5ª ed., RT, 2001, pág. 1.238).

Esse posicionar doutrinário, afeito, aliás, aos termos expressos do Código de Processo Civil, tem sido recepcionado, com alguma constância, nos tribunais pátrios e, particularmente, nesta Corte. E tanto tem sido assim que, ao julgar a Apelação Cível n. 99.002961-1, de Tubarão, em 4 de maio de 1999, o eminente Des. Silveira Lenzi, ao lavrar o acórdão, ementou-o da seguinte forma:

“Ação cautelar preparatória. Separação de corpos. Não propositura da ação principal no trintídio legal. Cômputo do prazo a partir da efetivação da liminar. Cessação dos efeitos da medida. Extinção do processo. Inteligência dos arts. 806 e 808, I, do CPC.

“Nas ações cautelares preparatórias, o prazo para a propositura da ação principal conta-se a partir da efetivação da liminar, e, inobservado, acarreta a cessação dos efeitos da medida com a conseqüente extinção do processo.

“Recurso desprovido”.

Outro aresto, este da lavra do eminente Des. Sérgio Paladino, está assim posto:

“Pedido de separação de corpos deduzido em ação ordinária, mas recebido pelo magistrado como cautelar. Ação principal não intentada no trintídio. Pressuposto processual específico das medidas cautelares. Extinção do processo. Recurso desprovido” (Ap. Cív. n. 96.004370-5, de Itajaí, j. 14/5/98).

2. Invocando todas as vênias possíveis, e a despeito de reconhecer e curvar-me ao brilho e sapiência dos eminentes pares referenciados, quero deles, entretanto, discordar, como discordo da sentença invectivada, para firmar-me no entendimento de que a ação cautelar inominada, de que se trata, pelo fim alvejado, goza de foros de efetiva autonomia que lhe garantem condições de procedibilidade e de sucesso. É que, na seara em que se discute o direito invocado (Direito de Família), mostra-se de todo inoportuna a aplicação do artigo 806 do CPC.

Nessa quadra, aliás, socorro-me do ensinamento, sempre prestado, do insigne Galeno Lacerda para uma mais perfeita ilustração do que sustento neste voto.

Diz o festejado mestre, ao comentar o artigo 806 do CPC, que “No Direito de Família e no amparo ao menor e ao incapaz, o bom senso repele a caducidade. Se o juiz cautelarmente decretou a separação de corpos, a prestação de alimentos à mulher e aos filhos abandonados, o resguardo do menor contra o castigo imoderado ou contra a guarda nociva, a regulamentação do direito de visita, a destituição provisória do pátrio poder ou a do tutor

ou curador, é de evidência meridiana que o não ingresso da ação principal no prazo de 30 dias não pode importar respectivamente a reunião de corpos que se odeiam, o desamparo e a fome da mulher e da criança, a eliminação da visita, o retorno do indigno ao pátrio poder, à tutela e à curatela. Façamos justiça ao art. 806, que jamais visou a objetivos odiosos e nefandos. Interpretêmo-lo com inteligência e com bom senso” (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, vol. VIII, t. I, pág. 379).

Desta Corte de Justiça evoco precedente lavrado pelo ilustre Des. Pedro Manoel Abreu, ao julgar a Ap. Cív. n. 49.595, de Araranguá, em 12 de dezembro de 1996, *verbis*:

“Separação de corpos. Concessão da liminar. Decreto de cessação de eficácia da medida, pelo não ingresso da ação principal no trintídio. Inaplicabilidade do art. 806 ao direito de família. Caducidade da medida repelida.

“Pelo princípio da razoabilidade, na separação de corpos, assim como em outros procedimentos que envolvam o Direito de Família, o processo cautelar tem caráter autônomo, inaplicando-se o prazo do artigo 806 do CPC, de modo que não se há de cogitar de caducidade da medida cautelar deferida, pelo decurso do prazo de trinta dias sem o ingresso da ação principal.

“O deferimento do pedido de separação de corpos não tem sua eficácia submetida ao prazo do art. 806 do CPC” (Súmula 10, TJRS).”

Para melhor sacramentar minha posição em face da questão controvertida, respigando nos repositóri-

os jurisprudenciais, colhi o aresto que a seguir transcreverei, por amoldar-se à perfeição ao que ora se discute:

“Cautelar inominada. Separação judicial. Afastamento do varão do lar. Cabimento. É prudente decisão que manda o ex-marido afastar-se do imóvel onde permanecia com sua ex-mulher e os filhos, eis que a separação decretada extingue direitos, como a coabitação. Agravo improvido” (TJRS, 7ª C.C., AI n. 70000926337, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 7/6/2000).

E mais:

“Separação de corpos. Extinção. Falta de propositura da ação principal. Súmula 10, TJRGS.

“No Direito de Família, o bom senso repele a caducidade. Assim, o deferimento da separação de corpos não tem eficácia submetida ao Cânone Processual que exige a propositura da ação principal.

“Apelação provida” (TJRS, 7ª C.C., Ap. Cív. n. 599070968, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 9/6/99).

3. Respalçado nas lições e adinículos coletados aos repositórios jurisprudenciais, afigura-me possível afirmar que a decisão increpada, extintiva do processo cautelar inominado em questão, não merece aplausos, devendo, por isso mesmo, ser reformada, para aplicar-se, nesta instância, o que se engasta no § 3º do art. 515 do CPC, acrescentado pela Lei n. 10.352/01, que outorga ao Tribunal, nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (CPC, art. 267), competência para decidir, desde logo, a causa, se esta versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento. É o caso.

Ao pretender a separação judicial litigiosa, a ora apelante moveu contra o marido, ora apelado, ação cautelar de separação de corpos para desalojá-lo da casa destinada a ela e seus filhos. Posteriormente, movidos pela necessidade de colher a safra de fumo que juntos haviam plantado, os litigantes acordaram em pôr fim à cautelar de separação de corpos para ultimarem a colheita da safra de fumo, que demandaria um prazo de cerca de 6 (seis) meses. Ultrapassado tal prazo, porque realizada a colheita, e já encerrado o processo de separação, que foi convertido em separação consensual, voltou a virago a solicitar que o ex-marido deixasse a casa, não logrando sucesso. Por isso, propôs ela a ação cautelar inominada de que se trata, visando à definitiva separação de corpos. Essa ação é que foi extinta sem julgamento do mérito pelo MM. Juiz de Direito.

Sucedo que, nos termos do artigo 7º da Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, “a separação judicial importará na separação de corpos e na partilha de bens”.

Isso quer significar que o fato de já estar consolidada a separação obriga, por si só, a ambos os ex-consortes a abandonarem-se fisicamente. Por isso mesmo, a questão relativa à separação de corpos, único escopo desta demanda, é direito posto das partes, não havendo razão para alongar-se a discussão na instância inferior. E, se assim o é, há inteira razão para invocar-se, neste grau de jurisdição, a plena possibilidade de aplicação da norma insculpida no artigo 515, § 3º, do CPC. É que se está, neste momento, diante de questão exclusivamente de direito, cujo julgamento está à feição deste Tribunal. Daí meu

entendimento de que, em vez de substituir, simplesmente, a sentença reprochada, para devolver ao Juízo *a quo* a obrigação de resolver o mérito da ação, deve este Sodalício julgá-la inteiramente, desde já, para, em admitindo a ação cautelar inominada como forma procedimental adequada à postulação, julgar procedente o pedido, para determinar definitivamente a separação de corpos almejada pela apelante.

Por esses fundamentos, conhecimento do apelo e dou-lhe provimento, julgando procedente o pedido inicial, para decretar a separação de corpos perseguida. Condeno ainda o ora apelado ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), ficando sobrestada a exigibilidade do ônus sucumbencial, na forma dos arts. 11, § 2º, e 12 da Lei n. 1.060/50.

É como voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, conheceram do recurso e deram-lhe provimento, julgando procedente o pedido inicial, para decretar a separação de corpos, e condenaram o apelado ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados na quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais), observados os arts. 11, § 2º, e 12 da Lei n. 1.060/50.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Schaefer Martins. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros.

Florianópolis, 8 de agosto de 2002.

Mazoni Ferreira,
Presidente, com voto;
Luiz Carlos Freyesleben,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.013174-7, DE PORTO UNIÃO

Relator: Des. Cesar Abreu

Danos morais. Ação de indenização. Execuções fiscais. Instauração indevida: “inexistência de débito” e “erro reconhecido”. Inocorrência de conduta dolosa. Responsabilidade limitada ao ônus da sucumbência e/ou ressarcimento dos encargos suportados pelo contribuinte indevidamente chamado ao processo, como forma de evitar a irresponsabilidade do Fisco ou de seus agentes. Inaplicabilidade da teoria do risco administrativo. Inteligência do art. 37, § 6º, da CF. Sentença reformada. Recurso e remessa providos.

Ação de indenização. Danos morais decorrentes de processo de execução.

“A promoção de execução, como regra geral, constitui exercício regular de direito, não gerando obrigação de indenizar, ainda que reconhecida a falta de razão do exequente. Ressalva-se a hipótese que tenha agido dolosamente” (REsp n. 198.428/ SP).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.013174-7, da comarca de Porto União, em que é apelante o município de Porto União, sendo apelada Aurora Rankel:

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, prover o recurso e a remessa.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Cuida-se de ação de indenização por danos morais proposta por Aurora Rankel contra o município de Porto União pelo fato de ter o ente público deflagrado duas execuções fiscais objetivando a cobrança de débitos tributários, relativos a IPTU, um dos quais satisfeito na ocasião própria e outro correspondente a imóvel que não lhe pertence, causando-lhe transtornos e incômodos suscetíveis de reparação por dano moral.

Julgada procedente a ação, sobreveio apelo no qual o ente público propugna pela reforma da sentença, ausente a vontade livre e consciente de causar danos à autora, tendo, ademais, tão logo conhecido o fato, providenciado a baixa das execuções.

Oferecidas as contra-razões e ouvido o Ministério Público, os autos ascenderam a esta instância recursal.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Dálcio Moser, opinou pelo desprovimento do re-

curso e provimento parcial da remessa para redução da verba honorária.

II — Voto

Procede a insurgência.

Sustenta a autora que sofreu lesão moral decorrente do incômodo de ter que suportar duas execuções fiscais indevidas: a primeira, objetivando a cobrança de dívida já paga; a outra, referente a débito de imóvel pertencente a terceiro.

Não há dúvida, e o fato é confessado, que houve erro do setor de tributação do Município, mas não deliberado, segundo afirma. Essa hipótese, de comportamento doloso da Administração, aliás, não é mencionada na peça inicial.

Resta, pois, definir se o ajuizamento indevido de uma execução fiscal constitui causa suficiente para gerar lesão capaz de ensejar o direito a dano moral, tal qual pretendido.

O art. 26 da LEF permite a extinção da execução *sem qualquer ônus para as partes*.

Construiu-se, a partir daí, o entendimento de que o ente público deve indenizar as despesas que acarretar ao contribuinte sempre que incorra no ajuizamento de ação fadada ao insucesso, como é o caso de demandar por quantia já paga ou contra quem não seja o responsável tributário, provadas as despesas, como a de contratação de advogado (REsp n. 82.481/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros), in-

dependentemente do manejo dos próprios embargos. E assim é para que não repercuta em estímulo à irresponsabilidade do Fisco e de seus agentes.

No particular, colhe-se:

“Ocorrendo desistência da execução, ou cancelamento da inscrição, o executado faz jus à restituição das custas que houver adiantado e ao pagamento dos honorários de advogado que foi obrigado a contratar para defender-se” (REsp n. 2.483, rel. Min. Armando Rolemberg).

Ou ainda:

“A extinção da execução fiscal não cria ônus para as partes, todavia aqueles já efetivados em razão da ação, temerariamente intentada, devem ser responsabilizados a quem deu causa à lide” (REsp n. 8.336, rel. Min. Pedro Acioii).

Não há, de outra parte, falar em indenização por prejuízos morais (Lei de Execução Fiscal, Maury Ângelo Bottesini *et al*, RT, 3ª ed., 2000, pág. 250).

Esse entendimento decorre do fato de que o ajuizamento de uma demanda, em regra, constitui simples exercício do direito de ação e, como tal, sujeita o vencido, apenas, aos ônus da sucumbência.

Vejamos:

“Responsabilidade civil da administração pública. Dano moral. Contribuinte reputado devedor de tributo, indevidamente acionado em Juízo. Dano moral não caracterizado. O exercício de direito de ação exclui o dano moral. A sanção que decorre de ação improcedente é o ônus da sucumbência, não a indenização por dano moral. Artigo 5º, inciso V, da Constituição da

República de 1988. Ação improcedente. Recurso improvido” (LEX, JTJ 204/130).

E do acórdão extrai-se:

“Ora, o exercício do direito de ação não gera, por si, dano moral à parte acionada. A sanção para a ação improcedente é prevista na lei (Código de Processo Civil), ou seja, o ônus da sucumbência. Exclui, portanto, a indenização por dano moral assegurada pela Constituição da República (artigo 5º, inciso V). Não fosse assim, toda e qualquer ação julgada improcedente acarretaria, como consequência, a obrigação de indenizar, o que é inaceitável, porque o dano moral exige pressupostos outros e, precipuamente, decorrem da ilicitude. Não é ilícito o exercício de um direito, ainda que com insucesso”.

Outra seria a solução se houvesse agido o exequente, ora réu, dolosamente, ou tivesse se omitido, ou deliberadamente retardado a extinção da execucional tão logo demonstrado o pagamento ou a indevida exigência tributária.

É, aliás, o que pensa o Ministro Eduardo Ribeiro do STJ, *in verbis*:

“Ação de indenização. Danos morais decorrentes de processo de execução.

“A promoção de execução, como regra geral, constitui exercício regular de direito, não gerando obrigação de indenizar, ainda que reconhecida a falta de razão do exequente. Ressalva-se a hipótese que tenha agido dolosamente” (REsp n. 198.428/SP).

Em seu voto sustenta o Ministro:

“Embora sem invocá-lo expressamente, a fundamentação do acórdão encontra-se no artigo 160 do Código Civil que afasta a ilicitude do ato praticado no exercício regular de um direito. É verdade que, em razão do processo de execução, o devedor muitas vezes sofre abalo de seu crédito, mas não é por isso que o credor deve abster-se de cobrar aquilo que entende ser-lhe devido. Correto, portanto, o acórdão, quando estabelece a tese de que a execução, *somente provado o dolo*, poderá ser considerada ato ilícito, pelo qual o credor tenha que ressarcir o devedor. Por outro lado, o fato de existir decisão, transitada em julgado, suspendendo a exigibilidade dos títulos executados, donde se poderia concluir que o processo foi movido com dolo pela ré, teria que ter sido ponderado pelas instâncias ordinárias”.

Na órbita civil, não há dúvida que demandar por quantia já paga constitui um ato reprovável, sujeitando o demandante às sanções do art. 1.531 do CC, que trata das obrigações por ato ilícito. Não é de ser esquecido, entretanto, que, mesmo nessa hipótese, há que ser provada a má-fé do acionante. E mais, não incide a sanção quando o autor desistir da ação antes de contestada a lide (CC, art. 1.532).

Na lição de Clóvis Beviláqua, a sanção justifica-se apenas contra aquele promovente de ação comprovadamente maliciosa, àquele que “*tenta extorquir o alheio, sob o color de cobrar dívidas*” (Código Civil Comentado, vol. V, pág. 313).

Para Carvalho Santos, “Uma simples inadvertência não justifica a

imposição da pena, mas, se apesar de reavivada a matéria do credor insiste este no pedido, justificada está a má-fé capaz de legitimar a penalidade” (Comentários ao CC, vol. XX, pág. 345).

A sanção, assim, só se torna aplicável quando se constata a intencionalidade na reiteração da cobrança, caracterizando ato de verdadeiro locupletamento ilícito.

Portanto, só uma ação maliciosa é que pode gerar a responsabilização por danos morais.

In casu, sequer má-fé pode ser alegada, pois, tão logo tornado conhecido o pagamento e constatado o erro de lançamento quanto ao imóvel pertencente a terceiro, o próprio Município, sem a necessidade de intervenção do contribuinte ou de seu advogado, promoveu a baixa das execuções.

O Supremo Tribunal Federal ao editar a Súmula 159 o fez registrando que “a jurisprudência se orienta no sentido de somente reconhecer legítima a aplicação da penalidade do art. 1.531 do Código Civil se provados o dolo, a má-fé ou culpa grave da parte do credor que reclama, judicialmente, dívida já paga” (RE n. 3.755, rel. Min. Waldemar Falcão).

Há, nesta Câmara, precedente autorizativo da indenização por danos morais na hipótese de execução por quantia já paga (Ap. Cív. n. 2000.019426-3), entretanto, com a peculiaridade de ter o contribuinte sofrido incômodos e dissabores na busca da desativação da demanda, por resistência injustificável da Administração. Portanto, por circunstâncias

de fato subseqüentes ao aparelhamento da execucional.

Inaplicável, a toda evidência, a teoria do risco administrativo, prevista no art. 37, § 6º, da CF, porque o ajuizamento de uma ação não constitui uma prática ilícita, mas, antes de tudo, um direito constitucionalmente assegurado, não só ao particular mas igualmente ao ente público (CF, art. 5º, XXXV), não decorrendo do seu exercício regular qualquer prejuízo sob o ponto de vista moral.

Para ensejar o direito a reparação moral, ademais, necessária seria a identificação da conduta antijurídica da Administração e o nexo de causalidade desta com o dano.

III — Decisão

Diante do exposto, à unanimidade, provê-se o recurso e a remessa.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cars-tens Köhler. Lavrou parecer, pela dou-ta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Dálcio Moser.

Florianópolis, 26 de setembro de 2002.

João Martins,
Presidente, com voto;
Cesar Abreu,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1998.004392-1, DE JOINVILLE

Relator: Des. Jorge Schaefer Martins

Prestação de serviços médicos e hospitalares sob as modalidades de seguro-saúde e seguro de reembolso. Referenciamento de profissionais com estipulação pela companhia seguradora de hipótese específica para exclusão. Processo administrativo com participação de entidade que congrega médicos do município. Desligamento posterior sem causa.

Aforamento de pedido buscando a invalidade da exclusão do referenciamento, com a entrega dos maquinários e formulários próprios à percepção dos salários diretamente da companhia seguradora, além de danos materiais e morais.

Insurgimento contra a pretensão. Alegação de inexistência de contrato. Afirmação, por outro lado, da possibilidade de resilição contratual, dando-se a improcedência dos pedidos.

Sentença parcialmente procedente. Não reconhecimento unicamente dos danos morais.

Apelações cíveis. Companhia seguradora que busca a reforma integral do decísum, ou ao menos a mitigação do dano material estabelecido. Autores que pretendem o reconhecimento dos danos morais com a elevação da verba honorária.

Estabelecimento de contrato tácito entre as partes, em face da prestação de serviços e pagamentos respectivos, com a indicação em livro de referenciamento e fornecimento de máquinas decalcadoras e formulários.

“Em conformidade com o princípio do consensualismo, basta, para a perfeição do contrato, o acordo de vontades. O consentimento é suficiente para o perfazimento do ajuste, contrapondo-se ao formalismo e ao simbolismo que, em tempos primitivos, vigoravam.

“As partes têm o poder de alcançar os objetivos visados na contratação com o acerto puro e simples de vontades, dispensadas quaisquer formalidades. Bastam as declarações convergentes de vontades para que se considere perfeito e válido o ajuste, em função dos interesses visados” (Bittar, Carlos Alberto. Direito dos contratos e dos atos unilaterais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, pág. 36).

Resilição contratual. Possibilidade. Observância, no entanto, das bases em que se deu a formação do contrato. Fixação de causa e procedimento para exclusão do referenciamento provinda de ato unilateral da companhia seguradora. Vinculação obrigatória daí decorrente.

“O princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. O contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenha de ser cumprido. Estipulado validamente seu conteúdo, vale dizer definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes, força obrigatória. Diz-se que é intangível, para significar-se a irretratabilidade do acordo de vontades. Nenhuma consideração de equidade justificaria a revogação unilateral do contrato ou a alteração de suas cláusulas, que somente se permitem mediante novo concurso de vontades. O contrato im-

porta restrição voluntária da liberdade; cria vínculo do qual nenhuma das partes pode desligar-se sob o fundamento de que a execução a arruinará ou de que não o teria estabelecido se houvesse previsto a alteração radical das circunstâncias.

“Essa força obrigatória atribuída pela lei aos contratos é a pedra angular da segurança do comércio jurídico” (Gomes, Orlando. Contratos. 12ª ed., 6ª tir., Rio de Janeiro: Forense, 1993, pág. 38).

Reconhecimento da ilegalidade do procedimento. Determinação de reinclusão no livro de referenciamento e devolução das máquinas decalcadoras e formulários.

Danos materiais. Demonstração da ocorrência de prejuízos advindos da sensível diminuição da clientela. Obrigação de indenizar. Alteração na sentença, no entanto, quanto à forma de cálculo. Consideração da média de atendimentos realizados enquanto não ocorrida a exclusão, abatidos os realizados posteriormente sob a forma de reembolso.

Provimento parcial do apelo da Bradesco Seguros S.A.

Recurso objetivando o reconhecimento da configuração dos danos morais. Impossibilidade. Procedimento que ensejou danos de ordem econômico-financeira, sem que se tenha demonstrado o abalo moral.

Majoração da verba honorária. Incabimento na hipótese. Consideração pelo togado de primeiro grau do trabalho desenvolvido, observado o princípio da razoabilidade.

Improvemento do apelo dos autores.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1998.004392-1, da comarca de Joinville (Juizado Especial Cível), em que são apelantes e apelados Bradesco Seguros S.A. e Adilson Techio e outros:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso da Bra-

desco Seguros S.A., negando provimento ao recurso dos autores.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Adilson Techio, Aldo Mário Gonçalves Dias, Álvaro Machado Pacheco Neto, Antônio Carlos Ribeiro Marichal, Carlos Augusto Cardim de Oliveira,

Dalisbor Marcelo Weber Silva, Dalmo Claro de Oliveira, Goretti Silveira Rodrigues, Iberê Pires Condeixa, Luiz Antônio de Araujo, Mário Sato, Mauro César D'Aquino Silveira, Pedro Geraldo Rosa Lopes Nunes, Sandra Maria Steil Fagundes intentaram ação de indenização contra Bradesco Seguros S.A., alegando que firmaram “acordo operacional”, por meio do qual a ré se comprometeu “a aceitar o referenciamento *Universal e Livre*, da totalidade dos associados da Sociedade Joinvilense de Medicina, quando estes desejarem”; assegurar “o direito de livre escolha dentro (*sic*) os prestadores de serviço, tanto de médicos como de hospitais, clínicas e laboratórios, garantindo assim o acesso direto de pacientes a qualquer profissional na clínica que desejar, desenvolvendo e estimulando o espírito de competitividade, como dando azo à melhora da qualidade de serviços prestados”; remunerar integralmente os médicos de conformidade com a tabela da AMB; renunciar a qualquer limite de teto no que tange a consultas e procedimentos médico-hospitalares; excluir o profissional da medicina apenas mediante fraude comprovada e após processo administrativo, garantindo ao médico o direito à ampla defesa e, permitida, ainda, a participação da Sociedade Joinvilense de Medicina.

Aduzindo que a ré, ao renovar o credenciamento dos médicos, excluiu 61 (sessenta e um) profissionais e 12 (doze) clínicas sem declinar qualquer justificativa, sustentam os autores a procedência do pedido, que consistiu na pretensão de condenação ao pagamento de indenizações decorrentes dos prejuízos havidos com a diminuição do número de consultas mensais

de cada um deles, assim como reparação do dano moral decorrente do ato da empresa-ré, a recolocação de seus nomes na lista de referenciamento, dando-se a conseqüente devolução das máquinas decalcadoras e formulários respectivos, com a cominação de multa diária em caso de não cumprimento.

Juntaram os documentos de fls. 20/84.

Às fls. 87/88 retornaram os autores postulando o aditamento da inicial a fim de que seja permitido o ingresso na lide dos médicos José Henrique Cabral e Marco Antônio Moura Reis.

Em contestação, a ré rebateu os argumentos apresentados pelos autores, buscando traçar inicialmente um diferencial entre os procedimentos regulados para o seguro de reembolso de despesas de assistência médica ou hospitalar, afirmando que numa primeira hipótese o segurado paga diretamente ao prestador de serviço sendo reembolsado pela seguradora, enquanto na situação seguinte, a seguradora paga, diretamente ao prestador de serviços, o valor devido, em nome e por conta do segurado.

Tece considerações a respeito da legislação que regula a matéria, informando que o caso tratado nos autos é da modalidade contratual denominada “reembolso de despesas de assistência médica e/ou hospitalar”, sendo necessária a exata compreensão do que se deva entender por “seguro-saúde”, modalidade que difere do “seguro de reembolso”.

Na continuidade, busca informar que o contido na inicial deixa clara a confusão entre as modalidades contratuais distintas antes referenciadas,

acrescendo que no contrato de reembolso é admissível a celebração de acordos ou convênios pela entidade seguradora, ao passo que tal não se faz possível quando se cuida de contrato de seguro-saúde.

Aduz também que o pleito de reinclusão do nome na lista de referenciamento e entrega dos equipamentos necessários ao pagamento direto pela seguradora é incabível, pois que não há obrigatoriedade da seguradora em referenciar médicos ou estabelecimentos de saúde, cuidando-se de situação facultativa.

Afirma a inépcia da inicial no tocante ao pedido de indenização por danos morais, em face da ausência de pedido certo e determinado, o que impossibilita o exercício da ampla defesa.

Enfatiza ainda que não houve a indicação do *quantum* do prejuízo material, providência que lhes incumbia, mas o que é fundamental é o reconhecimento da possibilidade de resilição e, por conseguinte, dá-se o afastamento da configuração da culpa, pressuposto indispensável a se cogitar em reparação de dano. Ainda nesse particular, disse da absurda pretensão manifestada, referente à percepção de média mensal de atendimentos, pois o que se poderia considerar seria a diferença entre elas e a média do quanto lhes pagaram os segurados que continuaram seus clientes.

Finalmente, postulou pelo indeferimento do pedido em condenação por danos morais em face da inépcia da inicial nesse ponto, e a improcedência dos demais.

Acostou documentos de fls. 117/125

Inexitosa a conciliação, os autores impugnaram a contestação, reiterando os argumentos aduzidos na exordial.

Apresentaram os documentos de fls. 152/166.

A ré às fls. 170/176 manifestou-se a respeito das provas.

Sentenciando, o MM. Juiz *a quo* julgou procedente em parte o pedido, determinando o retorno do nome dos autores na lista de referenciamento, bem como da entrega das máquinas decalcadoras e dos formulários, sob pena de multa diária no valor de 1 (um) salário mínimo.

Como decorrência, condenou a ré ao pagamento de indenização por danos materiais a serem fixados em liquidação de sentença, bem como às despesas processuais e honorários advocatícios, estes no valor de 10% (dez por cento), dando pela improcedência do pedido de condenação em danos morais.

Irresignadas, ambas as partes apelaram, pleiteando a reforma do *decisum*.

A ré insiste na afirmação de que se trata de resilição contratual e não rescisão contratual, enfatizando, além disso, com base na Resolução n. 11/76 expedida pelo CNSP que existem dois procedimentos permitidos para o seguro de reembolso de despesas médicas ou hospitalares, ou o pagamento é efetuado diretamente pelo segurado a fim de ser restituído posteriormente pela seguradora ou ela própria paga ao prestador do serviço.

Reafirmou, ainda, que não se pode confundir seguro-saúde com se-

guro de reembolso, pois apenas no segundo é admitida a celebração de acordos ou convênios.

Nega também a alegada violação à liberdade de escolha à consideração de que os segurados podem solicitar a prestação de serviços inclusive de médicos não referenciados, servindo como prova o fato de que os próprios autores continuaram atendendo os segurados.

Mencionando, por derradeiro, que a celebração de convênio é facultativa, postula a ré o provimento do recurso a fim de que sejam julgados improcedentes os pedidos formulados pelos autores.

Estes, por sua vez, pretendem a condenação da ré no que tange ao pedido de indenização por dano moral, bem como a majoração da verba honorária ao patamar de 20% (vinte por cento).

Com as contra-razões, ascenderam os autos a esta Corte.

II – Voto

Dois são os recursos, merecendo, por conseguinte, análise diferenciada.

Princípio pelo recurso interposto pela Bradesco Seguros S.A., uma vez que eventual provimento poderia vir a determinar a prejudicialidade do recurso interposto pelos autores.

Em que pese a argumentação apresentada, a sentença é de ser mantida em sua parte substancial.

Com efeito, do exame percuente dos autos percebe-se ter havido a formalização de “Termo de acordo para normatizar prestação de serviços sob a forma de referenciamento ou credenciamento”, celebrado

entre a Bradesco Seguros S.A. e diversos médicos, dentre os quais os autores (fls. 47/63), existindo ainda o acordo operacional a ser firmado entre referidas partes (fls. 65/68), que acabou não sendo concretizado.

Apesar disso, a ré, não obstante o termo de distrato motivado por Resolução do Cremesc e Nota Oficial do Conselho Federal de Medicina (fl. 69), comunicou ao Dr. Carlos Augusto Cardim de Oliveira o seu consentimento quanto às regras estabelecidas no acordo operacional (fls. 70/72), nestes termos:

“Como é de seu conhecimento estamos hoje, tendo em vista o pronunciamento do Conselho Regional de Medicina de Santa Catarina de 25 de janeiro de 1990, rescindindo o *acordo operacional* firmado com os médicos de Joinville em 14 de dezembro de 1989. Tal acordo não teve outro objetivo senão que o de deixar clara a maneira do Bradesco Seguros tratar os médicos por ele referenciados, nos termos, aliás, do Código de Ética Médica e das peculiaridades locais. Desta maneira, com seus princípios vão permanecer, apressamo-nos a comunicar a V. Sa. que sempre respeitaremos o nele estabelecido ou seja que:

(...)

“r) A exclusão futura de qualquer médico associado à SJM, do referenciamento junto à Bradesco, só poderá ser efetuada por fraude comprovada e após processo administrativo, em (*sic*) direito amplo de defesa e com participação da Sociedade Joinvillense de Medicina”.

Portanto, verifica-se que o cerne da questão limita-se ao fato de a

seguradora ter excluído os autores do seu cadastro de referenciamento sem que fossem adotadas aquelas medidas estabelecidas no contrato celebrado entre as partes, o qual, embora não assinado, validou-se devido ao consentimento externado pelos celebrantes.

Tudo decorreu do interesse da Bradesco Seguros S.A. em passar a operacionalizar na cidade de Joinville o seguro referente à prestação de serviços médicos e hospitalares, tendo havido contato com representante de diversos profissionais da medicina no afã de implementar a atividade.

Ocorreu, então, o prévio contato para o estabelecimento de bases a serem observadas quanto à prestação de serviços e pagamentos devidos, sem que, no entanto, tenha ele sido formalizado, em razão dos motivos já declinados.

Foi então que restou expedida a correspondência antes mencionada, na qual ocorreu a expressa manifestação da Bradesco Seguros S.A., dando conta do referenciamento, como da forma como pretendia tratar os casos em que entendesse necessária a exclusão de profissionais de sua lista.

Pretende a ré que venha a prevalecer o entendimento de que o simples comunicado expedido aos médicos até então referenciados é suficiente para a desvinculação contratual, circunstância que não pode vir a ser acatada diante das peculiaridades do caso concreto, pois foi por ela própria manifestada a intenção de agir de acordo com determinadas providências, não decorrendo de exigência dos médicos que foram admitidos.

Isso é importante para a solução da *quaestio*, pois que em nenhum momento houve a negativa de referenciamento dos autores, significando dizer que eles estavam incluídos no prefalado livro de profissionais e estabelecimentos aptos a prestar serviços, cuidando-se de fato incontroverso.

Há, portanto, o reconhecimento da existência de um contrato não subscrito por ambas as partes, mas no qual ocorreu a manifestação de propósito de uma delas, aceita tacitamente pela outra que, em conseqüência, passou a operar de acordo com os moldes estabelecidos.

Sobre o assunto, colhe-se da doutrina:

“Em conformidade com o princípio do consensualismo, basta, para a perfeição do contrato, o acordo de vontades. O consentimento é suficiente para o perfazimento do ajuste, contrapondo-se ao formalismo e ao simbolismo que, em tempos primitivos, vigoravam.

“As partes têm o poder de alcançar os objetivos visados na contratação com o acerto puro e simples de vontades, dispensadas quaisquer formalidades. Bastam as declarações convergentes de vontades para que se considere perfeito e válido o ajuste, em função dos interesses visados” (Bittar, Carlos Alberto. *Direito dos contratos e dos atos unilaterais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, pág. 36).

Aqui ingressa, então, a questão referente à rescisão ou resilição contratual. A matéria já foi bem explicitada pelo ilustre patrono da Bradesco Seguros S.A., buscando diferenciar os

dois institutos, como dizer de quando e como podem vir a ser utilizados.

Orlando Gomes diz que a resilição é o “modo de extinção dos contratos de vontade de um ou dos dois contratantes, acrescentando que a rescisão possui, em boa técnica, significado diverso, muito mais restrito”, concluindo que “seguindo a terminologia francesa, reserva-se aqui o vocábulo resilição para a dissolução do contrato por simples declaração de vontade de uma ou das duas partes contratantes” (Contratos. 12ª ed., 6ª tir., Rio de Janeiro: Forense, 1993, pág. 206).

Mais adiante, tratando especificamente da resilição unilateral dos contratos por tempo indeterminado, assevera ser o meio próprio para dissolvê-los, pois, em hipótese contrária, impossível seria ao contratante libertar-se do vínculo estabelecido. Para que possa ter validade, obrigatória a notificação da outra parte, produzindo efeitos *ex nunc* (op. cit., pág. 207).

A resilição, em resumo, tem por pressuposto a unilateralidade e a ausência de causa específica, enquanto a rescisão deve estar fundada em motivação definida, podendo assim ser unilateral, ou quando for do interesse de ambas as partes contratantes.

Contudo, tais peculiaridades não afetam a situação em análise, pois que havendo o estabelecimento de relação com determinado regramento, que foi imposto a si mesma pela Bradesco Seguros S.A., no sentido de somente poder rever o referenciamento desde que observada a existência de fraude comprovada e após processo administrativo, estipulou, destarte, a forma como deveria proceder caso assim o quisesse.

Não lhe é dado buscar referendar seu procedimento nesta oportunidade, invocando em seu favor a perspectiva de vir a acionar a resilição, sob pena de violar o princípio da obrigatoriedade.

A respeito, interessante consignar novamente, o escólio de Orlando Gomes:

“O princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. O contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenha de ser cumprido. Estipulado validamente seu conteúdo, vale dizer definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes, força obrigatória. Diz-se que é intangível, para significar-se a *irretratabilidade* do acordo de vontades. Nenhuma consideração de equidade justificaria a revogação unilateral do contrato ou a alteração de suas cláusulas, que somente se permitem mediante novo concurso de vontades. O contrato importa restrição voluntária da liberdade; cria vínculo do qual nenhuma das partes pode desligar-se sob o fundamento de que a execução a arruinará ou de que não o teria estabelecido se houvesse previsto a alteração radical das circunstâncias.

“Essa força obrigatória atribuída pela lei aos contratos é a pedra angular da segurança do comércio jurídico” (op. cit., pág. 38).

De tal sorte, tenho que no caso específico, efetivamente, não era dado à Bradesco Seguros excluir o nome dos autores do livro de referenciamento, posto que tal atitude implica em desrespeito à forma estabelecida para a vigência da avença entre eles havida, tendo ocorrido correta interpretação por parte da autoridade judiciária de primeiro grau.

Como consectário lógico de tal conclusão, deve ocorrer, como determinado, a reinclusão dos autores no livro indicativo dos profissionais e entidades referenciadas, com a devolução do maquinário e formulários próprios para a documentação, e posterior percepção dos rendimentos, pagos diretamente pela seguradora.

Resta evidenciada, de outra parte, a conformação dos danos materiais reclamados, uma vez que o referenciamento possibilita o atendimento médico sem o desembolso do segurado, já que o pagamento é feito diretamente pela companhia seguradora ao prestador de serviços, o que deixa clara a possibilidade de opção por aqueles que continuaram a integrar o livro indicativo de tal condição. Estando provada, como está, a minoração dos atendimentos, pois a partir do momento em que não mais era possível o pagamento pela companhia, exigindo o estipêndio pelo segurado com posterior devolução nos limites do seguro pela Bradesco Seguros, menor foi a quantidade de pessoas atendidas, fica claro o prejuízo econômico havido.

No entanto, reparo deve ser feito à sentença prolatada quanto aos limites da indenização por danos materiais. É que o ato sentencial, em sua parte dispositiva, apesar de remeter a

apuração dos valores à liquidação de sentença, não explicitou claramente a necessidade de, em se verificando a média de atendimentos mensais havidos antes da exclusão do referenciamento, buscar-se a apuração da média de consultas perdidas por mês, abatendo-se as que continuaram a ocorrer.

Isso torna-se fundamental, de forma a não permitir dupla remuneração pelo mesmo serviço.

Modifica-se a sentença, por conseguinte, neste único ponto.

Com referência ao recurso dos autores, não merece provimento.

A exclusão dos danos morais foi explicitada da seguinte forma:

“(…) É que não conseguiram os autores comprovar onde estaria o prejuízo moral. Não basta alegar. Antes, necessário se torna demonstrar que o abalo moral sofrido trouxe desconforto perante a sociedade e aqueles que o cercam, a ponto de causar constrangimento ao lesado.

“Se o desreferenciamento trouxe prejuízo material, e isto é inegável, o mesmo não aconteceu no campo moral. Não se encontra nos autos um só elemento que demonstre a sua ocorrência.

“Já se decidiu:

‘Qualquer agressão à dignidade pessoal lesiona a honra, constitui dano moral e por isso é indenizável. Valores como a liberdade, a inteligência, o trabalho, a honestidade, o caráter e tantos outros com selo de perenidade, aceitos pelo homem comum, formam a realidade axiológica a que todos estamos sujeitos. Ofensa a tais postulados exige compensação inde-

nizatória, *mas é indispensável demonstração cabal e inequívoca do gravame sofrido* (Ap. Cív. n. 40.541, de Joinville, rel. Des. Francisco Xavier Medeiros Vieira, in DJ n. 8.911, de 19/1/94, pág. 5) (fl. 187).

Para bem definir a questão, conveniente salientar que o dano moral tem a seguinte conotação:

“Qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social)” (Bittar, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1994, pág. 43).

Contudo, para que se possa cogitar de seu reconhecimento, como bem acentuou a sentença, há necessidade de comprovação, uma vez que a simples inclusão em livro de referenciamento não pode servir como suporte à conclusão de que se trate de forma de aferir a capacidade de profissional da medicina. Pode o médico aceitar ou não seu referenciamento, dependendo de seu interesse, sem que isso venha a ensejar maior ou menor credibilidade

ou respeito acerca de sua atuação profissional.

Necessidade não há de serem acrescidos outros fundamentos.

No que concerne à remuneração advocatícia, tenho que andou bem o Togado *a quo*, pois considerou terem os autores decaído de parte mínima do pedido e, considerando o trabalho realizado em processo no qual não houve sequer a necessidade de instrução, arbitrou a verba advocatícia no percentual de 10% (dez por cento) sobre a condenação.

Por tais razões, voto pelo parcial provimento do recurso da Bradesco Seguros S.A. e pelo improvimento do recurso dos autores.

III – Decisão

Ante o exposto, deu-se parcial provimento ao recurso da Bradesco Seguros S.A. e negou-se provimento ao recurso dos autores.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Monteiro Rocha.

Florianópolis, 15 de agosto de 2002.

Mazoni Ferreira,
Presidente, com voto;
Jorge Schaefer Martins,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.017355-0, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Jorge Schaefer Martins

Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Extravio de documentos. Abertura de conta corrente com documentos falsificados. Negligência da instituição bancária.

Emissão de cheques em lojas comerciais. Inscrição do nome do apelado nos órgãos de proteção ao crédito. Abalo configurado.

Argüição de preliminar de ilegitimidade passiva ad causam. Mérito e preliminar que se confundem. Análise conjunta.

Responsabilidade civil do banco na abertura da conta corrente. Configuração. Utilização de documentos falsificados. Situação inadmissível.

“Os bancos prestam, atualmente, uma multiplicidade de serviços à população que não mais restringe a suas origens, ligada ao fornecimento de crédito. A sofisticação dos serviços por meio da informática amplia os problemas e exige soluções jurídicas. Por outro lado, não somente a lei, mas os tribunais assumem posição rigorosa no tocante às instituições financeiras, mormente porque suas atividades dizem respeito aos recursos financeiros de toda a população e do país. Ainda, pelo fato de serem bancos repositórios da confiança de seus depositantes, é justo que deles esperemos o mais elevado serviço e correição” (Venosa, Sílvio. Direito Civil — contratos em espécie e responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2001, pág. 634).

Desnecessidade de comprovação do dano moral. Presunção decorrente da ilegalidade do ato praticado.

Sendo a inscrição em órgãos de proteção ao crédito indevida, presume-se o abalo sofrido, ensejando à parte o direito a indenização.

Valor da indenização. Critérios para fixação do quantum indenizatório adstritos à discricionariedade do julgador e condições particulares das partes e da situação fática.

Adequação da quantia de molde a representar justa satisfação do dano sem configurar enriquecimento ilícito. Atenção à função repressora e pedagógica da indenização. Redução.

Pedido certo. Mitigação. Reflexos nas verbas sucumbenciais.

Provimento parcial do recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.017355-0, da comarca de Itajaí (1ª Vara), em que é apelante Banco

ABN Amro S.A. e apelado João Luiz Valhate:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

João Luiz Valhate intentou ação de indenização por danos morais contra Banco Real, alegando ter extraviado vários de seus documentos no dia 16 de dezembro de 1996.

Esclareceu que, meses após, quando já providenciava os novos documentos, compareceu a sua residência uma pessoa querendo-lhe cobrar um cheque do banco réu supostamente emitido pelo autor.

Asseverou que se deparou com uma conta corrente aberta no banco réu em seu nome devido à utilização dos documentos extraviados.

Aduziu ainda que tomou conhecimento de que tinha seu nome cadastrado nos órgãos creditícios, em razão da emissão de mais de 50 (cinquenta) cheques da conta fraudulenta.

Ressaltando que esses acontecimentos trouxeram-lhe muitos prejuízos, uma vez que esteve impossibilitado de efetuar compras a prazo, postulou a procedência do pedido para que o réu seja condenado ao pagamento de 200 (duzentos) salários mínimos a título de dano moral.

Citado, o réu contestou o pedido, argüindo, preliminarmente, ilegitimidade passiva *ad causam*. No mérito, alegou a ausência de culpa ou dolo, uma vez que o banco agiu de acordo com a determinação do Banco Central quando da abertura da conta corrente. Mencionou, também, a ausência de nexo de causalidade em relação ao dano

moral pretendido, dado que não existe nexos causal entre o fato da abertura da conta com os possíveis danos causados.

Argumentou, por último, a inexistência de dano moral, visto que o autor somente relatou o possível dano havido, não juntando documentos que declarassem a impossibilidade de aquisição de mercadorias a prazo. Por fim, pugnou contra o *quantum* indenizatório.

Impugnando a contestação, o autor refutou todos os argumentos descritos nesta.

Na audiência de conciliação, instrução e julgamento, as partes desistiram da produção de provas, requerendo o julgamento antecipado da lide.

Sentenciando, o MM. Juiz de primeiro grau julgou procedente o pedido, condenando o réu ao pagamento de 200 (duzentos) salários mínimos a título de danos morais, determinando o cancelamento da inscrição do nome do autor no cadastro de emitentes de cheque sem fundos, assim como a exclusão do nome do autor no SPC ou qualquer órgão creditício, referentes aos cheques do Banco Real.

Outrossim, condenou o réu ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes no patamar de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Irresignado, apelou o vencido, sustentando a carência da ação, por ilegitimidade passiva *ad causam*, reiterando, no mérito, as alegações aduzidas na resposta.

Pretendeu, a final, a redução da verba indenizatória.

Com as contra-razões, subiram os autos a este grau de jurisdição.

II – Voto

A preliminar confunde-se com o mérito, motivo pelo qual serão analisados simultaneamente.

Com efeito, o apelante nega essencialmente ser o causador do dano havido pelo apelado, uma vez que procedeu com todas as cautelas necessárias, determinadas pelo Banco Central, para a abertura da conta corrente.

Afirma que agiu com zelo ao abrir a conta, visto que os documentos utilizados eram originais, conquanto falsificados, sobrevivendo o conhecimento da adulteração apenas com a citação da presente demanda.

Contudo, é cediço a importância da prevenção para a abertura de contas correntes, levando em consideração que os bancos prestam serviços indispensáveis à população.

Sílvio Venosa, em seu livro Direito Civil — contratos em espécie e responsabilidade civil, Ed. Atlas, São Paulo, 2001, pág. 634, expõe claramente a função do banco na sociedade, prelecionando:

“Os bancos prestam, atualmente, uma multiplicidade de serviços à população que não mais restringe a suas origens, ligada ao fornecimento de crédito. A sofisticação dos serviços por meio da informática amplia os problemas e exige soluções jurídicas. Por outro lado, não somente a lei, mas os tribunais assumem posição rigorosa no tocante às instituições financeiras, mormente porque suas atividades dizem respeito aos recursos financeiros de toda a população e do país. Ainda,

pelo fato de serem bancos repositórios da confiança de seus depositantes, é justo que deles esperemos o mais elevado serviço e correção”.

Dessa forma, o banco deve agir com todas as cautelas necessárias para a abertura da conta, o que não ocorreu no caso concreto, tendo o banco sido negligente.

O artigo 159 do Código Civil prescreve: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano”.

Sabe-se que a responsabilidade civil deriva da subsistência ou não da culpa do agente, com o conseqüente dever de indenizar os danos causados pelo ato ocorrido. A culpa é o não-cumprimento de um dever que a pessoa devia conhecer e observar.

Sílvio Venosa utilizando-se dos ensinamentos de José de Aguiar Dias (1979; v. 1:136) comenta a prolixidade na definição da culpa ao estabelecer que:

“A culpa é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais de sua atitude” (*op. cit.*, pág. 506).

Concluindo:

“A culpa abrange não somente o ato ou conduta intencional, o dolo (delito, na origem romana), mas também os atos ou condutas eivadas de negligência, imprudência ou imperi-

cia, a culpa em sentido estrito (quase delito)”.

O ato de principiar uma conta corrente com documentos falsificados assinala uma omissão negligente por parte do banco impondo sua responsabilização:

“A existência de uma ação (de um ato) comissiva ou omissiva é um dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil. Tal ação é normalmente qualificada pelo direito como ilícita, podendo ainda ser lícita, diante dos princípios da moderna responsabilidade objetiva” (Tasca, Flori Antonio. Responsabilidade civil – dano extrapatrimonial por abalo de crédito, 2ª edição, Curitiba: Juruá, pág. 4).

Dos documentos colacionados nos autos, verifica-se que a instituição bancária foi totalmente negligente ao encetar a conta corrente em nome do apelado, faltando com as cautelas devidas para deduzir que a pessoa que se identificou na agência não era o autor. Além de que, observando as assinaturas dos documentos de carteira de identidade e do CPF, comprova-se a evidente distinção entre as assinaturas do autor e aquelas efetuadas pelo correntista.

Destarte, torna-se evidente a responsabilidade do apelante pelos danos causados ao apelado, visto que com a abertura da conta corrente o estelionatário emitiu vários cheques, os quais redundaram com o nome do apelado nos órgãos creditícios.

Superado tal aspecto, que importa no reconhecimento da responsabilidade do banco acionado e, por conseguinte, na rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva, necessária

a verificação da pretensão de rediscussão do dano moral, sua configuração e a verificação do valor a ser fixado para pagamento.

É sabido que em sede de dano moral não há a exigência de comprovação do dano havido. Sendo suficiente para a configuração o conhecimento de que determinado procedimento resultou em prejuízo à integridade psíquica do indivíduo ou à personalidade moral.

Assim, a simples existência de restrição ao crédito, por si só, já é suficiente para comprovar a ocorrência do dano moral, uma vez que, nos dias atuais, a ninguém é dado adquirir bens no comércio sem que por parte do comerciante haja a cautela de empreender-se pesquisa acerca da pessoa do pretense adquirente de produtos. Nessa conformidade, estando o comércio quase que totalmente integrado aos sistemas que cuidam dos registros de inadimplência, basta que alguém venha a procurá-lo para que, constando o nome no cadastro, ocorra a negativa da compra pretendida, sujeitando quem em tal condição se encontra a vexame e humilhação.

A respeito, transcreve-se à guisa de ilustração:

“Ação de indenização por abalo moral e de crédito. Comprovação do dano moral sofrido. Irrelevância.

“Em sede de dano moral, na sistemática atual, não se cogita mais da necessidade de prova do prejuízo. Basta a consciência de que determinado procedimento atinge a moralidade e a tranquilidade psíquica do indivíduo, para estar configurado o dano” (Ap. Cív. n. 98.001721-1, de Canoinhas, rel. Des. Silveira Lenzi).

Ainda da jurisprudência: “Cabimento de indenização, a título de dano moral, não sendo exigível a comprovação do prejuízo” (RT 614/299).

Os julgados são uníssonos nesse sentido:

“Dano moral. Protesto indevido. Desnecessidade de comprovação do dano.

“Em sede de dano moral, na sistemática atual, não se cogita mais da necessidade de prova do prejuízo. Basta a consciência de que determinado procedimento atinge a moralidade e a tranqüilidade psíquica do indivíduo, para estar configurado o dano.

“Recurso desprovido” (Ap. Cív. n. 99.005098-0, comarca de Papanduva, rel. Des. Silveira Lenzi, Terceira Câmara Civil do TJSC, julgado em 15 de agosto de 2000).

O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, também já se manifestou:

“Responsabilidade civil. Banco. SPC. Dano moral e dano material. Prova. O banco que promove a indevida inscrição de devedor no SPC e em outros bancos de dados responde pela reparação do dano moral que decorre dessa inscrição. A exigência de prova de dano moral (extrapatrimonial) se satisfaz com a demonstração da existência da inscrição irregular. Já a indenização pelo dano material depende de prova de sua existência, a ser produzida ainda no processo de conhecimento. Recurso conhecido e provido em parte” (REsp n. 51.158, Min. Ruy Rosado de Aguiar).

Outro não é o entendimento da doutrina, conforme se verifica da seguinte lição:

“O direito a indenização, o injusto suscetível de ressarcimento, nasce do próprio ato, do lançamento do nome da vítima no rol destinado a inadimplentes. Nada de exigir prova acerca da angústia e humilhação que o ofendido nem sempre se submete. O ilícito está no ato culposo de encaminhamento do nome de alguém a bancos de dados que visam à proteção de crédito. E é o bastante para que haja indenização. Despiciendo se torna ao autor efetuar a ginástica intelectual na tentativa de mostrar que sofreu vexação em algum estabelecimento comercial, quando foi efetuar compra e foi glosado porque seu nome apareceu na ‘lista negra’. Este fato nem sempre ocorre e nem por isso o ofensor deixará de ser responsável pela injuricidade de seu ato” (Santos, Antônio Jeová. Dano moral indenizável, 3ª edição, São Paulo: Método, 2001, pág. 497).

Quanto à redução do *quantum* indenizatório, razão assiste ao apelante. Na verdade, em que pese o entendimento do Magistrado, sabe-se que a quantificação da indenização por abalo moral é tema bastante controvertido, tanto na doutrina como na jurisprudência.

Carlos Dias Motta, discorrendo sobre o tema, assenta:

“(…) uma das maiores resistências ao acolhimento da indenização por dano moral era justamente a dificuldade da apuração de seu valor. Por não ter natureza reparatória, torna-se difícil ou até mesmo impossível a fixação da indenização em valor equivalente ao dano. (...) A questão da quantificação é, no estado de nosso direito,

sem dúvida, o grande desafio de quantos cuidam do dano moral” (Dano Moral por Abalo Indevido de Crédito. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 88, vol. 760, de fevereiro de 1999, pág. 83).

Portanto, cabendo ao magistrado o arbitramento da indenização, respeitado o princípio do livre convencimento motivado ante a dificuldade na valoração do dano moral, mister se faz a utilização de determinados critérios que o auxiliem a desanuviar o processo de quantificação.

Estes critérios, por sua vez, estabelecidos pela prática jurisdicional, devem atentar a particularidades tanto do ofendido como do ofensor. Assim, leva-se em conta, dentre outros, o transtorno sofrido e a posição social da vítima, além da capacidade financeira do agente. A força punitiva da indenização também deve ser considerada, de modo que, ao mesmo tempo em que o agente danoso sinta-se coibido a reiterar a prática ilícita, a vítima não seja enriquecida imprópria e demasiadamente.

Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça se posiciona, nestes termos:

“O valor de indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor e, ainda, ao porte econômico do réu, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso”

(REsp n. 240441/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 5/6/2000, pág. 00172).

No caso em apreço verifica-se que a vítima apresenta como profissão a de eletricista, possuindo, portanto, nível de vida condizente com sua situação, motivo pelo qual se deve atentar ao valor indenizatório de modo que não lhe seja propiciado o enriquecimento sem causa, sobretudo levando-se em conta que o autor não evidenciou os danos havidos.

Por outro lado, atendendo-se às qualidades da apelada, verifica-se sua plena capacidade econômica, ante seu poderio e renome, cuja conformação é internacional.

Dessa feita, acatando-se a tendência que prevalece nesta Câmara, de ponderar a quantificação do dano de molde a não banalizar o instituto, e considerando todos os aspectos já mencionados, dentre os quais o valor dos títulos, a proibição de enriquecimento sem causa pela vítima do abalo moral e a máxima de se coibir a reiteração da prática danosa pelo ofensor, entendo que o valor igual a R\$ 14.000,00 (quatorze mil reais) reveste-se de justiça, motivo pelo qual se deve proceder à reformulação, com a incidência de correção monetária e juros de 6% ao ano, a partir do arbitramento.

Assim sendo, atendendo aos princípios da razoabilidade, além da proporcionalidade, resta o valor mencionado suficiente para o fim de ressarcir o apelante pelo abalo sofrido em sua imagem, bem como para coibir a reiteração, pela apelada, do ato ilícito por si praticado.

Por fim, transcrevo ementa que resume o posicionamento aqui adotado:

“Apelação cível – Responsabilidade civil — Dano moral — Débito quitado — Inscrição injusta no SPC — Dever de indenizar configurado — *Quantum* indenizatório que respeita os limites da razoabilidade — Valor apto a ressarcir a honra da lesada e servir de advertência à apelante — Julgamento antecipado — Cerceamento de defesa não ocorrente — Sentença mantida em todos os seus termos.

“Indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que se não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expresso, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante” (Carlos Alberto Bittar, *in* *Reparação Civil por Danos Morais*, RT, 1993, pág. 220).

“Recursos desprovidos” (Ap. Cív. n. 2001.010765-1, de Lages, rel. Des. Mazoni Ferreira, j. 18/2/02).

Houve insurgência, também, quanto às verbas sucumbenciais, em especial os honorários advocatícios, uma vez que se considerou exagerada a fixação em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, ou, al-

ternativamente, o reconhecimento da sucumbência recíproca.

Em verdade, é inegável que o pedido foi certo e determinado, uma vez que o autor, na inicial, postulou a condenação do banco réu ao pagamento *a título de indenização por danos morais sofridos*, o quantum de 200 (duzentos) salários mínimos vigentes no país (fl. 7).

A procedência foi integral em primeira instância, mas há o presente posicionamento de redução para valor igual a R\$ 14.000,00 (quatorze mil reais).

Sendo assim, dá-se inegavelmente a sucumbência recíproca, devendo ser ela reconhecida de molde a determinar ao autor o pagamento das custas e despesas processuais no percentual de 65% (sessenta e cinco por cento), competindo ao banco réu o estipêndio das mesmas verbas, no percentual de 35% (trinta e cinco por cento).

No tocante aos honorários, caberá ao autor o pagamento de 10% (dez por cento) sobre o valor que decaiu em favor dos patronos do banco réu, enquanto este deverá pagar ao advogado do autor 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação efetivada.

De qualquer sorte, tendo havido o deferimento da assistência judiciária gratuita em favor do autor (fl. 52), fica ele isento dos pagamentos respectivos.

Conseqüentemente, havendo a reforma parcial e o reconhecimento da sucumbência recíproca, fica prejudicada a análise do eventual excesso na condenação em honorários.

Nessa conformidade, voto pelo provimento parcial do recurso.

III – Decisão

Ante o exposto, deu-se provimento parcial ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Monteiro Rocha.

Florianópolis, 19 de setembro de 2002.

Mazoni Ferreira,
Presidente, com voto;
Jorge Schaefer Martins,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.007720-5, DE BLUMENAU

Relator: Des. Jorge Schaefer Martins

Ação de anulação de ato jurídico. Renúncia de quinhões hereditários e promessa de doação celebrados por meio de instrumento particular. Pedido julgado improcedente.

Renúncia das porções hereditárias objeto de inventário homologado pela autoridade judiciária. Coisa julgada. Sentença parcialmente mantida.

Contrato preliminar de promessa de doação. Impossibilidade.

“Promessa de doação. Tem a doutrina debatido se a doação pode ser objeto de contrato preliminar, pactum de donando. E a solução doutrinária tem sido infeliz, por falta de uma distinção essencial entre doação pura e a doação gravada de encargo. Partindo da primeira, especifica-se a pergunta: Pode alguém obrigar-se a realizar uma doação pura? Formalmente, sim, porque, tendo o contrato preliminar por objeto um outro contrato, futuro e definitivo, este novo contrahere poderia ser a doação, como qualquer outra espécie. Atendendo a este aspecto apenas, não falta bom apoio à resposta afirmativa, quer dos Códigos, quer dos doutores. Acontece que se não pode deixar de encarar o problema sob o aspecto ontológico, e, assim considerado, a solução negativa impõe-se. É da própria essência da promessa de contratar a criação do compromisso dotado de exigibilidade. O promitente obriga-se. O promissário adquire a faculdade de reclamar-lhe a execução. Sendo assim, o mecanismo natural dos efeitos do pré-contrato levaria a esta conclusão: se o promitente-doador recusasse a prestação, o promitente-donatário

teria ação para exigí-la, e, então, ter-se-ia uma doação coativa, doação por determinação da Justiça, liberalidade por imposição do juiz e ao arrepio da vontade do doador. No caso da prestação em espécie já não ser possível haveria a sua conversão em perdas e danos, e o beneficiado lograria reparação judicial, por não ter o benfeitor querido efetivar o benefício. Nada disto se coaduna com a essência da doação, e, conseqüentemente, a doação pura não pode ser objeto de contrato preliminar” (Pereira, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990, vol. III, págs. 177/178).

Desobediência à forma prescrita em lei. Exegese dos artigos 134, inciso II, e 1.168, ambos do Código Civil. Ineficácia do ato. Nulidade configurada.

“Nula será também a doação por desobediência à forma prescrita: instrumento público, para os imóveis de valor superior à taxa legal; instrumento público ou particular, para os móveis; tradição imediata, para as doações verbais de pequeno porte” (Pereira, Caio Mário da Silva. op. cit., pág. 181).

Recurso parcialmente provido, tão-somente para anular o ato jurídico correspondente à promessa de doação.

“A nulidade por infração de regra jurídica sobre forma especial, quando o instrumento contém dois ou mais atos jurídicos, a algum ou a alguns dos quais não se refira a regra jurídica sobre forma especial, somente atinge o ato jurídico ou os atos jurídicos para os quais é elemento do suporte fático a forma especial (e. g., venda e compra do imóvel de valor superior a cinqüenta mil cruzeiros e de imóvel de valor até cinqüenta mil cruzeiros, inclusive, ou de móveis, cf. 6ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 21 de janeiro de 1949, RT 179/272) (Miranda, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Campinas: Bookseller, 2000, vol. IV, págs. 223/224).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.007720-5, da comarca de Blumenau (1ª Vara), em que são apelantes Arno Luiz Altenburg e Irene Altenburg, e apelados Anna Noroschny Altenburg, Aldo Luiz Altenburg, Rui Altenburg e Irene Reuter Altenburg:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por maioria de votos, rejeitar a preliminar argüida de ofício e dar provimento parcial ao recurso.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Arno Luiz Altenburg e Irene Altenburg intentaram ação anulatória de ato jurídico contra Anna Noroschny Altenburg, Aldo Luiz Altenburg, Rui Altenburg e Irene Reuter Altenburg, alegando que, em decorrência da abertura de inventário advindo do falecimento de Arno Altenburg, celebraram instrumento particular de transação e cessão de direitos e promessa de doação juntamente com os réus, por meio do qual os herdeiros desistiram dos bens em favor da viúva, ressalvando, porém, a forma de partilha por parte da meeira no que concerne a cada um dos herdeiros.

Sustentam a nulidade do ato, ao argumento de que não obedeceu à forma prescrita em lei, pois, em se tratando de bens imóveis, deveria ter sido celebrado por meio de instrumento público.

Asseveraram, ainda, a ineficácia do ato, à alegação de que foram coagidos a realizar o pacto, enfatizando a inadmissibilidade do contrato de promessa de doação.

Aduzindo, por derradeiro, a nulidade do acordo ao argumento de que violado o disposto no artigo 1.089 do Código Civil, postularam pela procedência do pedido.

Determinada a citação, retornaram aos autos os autores, acostando documentos de fls. 20/54.

Citados, os réus apresentaram contestação, argüindo, preliminarmente, carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que os autores figuraram como partes na avença, anuindo a seus termos de forma irrevogável e irretroatável, sem

que se observassem vícios resultantes de dolo, coação, simulação ou fraude, como pela circunstância de não ter havido a materialização dos efeitos do referido pacto.

À guisa de mérito, afirmam a validade do contrato, refutando os argumentos trazidos na exordial, os quais, na ótica apresentada, contêm distorção da verdade, postulando pela improcedência do pedido.

Documentos juntados pelos réus às fls. 80/86.

Houve réplica (fls. 87/89).

Apresentadas outras certidões pelos réus, os autores manifestaram-se a respeito, afirmando que já haviam sido juntadas.

Postulado o julgamento antecipado à fl. 97, os réus anexaram mais certidões, tendo o togado *a quo* designado data para realização da audiência preliminar.

Foi ela cancelada ante a manifestação dos réus, quando então foi designada audiência de instrução e julgamento.

Apresentadas as relações de testemunhas, os autores pleitearam a juntada de parecer exarado pelo Ministério Público de primeiro grau em processo de inventário.

Realizada a audiência em duas oportunidades com a ouvida das testemunhas e apresentadas as razões finais, orais pelos autores e por memorial juntado ao processo pelos réus.

Na sentença, o juiz *a quo* analisou a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido juntamente com a questão de fundo.

No mérito, julgou improcedente o pedido, por afastada a configuração

dos vícios inerentes ao pacto apontados na inicial.

Inconformados, apelaram os vencidos, reiterando os argumentos aduzidos na inicial, isto é, nulidade por defeito de forma, cabimento do argumento de nulidade do negócio jurídico (contrato), contratação sobre herança de pessoa viva e distribuição desigual de bens fixada no contrato.

Recebido o recurso de apelação em ambos os efeitos, o réu Arno Luiz Altenburg interpôs agravo de instrumento contra o não recebimento de recurso adesivo.

Com as contra-razões, aplaudindo a sentença, ascenderam os autos a esta Corte.

Negado seguimento ao recurso de agravo e pedido dia para julgamento, as partes apresentaram memoriais.

II – Voto

Trata-se de pedido de anulação de “transação, cessão de direitos e promessa de doação”, por meio da qual os autores e demais herdeiros renunciaram aos seus quinhões hereditários em favor da meeira inventariante, a qual, por sua vez, comprometeu-se a transferir os bens, por meio de doação, na forma descrita às fls. 40/43.

Da sentença de primeiro grau, verifica-se ter ocorrido a análise da prefacial em conjunto com o mérito, com o afastamento das alegações contidas na petição inicial, procedimento que igualmente será adotado neste julgamento.

Não houve, naquela ocasião, o acolhimento da arguição de nulidade do contrato por não se ter realizado por intermédio de escritura pública, ao argumento de que, apesar de concre-

tizado por instrumento particular, foi trazido aos autos de inventário judicial, no qual se deu a homologação da partilha. Em se tratando de cessões havidas em autos de inventário, não se podem ter como inválidas, asseverando ainda que não podem ser consideradas a título de demonstração de domínio, uma vez que não apontadas no C.R.I. competente. Refutou, ainda neste tópico, a argumentação de nulidade do contrato por não se ter efetivado por escritura pública, pois a exigência refere-se à oponibilidade a terceiros.

Da mesma forma excluiu a possibilidade de admissão do argumento de vício decorrente de contratação de herança de pessoa viva, uma vez que se cuida de partilha de bens feita pela ascendente por ato *inter vivos* em favor de descendentes, estando conforme com os termos do art. 1.776 do CC. Ainda asseverou que, consoante os termos do art. 1.029 do CPC, a partilha amigável pode vir a ser anulada por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz, e como não ocorreu o cumprimento do contrato, somente na transferência poder-se-ão observar os requisitos legais.

A questão referente à nulidade da promessa de doação foi rechaçada, com a menção a precedentes jurisprudenciais que, cuidando de hipóteses de separação judicial, admitiram a validade de promessa de doação de bens imóveis em favor de filhos, livremente acordadas pelos separandos.

Por fim, quanto à distribuição desigual de bens fixada no contrato, disse da improcedência, uma vez que não demonstrada a desigualdade da

partilha, ou presença de vício de consentimento que a nulificasse.

Assentados tais aspectos, há que se destacar os argumentos com os quais se enfrenta as teses jurídicas contidas nos autos.

No tocante à carência de ação por impossibilidade jurídica, necessárias as seguintes considerações:

É viável, em tese, a pretensão contida na inicial, mesmo se tendo em conta que os autores foram partes atuantes no contrato, pois lhes é lícito alegar vício de consentimento, circunstância que tornaria inválidos os termos do pacto.

Igualmente é possível buscar-se o reconhecimento de nulidade da avença ante a presença de vício intrínseco, no caso representado pela não observância de forma prescrita em lei, eis que se trata de nulidade absoluta.

Washington de Barros Monteiro, ao distinguir entre nulidade e anulabilidade, ou nulidade absoluta e relativa, menciona que:

“Como desde logo se percebe da comparação entre as nulidades absolutas e as relativas, aquelas são muito mais graves, muito mais profundo é o atentado à ordem jurídica. O legislador reprime-as de modo mais enérgico, aplicando-lhes a sanção mais severa.

“Nas segundas, a falta cometida é mais leve, sendo menos profundo o contraste com a ordem jurídica. A pena de nulidade, cominada para as primeiras, seria excessiva e por isso o direito positivo, atenuando-a, criou a figura da anulabilidade.

“Como se distingue a nulidade absoluta da relativa — Conceitualmente, distingue-se uma da outra por caracteres inconfundíveis:

“a) a anulabilidade é decretada no interesse privado da pessoa prejudicada, ou no de um grupo de pessoas determinadas; a nulidade é de ordem pública, de alcance geral e decretada no interesse da própria coletividade;

“b) a anulabilidade pode ser suprida pelo juiz a requerimento das partes, ou sanada, expressa ou tacitamente, pela ratificação (art. 148); a nulidade não pode ser suprida pelo juiz, embora a pedido de todos os interessados (art. 146, parágrafo único);

“c) a anulabilidade há de ser pronunciada mediante provocação da parte, não podendo ser decretada *ex officio* pelo juiz (art. 152); a nulidade pode e deve ser decretada de ofício (art. 146, parágrafo único);

“d) a anulabilidade pode ser alegada e promovida pelos prejudicados com o ato, ou por seus legítimos representantes (art. 152); a nulidade pode ser decretada não só a pedido dos interessados, como também do órgão do Ministério Público, quando lhe caiba intervir (art. 146);

“e) a anulabilidade é prescritível, em prazos mais ou menos exíguos; a nulidade não prescreve (*quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convallescere*), ou, se prescreve, será no maior prazo previsto em lei;

“f) a anulação deve ser sempre pleiteada através de ação judicial; a nulidade, quase sempre, opera *pleno jure*, ressalvada a hipótese em que se suscite dúvida sobre a existência da própria nulidade, caso em que se tor-

nará imprescindível a propositura de ação para o reconhecimento de sua ocorrência, pois a ninguém é lícito fazer justiça pelas próprias mãos” (Curso de Direito Civil. 36ª ed., revista, São Paulo: Saraiva, 1999, vol. I, págs. 272/273).

Ainda a respeito do assunto, colhe-se a lição de Orlando Gomes:

“As causas de nulidade prendem-se aos elementos essenciais à validade dos negócios jurídicos. É nulo o ato praticado por pessoa absolutamente incapaz; o que tiver objeto ilícito ou impossível; o que não revestir a forma prescrita na lei ou em que for preterida alguma solenidade que esta considere essencial à sua validade.

“Nulos, igualmente, os atos taxativamente assim declarados na lei. Tais os que transgridem preceito de ordem pública. Sua catalogação seria exaustiva.

“A teoria clássica das nulidades assenta o princípio geral de que o ato nulo não produz qualquer efeito: *quod nullum est, nullum producit effectum*. A nulidade de pleno direito privaria o ato de toda eficácia.

“Deste princípio deduzem-se as conseqüências seguintes:

“1ª) a nulidade opera de pleno direito;

“2ª) pode ser invocada por qualquer interessado;

“3ª) o negócio nulo não é suscetível de confirmação;

“4ª) o negócio nulo não convalésce pela prescrição.

“A nulidade teria, por conseguinte, estes caracteres:

“a) imediata;

“b) absoluta;

“c) incurável;

“d) perpétua.

“*Imediata*, porque invalida o ato desde sua formação. Paralisa-se no momento mesmo do seu nascimento (Capitant). É instantânea. O ato é natimorto. O juiz não anula; apenas declara a nulidade, pois é a própria lei que lhe recusa validade *ab origine*. Diz-se, por isto, que a nulidade opera de pleno direito.

“*Absoluta*, porque pode ser alegada por qualquer interessado. A legitimação de todas as pessoas interessadas em promover sua decretação é o reflexo processual do caráter absoluto da nulidade. Quando conhecer do ato ou de seus efeitos, o juiz deve pronunciá-la de ofício, independentemente de qualquer provocação de quem quer que seja.

“*Incurável*, porque as partes não podem saná-la mediante confirmação, nem ao juiz é lícito supri-la. O ato defeituoso desde o nascimento, por falta de elemento essencial ou por infração legal, jamais de cura. A imperfeição congênita é insanável.

“Por fim, é *perpétua*, no sentido de que, em princípio, se não extingue por efeito da prescrição. O decurso do tempo não convalida o que nasceu inválido. Se nenhum efeito produz desde o nascimento, nenhum produzirá para todo o sempre. A qualquer tempo, é alegável” (Introdução ao Direito Civil. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, págs. 474/475).

Assim, levando em consideração que se trata de nulidade absoluta, devendo o magistrado inclusive decla-

rá-la de ofício, não há falar em carência de ação.

Quanto ao mérito:

Nulidade da cessão de direitos hereditários

Primeiramente, destaca-se que razão alguma assiste aos apelantes no tocante à nulidade da renúncia aos direitos sucessórios em favor da inventariante, eis que neste tópico está correta a decisão do primeiro grau, de dizer que houve a prolação de sentença homologatória da partilha nos autos do inventário, com trânsito em julgado, concretizando-se a coisa julgada.

Além disso, não há qualquer ilegalidade na renúncia em favor da meeira, havida por documento particular, uma vez que, levado aos autos de inventário, recebeu a chancela judicial.

Portanto, o pedido deve limitar-se à promessa de doação conseqüente e os aspectos relativos à sua validade ou invalidade.

Promessa de doação

Consoante o pensamento dos doutrinadores Pontes de Miranda e Washington de Barros Monteiro, é possível a admissão da promessa de doação na forma realizada, tendo o primeiro afirmado que para o ato não se exige a escritura pública, tão-somente forma escrita.

Entretanto, é gritante a sustentação em sentido contrário, ou seja, a argumentação doutrinária negando a possibilidade de se admitir no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de promessa de doação pura.

A propósito, colhem-se os ensinamentos de Miguel Maria de Serpa Lopes, nestes termos:

“É ponto discutível o da possibilidade da doação ser objeto de um contrato preliminar, isto é, a promessa de doação. (...) Trata-se de um contrato cujo objetivo é um *contrahere* futuro. A doação, porém, conforme já vimos, é um contrato de natureza gratuita, o que torna inadmissível poder constituir-se em objeto de uma promessa de contrato.

“Na verdade, se alguém se comprometesse a doar, a outorgar uma escritura de doação, e no momento da exigibilidade dessa prestação, não a quisesse realizar? Qual a conseqüência jurídica desse inadimplemento? Poder-se-ia pedir a execução coativa dessa obrigação a título gratuito ou uma indenização por perdas e danos? Entendemos impossível qualquer das duas soluções, já que, nos atos a título gratuito, só por dolo responde aquele a quem o contrato não favoreça (Código Civil, art. 1.057). Foi o que já decidiu a Quarta Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (Acórdão de 11/12/1952, *in* Diário da Justiça de 15/4/1952, pág. 1.933). Tal é igualmente a orientação seguida pela doutrina. Dante Caporali sustenta essa impossibilidade, por ser a doação um ato espontâneo, em razão do que se torna incompatível com qualquer medida compulsória tendente a uma execução *in natura*. Além disso, acentua Caporali, mesmo que a promessa de doação se revestisse de todos os requisitos formais da doação, ainda assim não poderia ter qualquer eficiência, já que lhe faltaria a atualidade do destaque da coisa do patrimônio do promitente-doador, o que, entretanto, não impede

que se possa assumir a obrigação de pagar um débito.

“Incisiva igualmente é a lição de Gabba, considerando a doação o único contrato unilateral consensual insuscetível de constituir objeto de uma promessa bilateral de contratar, frisando não existir qualquer contradição nem mesmo no direito romano, pois que a *promissio dotis* se apresenta naquele direito como uma verdadeira constituição de dote do mesmo modo que a prestação da coisa prometida em dote não passa de uma execução da doação dotal já perfeita.

“Entre nós, Bueno Vidigal, partindo do conceito de doação, contrato este em que é essencial uma espontaneidade na liberalidade feita, sem nenhum resquício de constrangimento ou violência, entende que, assim sendo, só a promessa, com contrato preliminar, poderia ser considerada livre e espontânea, não o segundo – o ato definitivo – pois já seria um ato devido, não espontâneo. Encarando o problema, o apreciado jurista salienta não pretender excluir a obrigatoriedade de um contrato de promessa de doação, mas lhe nega a qualidade de pacto preliminar. Mas conclui: *o beneficiário da promessa poderá exigir judicialmente o objeto da doação, se ele tiver ficado especificado no contrato e este contiver os requisitos de uma doação; não poderá, porém, pedir ao juiz um pronunciamento que valha por instrumento de doação, em virtude do requisito da espontaneidade, inseparável da idéia desse contrato.*

“Ocupou-se do problema igualmente o Prof. Washington de Barros Monteiro, para entender não existir razão alguma que possa impedir essa

espécie de contrato preliminar, a exemplo do direito alemão, que a permite (BGB, art. 2.301). Assim, considera pactuável entre cônjuges no processo de desquite amigável, em benefício dos filhos do casal, justificando mesmo a execução compulsória prevista no art. 1.006, § 2º, do Código de Processo Civil.

“Refere-se o autor deste volume ao entendimento do Prof. Washington de Barros Monteiro (*in s/Curso Dir. Civil, vol. II*), considerando pactuável tal promessa, obrigação que seria então passível de execução compulsória, invocando-se a respeito o art. 1.006, § 2º, do antigo Cód. de Proc. Civil já revogado. Este dispositivo da lei adjetiva está atualmente substituído pelo art. 639 do Código Processual em vigor (Lei n. 5.869, de 19 de janeiro de 1973). Mantendo no contexto os mesmos princípios já regidos, o art. 639 apresenta uma nova redação, dispondo: ‘Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado’.

(...)

“O que o Código Civil alemão estabelece no art. 2.301 é uma forma de doação *causa mortis*, ao prescrever: *a una promessa de donación que es otorgada bajo la condición de que el donatario sobreviva al donante, se aplican las disposiciones sobre disposiciones por causa de muerte.* E na alínea final: *si el donante ejecuta la donación por prestación del objeto atribuido, se aplican las disposiciones sobre donaciones entre vivos.*

“Comentando essa disposição, Saleilles esclarece que, conforme a espécie, a doação *mortis causa* será submetida às regras do contrato de herança, se houver aceitação do donatário, ou as das disposições de última vontade, se esta aceitação não se houver dado.

“E por se tratar de um ato *mortis causa* é que Enneccerus fala em *promessa de doação mortis causa*, para frisar que aquela que não houver sido cumprida até a morte do doador, se regula pelas normas sobre as disposições *mortis causa*. E aduz: *não é, pois, uma doação senão um contrato de legado condicional que, em consequência, exige a forma prescrita para os contratos sucessórios (§ 2.301, ap. 1). Pelo contrário, prossegue, se a doação foi executada pela prestação do objeto, isto é, se foi cumprida a promessa ou se a doação se executou imediatamente pela prestação do objeto, sem prévia promessa, aplicam-se as disposições sobre doações inter vivos.*

“Da exposição *supra*, vê-se que a *promessa de doação* prevista no art. 2.301 do BGB não é nem pode ser contrato preliminar típico, capaz de uma execução coativa, pela aplicação do art. 1.006 do nosso Código de Processo Civil. A figura prevista no direito alemão é muito diversa da que se pretende como promessa de doação no mesmo nível de eficácia jurídica de uma promessa de compra e venda de imóvel” (Curso de Direito Civil. 7ª ed. rev. pelo Prof. José Serpa de Santa Maria, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, vol. III, págs. 388/391).

No mesmo sentido extrai-se da lição de Sílvio Rodrigues:

“Acima afirmei que todo contrato pode ser precedido de um contrato preliminar, que vincula os contratantes a, tempestivamente, firmarem um contrato definitivo. Ora, embora a doação, entre nós, seja capitulada como um contrato, tal asserção não é verdadeira em relação a ela, pois a promessa de doação, quando pura, não é vinculativa, uma vez que até a formalização é lícito o arrependimento do promitente doador. Ou, como diz Agostinho Alvim, ‘A natureza do negócio de doação é incompatível com o seu aperfeiçoamento sem o *animus donandi* atual’” (Direito civil. 28ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 3, pág. 210).

E ainda, do escólio de Caio Mário da Silva Pereira:

“*Promessa de doação. Tem a doutrina debatido se a doação pode ser objeto de contrato preliminar, pactum de donando.* E a solução doutrinária tem sido infeliz, por falta de uma distinção essencial entre doação pura e a doação gravada de encargo. Partindo da primeira, especifica-se a pergunta: Pode alguém obrigar-se a realizar uma doação pura? Formalmente, sim, porque, tendo o contrato preliminar por objeto um outro contrato, futuro e definitivo, este novo *contrahere* poderia ser a doação, como qualquer outra espécie. Atendendo a este aspecto apenas, não falta bom apoio à resposta afirmativa, quer dos Códigos, quer dos doutores. *Acontece que se não pode deixar de encarar o problema sob o aspecto ontológico, e, assim considerado, a solução negativa impõe-se. É da própria essência da promessa de contratar a criação do compromisso dotado de exigibilidade. O promitente obriga-se. O promissário adquire a faculdade de reclamar-lhe a execução.*

Sendo assim, o mecanismo natural dos efeitos do pré-contrato levaria a esta conclusão: se o promitente-doador recusasse a prestação, o promitente-donatário teria ação para exigí-la, e, então, ter-se-ia uma doação coativa, doação por determinação da Justiça, liberalidade por imposição do juiz e ao arrepio da vontade do doador. No caso da prestação em espécie já não ser possível haveria a sua conversão em perdas e danos, e o beneficiado logaria reparação judicial, por não ter o benfeitor querido efetivar o benefício. Nada disto se coaduna com a essência da doação, e, conseqüentemente, a doação pura não pode ser objeto de contrato preliminar” (Instituições de Direito Civil. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990, vol. III, págs. 177/178) (grifo ausente no original).

Entretanto, ainda que não bastasse a inexistência da promessa de doação no nosso ordenamento jurídico, é evidente, no caso concreto, que a doação já se configurou, pois “a posição do doador é a de quem promete transferir, tal como se dá com o vendedor, certo como é que também a venda, em nosso direito, é promissória (*obligatio*), como resulta do art. 1.122 do Código Civil: ‘Pelo contrato de compra e venda, um dos contraentes se obriga a transferir o domínio de certa coisa...’” (Alvim, Agostinho. Da Doação. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1980, pág. 65).

Assim, o que é dito a título de argumentação, ainda que se pudesse considerar válida a promessa de doação, é inafastável o reconhecimento da imprescindibilidade para o ato da lavratura por intermédio de instrumento público, eis que o pacto tinha por objeto bens diversos, dentre eles vá-

rios bens imóveis, necessitando impreterivelmente da forma prescrita em lei, consoante o disposto nos artigos 1.168 e 134, inciso II, ambos do Código Civil.

Acerca desse aspecto é pacífico o entendimento doutrinário:

“A escritura pública ou instrumento particular, conforme o valor, são da substância do ato, em matéria de doação?

“O caso da escritura pública não oferece dificuldade, porque não há vozes discordantes, nem na escola, nem na jurisprudência, acerca da sua imprescindibilidade, no caso em que a doação diga respeito a imóvel de valor superior a dez cruzeiros.

“É o que resulta do art. 1.168 combinado com o art. 134, ambos do Código Civil.

“E dizendo o Código que a escritura pública é da substância do ato, quer significar, com isto, que a forma é elevada à categoria de substância.

“A forma, em tais casos, é substância, é essência, é elemento.

“Sem ela o ato é nulo de pleno direito (Cód. Civ., art. 145, n. III)” (Alvim, Agostinho. *Op. cit.*, pág. 70).

No mesmo diapasão a afirmação de que: “Nula será também a doação por desobediência à forma prescrita: instrumento público, para os imóveis de valor superior à taxa legal; instrumento público ou particular, para os móveis; tradição imediata, para as doações verbais de pequeno porte” (Pereira, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, pág. 181).

Novamente é mencionado o pensamento de Sílvio Rodrigues:

“A doação é, em regra, contrato solene, pois depende de forma prescri-

ta em lei. Com efeito, dispõe o art. 1.168 do Código Civil que a doação far-se-á por escritura pública ou instrumento particular.

“De modo que, embora não se exija a solenidade mais complexa do ato notarial, reclama-se, para sua eficácia, ao menos a forma escrita.

“Já mostrei que a forma solene, imposta pela lei a um determinado ato jurídico, visa não só assegurar a liberdade dos contratantes como também chamar a atenção das partes para a seriedade do ato que estão praticando.

“Em matéria de doação, esse duplo escopo se mostra relevante, porque, como tal negócio envolve a transferência, a título gratuito, de algum valor do patrimônio do doador para o do donatário, é mister, mais do que alhures, que se assegure a liberdade do declarante e se impeça que sua atitude se alimente na precipitação e na levianidade.

“Daí a forma solene que lhe impõe a lei. Aliás, no direito anterior era mais rigoroso o legislador, pois naquelas doações que ultrapassassem trezentos e sessenta mil-réis (se fosse homem o doador) ou cento e oitenta mil-réis (se fosse mulher a autora da liberalidade) exigia, além da escritura pública, a formalidade da insinuação” (Rodrigues, Silvio. *Op. cit.*, pág. 200).

Finalmente estatui o artigo 82 do Código Civil, *verbis*: “A validade do ato jurídico requer agente capaz (art. 145, I), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145)”.

Ainda da jurisprudência, em casos que se traz por aplicação analógica, uma vez que não são iguais à hipótese versada nos autos, mas se asse-

melham no tocante aos seus pressupostos de validade:

Doação – Escritura pública – Documento constando apenas as assinaturas dos donatários e da pessoa que assinou a rogo pela doadora, mas sem constar a do tabelião – Nulidade – Inteligência dos arts. 134, § 1º, e 145, III, do CC.

“Ementa oficial: Constando do documento apenas as assinaturas dos donatários e da pessoa que assinou a rogo pela doadora, mas não constando a do tabelião, deixou o ato de revestir a forma prescrita em lei, que prevê, no § 1º do art. 134 do CC, que a escritura pública lavrada em notas de tabelião, contenha, além de outros requisitos legais, a assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião, encerrando o ato. É nulo o ato quando não revestir a forma prevista em lei como prescreve o art. 145, III, do CC brasileiro (Ap. Cível n. 598.080.414, rel. Des. Carlos Alberto Bencke, 5ª Câmara Civil do TJRGS, julgado em 27 de agosto de 1998)” (RT 759/358).

Ou ainda:

“Doação — Anulação de escritura — Admissibilidade — Hipótese em que a procuração por instrumento particular não teve reconhecida a firma da outorgante, sendo o reconhecimento da assinatura feito por abono de outra pessoa, agravando-se no fato de ter-se comprovado a alteração da capacidade civil da doadora — Inteligência dos arts. 145, I e III, e 147 do CC.

“Ementa oficial: Em procuração por instrumento particular, deve ser reconhecida a firma da outorgante, não tendo validade o reconheci-

mento de assinatura por abono de outra pessoa.

“Cessa a validade do mandato quando seu outorgante sofre alteração comprovada em sua capacidade civil.

“Configurada qualquer das hipóteses previstas no art. 145 do CC, é nula de pleno direito a escritura pública de doação, por conter vício insanável (Ap. Cív. n. 184.619-1, rel. Abreu Leite, 3ª Câm. Civil do TAMG, julgado em 22 de fevereiro de 1995)” (RT 721/245).

Nessa linha de raciocínio, de ser reconhecida a invalidade da promessa de doação, por afrontar as disposições legais vigentes no país, como pela circunstância de não se ter observado, na sua consecução, a forma expressamente prevista em lei, que consistiria na efetivação por meio de instrumento público.

Em face de tais considerações, entendo que deve ser anulada a promessa de doação realizada conjuntamente com a renúncia dos quinhões hereditários em favor da meeira, restringindo-se a procedência, no entanto, somente ao aspecto referente à promessa de doação da meeira em favor dos herdeiros.

Nulidade parcial do contrato

No que tange à possibilidade de anular-se tão-somente um dos atos jurídicos com base na desobediência de determinação legal, menciona Pontes de Miranda que:

“A nulidade por infração de regra jurídica sobre forma especial, quando o instrumento contém dois ou mais atos jurídicos, a algum ou a alguns dos quais não se refira a regra

jurídica sobre forma especial, somente atinge o ato jurídico ou os atos jurídicos para os quais é elemento do suporte fático a forma especial (e. g., venda e compra do imóvel de valor superior a cinqüenta mil cruzeiros e de imóvel de valor até cinqüenta mil cruzeiros, inclusive, ou de móveis, cf. 6ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 21 de janeiro de 1949, RT 179/272)” (Tratado de Direito Privado. Campinas: Bookseller, 2000, vol. IV, págs. 223/224).

Nesse contexto, voto pelo provimento parcial do recurso a fim de reformar a decisão de primeiro grau, julgando procedente em parte o pedido, dando-se por nula a promessa de doação.

Em razão disso, considerando que, apesar da procedência parcial, o objeto do pedido foi alcançado de forma substancial, decaindo de parte mínima os autores, inverte os ônus sucumbenciais.

III – Decisão

Ante o exposto, rejeitou-se a preliminar argüida de ofício e deu-se parcial provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 15 de agosto de 2002.

Monteiro Rocha,
Presidente, com voto vencido;
Jorge Schaefer Martins,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Monteiro Rocha:

Inconformados com a prestação jurisdicional de primeiro grau (fls. 180/196), que julgou improcedente o pedido inicial, Arno Luiz Altenburg e sua mulher, Irene Altenburg, formularam o recurso de apelação de fls. 200/211, pelo qual alegaram que o decisório prolatado pelo Excelentíssimo Juiz *a quo*, que não acolheu as alegadas nulidades decorrentes do descumprimento de forma pública do negócio jurídico efetuado entre as partes, da inadmissibilidade da promessa de doação e da negociação sobre herança de pessoa viva.

Em contra-razões recursais, às fls. 219/230, Anna Noroschny Altenburg, Aldo Luiz Altenburg, Rui Altenburg e sua mulher Irene Altenburg postularam o improvimento do recurso e a manutenção da sentença apelada sob o fundamento de que aos apelantes é inútil a modificação do decisório de primeiro grau devido à consumação dos direitos irradiados pelo instrumento particular de transação e cessão de direitos e promessa de doação; asseveraram ainda os apelados que o suposto direito dos apelantes restou desmanchado pelo trânsito em julgado da sentença homologatória da partilha em que se deu para a apelada Anna Noroschny Altenburg todos os bens do espólio; afirmam ainda os apelados que a expressão “promessa de doação”, inserida naquele instrumento contratual, nada mais representa do que uma intenção, que podia ou não ser consumada, e não o foi, eis que irrepreensivelmente comprovado (fls. 80/86) que nenhum dos bens relacionados naquele contrato foi transferido por escritura pública para quaisquer dos herdeiros, sejam apelantes e apelados.

Ousei divergir do bem-fundamentado voto do eminente juiz relator pelos fundamentos abaixo:

1. Falta de interesse processual

Os autores Arno Luiz Altenburg e sua mulher, Irene Altenburg, não têm interesse processual para obter a tutela jurídica que formularam, consistente na anulação do instrumento particular “*Transação e Cessão de Direitos e Promessa de Doação*” (documento de fls. 20/50) e, em consequência, dos registros imobiliários procedidos com base nele — conforme consta, *ipsis litteris*, da petição inicial (fl. 8).

Inicialmente, faço as seguintes ressalvas fáticas:

a) o objeto da transação realizada é a partição do espólio de Arno Altenburg, conforme consta da cláusula primeira do referido instrumento particular, na qual são transcritos, um a um, os bens do falecido;

b) os herdeiros de Arno Altenburg (Rui e Irene Reuter Altenburg, Arno Luiz Altenburg e Irene Altenburg e Aldo Luiz Altenburg) renunciaram e cederam seus quinhões hereditários em favor da viúva Anna Noroschny Altenburg, conforme atesta a certidão de fl. 77.

Portanto, até que seja anulada a sentença de partilha, a renúncia operou-se *pleno jure*, conforme consta na sentença apelada.

É inquestionável a possibilidade de se analisar em outro processo a validade da renúncia realizada nos autos de inventário, quer por excesso de mandato do procurador que o fez, quer porque a outorga do mandato deveria dar-se por instrumento público

ou particular, ou, ainda, por terem os apelantes outorgado os poderes de renúncia mediante “simulação”, “fraude”, “erro”, “dolo” ou mesmo “coação”.

O fato é que a outorga de poderes para ceder e renunciar aos direitos sobre a herança de Arno Altenburg em favor da viúva Anna Noroschny Altenburg, nos autos de inventário, não pode ser desconstituída nesta ação. A uma, porque, pelo princípio dispositivo, o juiz está adstrito ao pedido inicial, consistente em declarar a nulidade do instrumento de transação inserido às fls. 20/50 dos autos; a duas, porque não há nos autos a cópia do instrumento procuratório mencionado na certidão de fl. 77.

Pelos adminículos trazidos à colação verifica-se que, após a sentença homologatória da partilha amigável, Anna Noroschny Altenburg passou a ser a única e exclusiva proprietária de todos os bens que pertenceram a Arno Altenburg, porque os herdeiros deste renunciaram à herança em favor daquela. Essa realidade só pode ser modificada desconstituindo-se a sentença homologatória da partilha e, assim como a procuração outorgada com o fim de renunciar aos quinhões hereditários, a sentença homologatória não pode ser desfeita neste processo. Existe o procedimento adequado para o mencionado objetivo.

Nesse contexto fático é prudente e necessário indagar o real interesse dos autores na solução deste litígio conforme o postulado na prefacial.

Objetivando cumprir tal desiderato, trago à colação a definição de *interesse processual* conforme a doutrina:

“Trata-se, aqui, do que a doutrina chama de ‘interesse processual’, que não coincide com o interesse que tem, no plano do direito material, o respectivo titular do direito. O *legítimo interesse de agir*, a que se refere o art. 3º do CPC, define-se como a necessidade que deve ter o titular do direito de servir-se do processo para obter a satisfação de seu interesse material, ou para, através dele, realizar o seu direito. Se o provimento judicial pretendido por aquele que pede a proteção jurisdicional não for idôneo para a realização do direito cuja proteção se requer, seria realmente inútil prosseguir-se no processo, até a obtenção de uma sentença que desde logo se sabe incapaz de proteger o respectivo interesse da parte. Daí dizer J. Frederico Marques (Instituições..., vol. 2, pág. 33) que ‘para que haja interesse de agir é necessário que o autor formule uma pretensão adequada à satisfação do interesse contido no direito subjetivo material. O interesse processual, portanto, se traduz em pedido idôneo a provocar a atuação jurisdicional’.

“Se não houver adequação entre a situação concreta de direito material indicada pelo autor e o provimento que o mesmo solicita para protegê-la, o processo resultaria inútil e o interessado estaria a fazer uso indevido do Poder Judiciário, sem qualquer utilidade prática.

“Não se confunde, pois, esta categoria de interesse com o real interesse substancial ou material (J. M. Arruda Alvim, Curso de direito processual civil, vol. 1, pág. 288). *O autor poderá ter interesse em ver restaurado seu direito, cuja violação vem afirmada no processo, sem que, no entanto, tenha legítimo interesse na obtenção daque-*

le tipo de tutela por ele reclamada, justamente porque entre a violação do direito e o meio escolhido para protegê-lo há um descompasso capaz de tornar o processo inidôneo para a finalidade pretendida pelo interessado.

‘A existência do conflito de interesses — diz Liebman — fora do processo é a situação de fato que faz nascer no autor interesse de pedir ao juiz uma providência capaz de resolvê-lo. Se não existe o conflito ou se o pedido do autor não é adequado para resolvê-lo, o juiz deve recusar o exame do pedido como inútil, antieconômico e dispersivo’ (O despacho saneador e o julgamento de mérito, Estudos sobre o processo civil brasileiro, pág. 125)” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil: *processo de conhecimento*, vol. 1, 5ª edição: revista e atualizada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, págs. 106 e 107).

Reafirmo que o único objetivo dos autores é “anular o contrato e registros imobiliários procedidos com base no mesmo” (fl. 8).

Além de não haver prova nos autos da existência de registro imobiliário na forma preconizada pela transação de fls. 20/50, mas ainda que existisse registro imobiliário, este não poderia, *in thesi*, ser anulado porque, juridicamente, não pode ser considerado como ato conseqüente da transação, mas tão-somente ato de liberalidade de Anna Noroschny Altenburg, por ser esta a única e exclusiva proprietária dos bens deixados por Arno Altenburg, em decorrência da renúncia aos quinhões hereditários formulada pelos filhos do finado.

Verifica-se, portanto, inexistir interesse processual dos requerentes

para postular a nulidade dos registros imobiliários, conforme pretensão inicial, devido ao fato de que não houve a atividade registral para atender ao avençado na transação de fls. 20/50.

Por outro lado, no tocante ao interesse processual em anular a transação, inexistem os dois pressupostos básicos concomitantes para a caracterização do mencionado interesse: necessidade e utilidade, conforme entendimento doutrinário predominante em nosso direito.

Esta Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, ao resolver celeuma jurídica relacionada ao interesse processual, tem decidido conforme o entendimento jurisprudencial abaixo:

“Com o ajuizamento de ação errada ou a utilização de procedimento incorreto, o provimento jurisdicional não será útil, acarretando a inexistência de interesse processual e a conseqüente extinção do feito” (rel. Des. Monteiro Rocha, *in* Apelação Cível n. 2001.023382-7, de Criciúma, j. em 3/5/2002).

No caso *sub examine* inexistente o pressuposto “utilidade” porque, ainda que seja provido o recurso e anulada a transação efetuada entre as partes, Anna Noroschny Altenburg, que é a única e exclusiva proprietária atual dos bens deixados por seu marido, poderá deles dispor da melhor forma que lhe aprouver, sempre em obediência ao art. 1.776 do Código Civil pátrio.

Em decorrência do raciocínio *supra*, não há outro caminho processual que não seja o de extinguir o presente processo, sem julgamento do

mérito, conforme o art. 267, VI, do Código de Processo Civil:

“Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito, quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual”.

Por isso, preliminarmente, votei pela extinção da relação processual, fulcrado no art. 267, VI, do CPC, condenando-se os requerentes Arno Luiz Altenburg e Irene Altenburg ao pagamento de custas processuais e de honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa. Todavia, a douta maioria rechaçou a preliminar argüida *ex officio*, razão pela qual, em atenção ao disposto no art. 561 do Código de Processo Civil, passo a apresentar manifestação sobre o *meritum causae*.

2. Mérito

O mérito da *quaestio* restringe-se a três argumentações distintas e bem delimitadas: a) transação realizada por instrumento particular, quando deveria ser por instrumento público; b) inadmissibilidade, em nosso direito, da chamada “Promessa de Doação”; c) transação envolvendo herança de pessoa viva.

Para melhor equacionar a matéria em exame, analiso o recurso de apelação formulado, apreciando as alegações constantes da súplica recursal em tópicos separados:

a) Ausência de instrumento público

Tratando sobre a exclusão dos direitos equiparados a imóveis para fins de registro imobiliário, o jurista Afranio de Carvalho, *in* Registro de

Imóveis, Rio de Janeiro, Forense, 1982, págs. 36/38, ensina o seguinte:

“Assim que entrou em vigor o Código Civil, repontou por toda parte a tentativa de, para garantia do cessionário contra dupla venda, obter a transcrição da venda ou cessão de herança sob o fundamento de ser considerado imóvel o direito à sucessão aberta (Cód. Civ., art. 44, III). A tentativa falhou por não ser a herança um imóvel corpóreo, mas uma *universitas juris*, composta de direitos e obrigações, móveis e imóveis. Se o próprio tronco, de onde deriva a cessão, o direito à sucessão aberta, está isento de transcrição, por ser a sucessão um modo autônomo de adquirir a propriedade (Cód. Civ., arts. 530, IV, e 1.572), com mais forte razão há de estar a sua derivação, que, no formalismo registral, teria também posição dependente daquela.

“Tanto mais inidônea era a tentativa quanto à herança ou sucessão, por seu cunho inespecífico, não só pode deixar de incluir imóveis, compondose apenas de móveis, como, se os incluir, tê-los distribuídos em comarcas diversas ou circunscrições diferentes da mesma comarca, tornando-se a transcrição, na primeira hipótese, inteiramente inútil e, na segunda, de duvidosa competência cartorial. Por outro lado, ainda que abranja apenas imóveis situados na comarca do inventário, podem eles deixar de tocar ao quinhão do cessionário do herdeiro, hipótese em que, de novo, a transcrição deixaria de ter qualquer significado.

“Daí ter ficado assentado, pela jurisprudência, que o registro não pode acolher a cessão de herança por

não ser esta um imóvel corpóreo, não se prestando, por conseguinte, à observância dos princípios de especialidade, que exige os limites e confrontações do imóvel, e de continuidade, que requer a ligação deste a outro determinado. De mais a mais, o acolhimento redundaria, na melhor hipótese, em duplicata de registro, a saber, a da escritura de cessão da herança e, terminado o inventário, o do formal de partilha com o aquinhoamento do imóvel. Ante a irregistrabilidade da cessão de herança, o cessionário, para garantir o seu direito, há de procurar outro meio, que é ingressar imediatamente no inventário com a sua escritura, se o processo já estiver aberto, ou, em caso contrário, promover a sua abertura com a faculdade que para tanto lhe assiste (Cód. de Proc. Civ., art. 988, n. V).

“À semelhança do que acontece com a cessão, *também não é registrável a renúncia de herança*, cujo objeto é uma universalidade, pelo que não se pode afirmar *a priori* que consiste em imóvel, requisito indispensável para a transcrição do ato renunciativo. No entanto, reiteradamente se insinuou em juízo ser essa formalidade indispensável para que a renúncia de herança produza os seus efeitos, de sorte que, quando não cumprida, a renúncia não chega a verificar-se (Cód. Civ., art. 589, § 1º, e art. 44, n. II).

“No sistema da lei, a transcrição e o direito hereditário constituem dois modos distintos e independentes de adquirir a propriedade imóvel (Cód. Civ., art. 530, n. I e IV). Como, no caso da renúncia os herdeiros adquirem a propriedade renunciada diretamente do autor da herança, isto é, pelo direi-

to hereditário, está visto que não dependerão mais, para o mesmo fim, da transcrição, que o renunciante faça do ato renunciativo. No direito português e no direito francês também assim se entende.

“Esta última consideração, fundada na estraneidade do renunciante à sucessão, *diz respeito à renúncia pura e simples da herança, que importa em abstenção, sem se aplicar à renúncia qualificada, em favor de um ou alguns herdeiros, que equivale substancialmente a uma doação. A renúncia qualificada ou translativa implica a aceitação da herança, porque só se transfere o que já está incorporado ao patrimônio do transferente, mas, não obstante, o ato renunciativo é excluído também do registro por incompatibilidade com a natureza deste, devendo ser levado diretamente ao processo de inventário do de cujus*” (o grifo é meu).

Como a formalidade registral não é exigível nos casos de cessão de herança, inacolhe-se o argumento de nulidade do negócio jurídico realizado entre as partes.

b) Inadmissibilidade da “promessa de doação”

No tocante à arguição de nulidade por inadmissibilidade da promessa de doação, é indispensável afirmar-se a existência de duas teorias que explicam a natureza desse pré-contrato. Pela primeira, pré-contrato é um *pactum de contrahendo*. Seu conteúdo consiste fundamentalmente numa obrigação de contratar. Quem estipula contrato preliminar, obriga-se a emitir a necessária declaração de vontade e a praticar os indispensáveis atos de conclusão de outro contrato que projetou realizar. Entretanto, existem críticas a essa dou-

trina, sob a motivação de que o contrato preliminar converte-se numa entidade supérflua. Outra crítica diz respeito ao interesse prático na realização do pré-contrato, se tem como finalidade impor às partes a obrigação de celebrar novo contrato, seu conteúdo consistiria numa obrigação de fazer. Insere-se entre as críticas a fundamentação de que o devedor de prestação de fato não pode ser compelido a cumprir especificamente o prometido. Sua recusa converterá a obrigação de fazer em obrigação de indenizar. Assim, o pré-contrato perde todo o interesse prático, tendo em vista que somente se concluirá se uma das partes o quiser, uma vez que é livre para descumprir, sujeitando-se apenas ao pagamento de perdas e danos. O vínculo contratual não poderia ser criado por sentença judicial, mas deve decorrer, obrigatoriamente, da vontade das partes. A formação compulsória de um contrário é conceitualmente absurda. Subverte-se a noção do contrato ao se admitir possa ser exigido em razão de obrigação preexistente, passando a ser ato devido.

Conclui-se, em decorrência, ser possível e lícita a promessa de doação, sujeitando-se, entretanto, o promitente e o compromissário, em caso de inadimplemento, a perdas e danos.

Inexiste, no caso *sub judice*, qualquer nulidade na promessa de doação, por tratar-se de direito pessoal, acarretando ao inadimplente exclusivamente responsabilidade por perdas e danos.

Em decorrência, afasta-se a preliminar de nulidade da promessa de doação, por ser ineficaz para fins de caracterização de direito real.

c) Herança de pessoa viva

Com referência à alegada nulidade da transação firmada entre as partes, sob o enfoque de que é inadmissível a negociação de herança de pessoa viva, indispensável é a análise que se elabora neste momento.

Traz-se aos autos comentário ao art. 1.089 do Código Civil pátrio que proíbe contrato tendo como objeto herança de pessoa viva:

“O Código não tolera os pactos sucessórios, negando-lhe toda e qualquer eficácia. Em face da lei, a herança da pessoa que morre é devolvida aos herdeiros ou legatários, ou em virtude de lei, ou por força de disposições testamentárias.

“Fora daí não admite o Código a devolução de herança a quem quer que seja, o que frisa agora, neste artigo, ao proibir possa a herança de pessoa viva ser objeto de contrato, o que vale a vedar possa ela ser deferida por convenção.

“Poder-se-ia conceber a herança como coisa futura que certamente subsistirá, quanto à morte da pessoa à qual pertence, e que poderá subsistir quanto ao patrimônio que esta deixará e à sobrevivência do sucessível. Sob este aspecto, a própria herança poderia formar objeto de contrato, como coisa futura, quase como esperança de herança.

“Mas, gravíssimos motivos aconselham a que isso não se admita.

“Em primeiro lugar, os pactos sucessórios são, em essência, contrários aos bons costumes e origem de conseqüências prejudiciais, despertando sentimentos imorais, como seja o desejo da morte da pessoa, a quem pertence o patrimônio visado no contrato, podendo mesmo, com o correr

dos tempos, tornarem-se aqueles sentimentos em tentação para o crime, levando o interessado ao extremo da eliminação daquele de que cuja herança se trata. Esses inconvenientes verificam-se em qualquer hipótese: quer se trate de pactos renunciativos (*de non succedendo*), quer se trate de pactos aquisitivos (*de succedendo*).

“Em segundo lugar, os pactos sucessórios dariam margem, se tolerados, para ilidir as disposições legais, que em razão de interesse de ordem pública, reservam os direitos hereditários a determinadas pessoas, ou privam outras, no todo ou em parte, da faculdade de conseguir a herança de um defunto, por isso que aquele a quem a herança pertence poderia, com a liberdade da convenção, desrespeitar a lei, tirando a herança, de quem por lei, não podia dela ficar privada, ou atribuindo-a a outros, que, por lei, nunca poderiam herdar.

“Em terceiro lugar, finalmente, os pactos sucessórios contrariam o princípio da liberdade essencial às disposições de última vontade, que devem ser essencialmente revogáveis, até o momento da morte do disponente” (SANTOS, J. M. de Carvalho. Código de Civil Brasileiro Interpretado: Direito das Obrigações, vol. XV. Rio de Janeiro : Livraria Freitas Bastos, 1982, 10ª edição, págs. 195/197).

Entretanto, existem exceções legais ao disposto no art. 1.089 do Código Civil e que estão inseridas nos arts. 314 e 1.776, ambos do Estatuto Civil pátrio.

Conforme ensinamento doutrinário do Professor Silvio Rodrigues, “O Código Brasileiro, embora adotan-

do integralmente a proibição do contrato sobre herança de pessoa viva, admitiu duas espécies de negócios que parecem escapar ao rigor daquela regra. A primeira se encontra no art. 314, que permite doações antenupciais entre os cônjuges, para terem eficácia após a morte, e a segunda, no art. 1.776, que faculta a partilha de seus bens, feita pelo pai, por ato entre vivos” (Direito Civil — Dos Contratos e Das Declarações Unilaterais da Vontade, São Paulo, Editora Saraiva, vol. 3, pág. 71).

Entretanto, o caso em exame não envolve herança de pessoa viva porque foi após o falecimento de Arno Altenburg que a esposa e os filhos deste resolveram elaborar a transação dos autos, tendo como objeto promessa de doação de todos os bens pertencentes ao *de cujus* e à esposa deste na qualidade de meeira.

Ora, não se pode afirmar que a metade pertencente ao *de cujus* tenha sido objeto de transação envolvendo patrimônio de pessoa viva. Realmente, a transação foi elaborada após o falecimento de Arno Altenburg e à esposa deste, na condição de mãe dos herdeiros necessários, é atribuído legalmente o direito de partilhar seus bens próprios em vida, a teor do art. 1.776 do Código Civil pátrio.

No tocante à parcela patrimonial pertencente à esposa do *de cujus* na condição de meeira, está inserida na exceção prevista pelo art. 1.776 do Código Civil brasileiro porque “é válida a partilha feita pelo pai, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários”. Se o art. 1.776 do CC atribui apenas ao pai a partilha em vi-

da, conforme art. 5º, I, da Constituição Federal, Anna Altenburg, na condição de mãe dos herdeiros necessários, pode fazer o mesmo, partilhando, em vida, seus bens em favor dos filhos.

A transação efetivada entre as partes não pode ser anulada porque os requerentes não trouxeram aos autos elementos probatórios que levem à conclusão da existência de vícios do consentimento sofridos em decorrência de antijurídico praticado pelos requeridos.

A pretensão prefacial não encontra amparo jurídico porque os autores não comprovaram que a partilha tenha acarretado ofensa ao princípio da igualdade e, em especial, aos direitos patrimoniais igualitários dos requerentes e demais filhos do *de cuius*.

Como a transação estabeleceu a partilha dos bens deixados pelo finado, como os pertencentes à mãe dos herdeiros necessários, com a expressa anuência destes, inacolhe-se a arguição recursal de que seja nula a transação que envolve herança de pessoa viva.

Isso posto, no tocante ao mérito, dissenti da doutra maioria para negar provimento ao recurso dos apelantes, mantendo a sentença apelada, incluindo os ônus da sucumbência.

Estas as razões do meu dissenso no tocante à preliminar argüida de ofício e no concernente ao mérito da questão *sub judice*.

Monteiro Rocha.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1996.000566-8, DE BIGUAÇU

Relator: Des. Newton Janke

Embargos de terceiro. Julgamento antecipado. Cerceamento de defesa inócurrenre. Contratos particulares de compra e venda de embarcações não registrados. Má-fé recíproca. Prevalência do registro oficial.

Se a prova documental elucidada suficientemente a matéria relativa à transmissão da propriedade dos bens penhorados, não se justifica a produção de prova testemunhal a esse respeito.

Evidenciada a manifesta má-fé recíproca entre a adquirente e a vendedora de embarcações marítimas, comandadas pelo mesmo sócio, prevalece sobre os contratos particulares de compra e venda não registrados o título de propriedade emanado da Capitania dos Portos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1996.000566-8, da comarca de

Biguaçu (2ª Vara), em que é apelante Florimar Indústria e Comércio de

Pescados S.A., sendo apelado Banco do Brasil S.A.:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

Trata-se de apelação interposta por Florimar Indústria e Comércio de Pescados S.A. contra sentença que, julgando antecipadamente ação de embargos de terceiro aforada contra Banco do Brasil S.A., deu pela improcedência do pedido inicial tendente a desconstituir a penhora de dois barcos pesqueiros, denominados “Alexandre Magno – IV” e “Dom Rodrigo”, efetivada em carta precatória extraída do processo de execução que o embargado move, na comarca da Capital, contra Indústria de Pescados Rocha Ltda.

Em preliminar, postula a anulação da sentença ao fundamento de que o julgamento antecipado acarretou cerceamento de defesa, impossibilitando a produção de provas relevantes à elucidação da controvérsia.

No mérito recursal, reeditando a argumentação pretérita, insiste em que as duas embarcações foram, após adquiridas por compromisso particular de compra e venda, incorporadas ao patrimônio da apelante sob a forma de integralização do capital subscrito por dois sócios, enfatizando que, em tais condições, não poderiam ser afetadas pela constrição judicial.

Não obstante intimado, o apelado não ofereceu resposta.

É o relatório.

A arguição de cerceamento de defesa deve ser rejeitada porque a prova documental entranhada oferecida, como oferece, todos os elementos necessários à compreensão e ao deslinde da matéria controvertida, tornando despropositada a produção de provas em audiência.

Com efeito, o cerne da controvérsia gravita, fundamentalmente, em torno da idoneidade documental para efeito de comprovar a transmissão da propriedade de embarcações, matéria para a qual a prova testemunhal não prestaria nenhum subsídio relevante.

Quanto ao mérito, tem-se que a penhora recaiu sobre dois barcos, indicados à constrição pelo exequente diante de informação da Capitania dos Portos de Santa Catarina, segundo a qual os referidos bens estariam registrados naquela repartição como sendo de propriedade da devedora, Indústria de Pescados Rocha Ltda.

Para uma melhor compreensão da controvérsia, impõe-se, à luz da documentação inclusa, traçar uma resenha cronológica das sucessivas transmissões havidas na propriedade dos bens penhorados.

A primeira embarcação, denominada de “Alexandre Magno — IV”, quando ainda batizada originariamente de “Brastuna”, foi vendida, por escritura pública, em 9/2/87, pela empresa Goleta Captura Indústria e Comércio de Pescados Ltda. para as pessoas de Maurílio Magno do Nascimento e Alcides Luiz do Nascimento (fl. 70). Um dia depois, ou seja, em 10/2/87, também por escritura pública, o barco foi vendido para a firma Indústria de Pescado Rocha Ltda. (fl. 67). Em dia também imediatamente seguinte (11/2/87), a

embarcação foi negociada com Luiz Aurélio Baptista (fls. 65/6).

Em 10/10/87, Luiz Aurélio Baptista, ao ensejo de assembléia destinada a prover aumento de capital social, integralizou a subscrição de ações da embargante pela incorporação ao seu patrimônio do aludido barco pesqueiro (fls. 18/9).

As duas escrituras públicas antes referenciadas foram apresentadas à Capitania dos Portos de Santa Catarina em 23/10/89, porém o processo de transferência não foi ultimado pelo descumprimento de exigências legais. Esclareceu também aquela repartição militar que o contrato particular entre a firma Indústria de Pescado Rocha Ltda. e Luiz Aurélio Baptista, bem como a ata da mencionada assembléia deram entrada na Capitania em 7/2/95, porém, “em virtude da documentação achar-se incompleta, a transferência de propriedade não foi ainda efetivada, estando o processo de transferência aguardando o cumprimento dos arts. 7º e 33 da Lei n. 7.625, de 2/2/88” (fl. 107).

Em decorrência desses percalços burocráticos, a embarcação permanece oficialmente registrada, perante o Ministério da Marinha, como se pertencesse à empresa Goleta Captura Indústria e Comércio de Pescados Ltda.

Já o barco “Dom Rodrigo”, antigamente identificado pelas denominações de “Sul Atlântico III” e “Nova Aurora” (fl. 75), pertenceu a Manoel Gomes que, por escritura pública datada de 26/7/84 (fls. 84/86), o transmitiu à devedora Indústria de Pescados Rocha. Esta, em 15/10/84, obteve o registro provisório da embarcação (fl.

83), até que, por contrato particular datado de 3/9/87 (fls. 87/8), o transmitiu para Iná Alves da Rocha, que se tornou sócia da apelante ao integralizar a subscrição de ações, mediante a incorporação ao seu patrimônio da indigitada nave marítima, em 30/12/87 (fls. 89/91).

A par dessa sinopse, é relevante registrar que o Sr. Konstantinos Meintanis é sócio majoritário da ora apelante (fl. 102) e, também como sócio, divide a gerência da empresa executada, Indústria de Pescado Rocha Ltda. (fl. 103).

Relevantíssimo observar ainda que, ao pleitear, em 1º/9/87, em papel timbrado da Indústria de Pescado Rocha Ltda., recursos do crédito rural, o Sr. Konstantinos Meintanis esclareceu que o numerário pretendido seria destinado à aquisição de equipamentos de pesca e à “reforma do barco pesqueiro Alexandre Magno IV” (fls. 47/8), o que acabou também sendo ratificado ao ensejo da concessão do financiamento, garantido pela emissão de cédula rural pignoratícia em 9/9/87 (fl. 40).

É certo que, nos termos do art. 620 do Código Civil, o domínio das coisas móveis transmite-se com a tradição e, em assim sendo, a inexistência do registro de compromisso de compra e venda não pode ser oponível ao terceiro, adquirente de boa-fé. Registre-se e frise-se: adquirente de boa-fé.

Se, entretanto, a aquisição não foi de boa-fé, o terceiro não pode pretender forrar-se com o contrato particular. Prevalecerá, então, o domínio daquele em cujo nome o bem estiver registrado nas serventias oficiais competentes.

No caso em exame, a má-fé da embargante é ostensiva e decorre evidenciada, substancialmente, da circunstância de ser o Sr. Konstantinos Meintanis simultaneamente sócio administrador das duas empresas já referidas.

Valendo-se do fato de que possuía, desde 10/2/87, a escritura pública de compra e venda do barco “Alexandre Magno – IV”, Konstantinos Meintanis apresentou-se ao Banco do Brasil como o proprietário da nave para obter o financiamento necessário à sua reforma. Obtido o financiamento, contratou a venda, agora por instrumento particular, para Luiz Aurélio Baptista e, poucos meses depois, recebeu o mesmo barco como patrimônio da embargante. Somente em fevereiro de 1995, quando a execução já estava em curso e já tinha sido realizada a penhora, apresentou o contrato e a ata de incorporação do bem ao patrimônio da embargante na Capitania dos Portos.

Em relação ao barco “Dom Rodrigo” também não foi muito diferente. Detendo o registro provisório da propriedade perante a Capitania dos Portos, Konstantinos, em 3/9/87, ou seja, dois dias após ter feito a solicitação de financiamento ao Banco do Brasil, alienou a embarcação, por contrato particular, para a sua sócia na empresa devedora Iná Alves da Rocha, e três meses depois, já embolsado o dinheiro do mútuo, aceitou incorporar o bem no patrimônio da embargante.

Digno de observar que, segundo a Capitania dos Portos, a embargante não possuía, nem possui outras embarcações.

O que se tem, em resumo e ao final, é que o Sr. Konstantinos Mein-

tanis promoveu uma fictícia “canibalização” da devedora e, munido de títulos que lhe atribuíam a propriedade das embarcações, contraiu empréstimo em nome da executada, com a certeza de que esta, quando instada a pagar, nada mais teria em seu patrimônio.

A expressão “canibalização” é apropriada porque Meintanis era sócio de uma e de outra empresa e se confirma ante documentos constantes da precatória apensada (fls. 58/9) a demonstrar que a maioria dos bens oferecidos em penhor cédular pela executada não foram encontrados e os que foram encontrados estavam nas dependências da embargante.

No decorrer dos últimos anos, a jurisprudência pátria, atenta à realidade, evoluiu corretamente no sentido de relativizar o valor absoluto que antes se conferia aos registros públicos na determinação da propriedade seja de móveis (automóveis, por exemplo) ou de imóveis.

Essa tendência, que se sedimentou pela revogação da Súmula 621 do STF, pela Súmula 84 do STJ, teve sempre em mira proteger o adquirente de boa-fé. Nada mais justo, nada mais correto.

Não é dado, entretanto, desqualificá-la para acobertar quem atua de má-fé. Quando a má-fé está manifestamente caracterizada, como se dá no caso em julgamento, é de rigor que se prestigiem os registros públicos e a credibilidade que deles emana. E isso implica, no caso em exame, dizer e reconhecer que a transmissão dos barcos para o patrimônio da embargante operou-se em fraude à execução, eis que, ao tempo da penhora, continuavam sendo de propriedade da recorrente.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

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

Florianópolis, 27 de junho de 2002.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente, com voto;
Newton Janke,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.014689-7, DE SÃO FRANCISCO DO SUL

Relator: Des. Newton Janke

Pagamento. Terceiro não interessado. Gestão de negócios inconfigurada. Mera liberalidade. Reembolso incabível.

O terceiro não interessado que paga dívida em nome e por conta do devedor (art. 930, parágrafo único, do Código Civil) só tem direito ao reembolso se atuou como gestor de negócios.

Inconfigurada a gestão de negócios, reputa-se tenha sido o pagamento feito por mera liberalidade, tornando incabível o reembolso da quantia paga.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.014689-7, da comarca de São Francisco do Sul (2ª Vara), em que é apelante Maurício Pereira Tavares, sendo apelada Antônio Tavares e Cia. Ltda.:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, rejeitadas as questões preliminares, dar provimento ao recurso.

Custas de lei.

Trata-se de apelação interposta por Maurício Pereira Tavares contra sentença que, em ação monitória movida por Antônio Tavares e Cia. Ltda., julgou improcedentes os embargos a ela opostos ante a inexistên-

cia de provas demonstrando a quitação do débito.

Repisando as matérias preliminares ventiladas nos embargos, insiste o recorrente, no mérito, que a apelada autorizou o pagamento do débito contraído pela empresa Tavares Indústria e Comércio de Torneados Ltda. — Tacotorno no Banco do Brasil S.A., e que, portanto, inexistiu o empréstimo referido na inicial.

Ressaltou, em reforço a esse argumento, que o sócio da apelada, Antônio Domingues Tavares, era também sócio da empresa Tacotorno, enfatizando ainda que, por essa razão, era comum que a recorrida prestasse socorro financeiro a esta última, da qual o apelante sequer era sócio.

Instada a contra-arrazoar, a apelada manteve-se silente.

É o relatório.

A *priori*, a irregularidade apontada pelo apelante na anotação extraída do Sistema de Automação Judiciária — Primeiro Grau (SAJ-PG) não possui qualquer relevância. Se a sentença foi proferida, em gabinete, em 5/11/99, isso não significa que tenha sido imediatamente publicada em Cartório, justificando, portanto, o cadastramento no sistema de informática em data posterior.

As preliminares argüidas nos embargos monitórios e reiteradas apenas remissivamente nas razões recursais não procedem.

A petição inicial do procedimento monitório não padece de inépcia quer porque preenche os requisitos exigidos no art. 282 do Código de Processo Civil, quer porque se faz acompanhar de prova documental apta a instrumentalizá-lo, certo que no verso do cheque, encimando a assinatura do apelante, consta o registro de que o aludido título prestar-se-ia ao pagamento de obrigação avalizada pelo recorrente.

Também não há falar em ilegitimidade ativa ou passiva porque, como bem ponderou a sentença apelada, “o cheque foi assinado pelo embargante réu, na condição de procurador da embargada autora, para saldar dívida da empresa Tavares Indústria e Comércio de Torneados Ltda. — Tacotorno, em que figurava como avalista, e, efetivamente, o dinheiro saiu da conta da embargada autora”.

Se o apelante, em razão da sua qualidade de avalista, deve ou não responder à embargada pelo débito por esta resgatado, é questão que se

vincula ao mérito da controvérsia e, como tal, será adiante analisada.

Do mesmo modo, não há falar na ausência de interesse processual, na medida em que, existente uma pretensão resistida, à autora impunha-se recorrer ao Judiciário para buscar a satisfação do suposto direito que não lhe foi dado obter na esfera não contenciosa.

Suplantadas tais questões, tem-se que o sócio da apelada, Sr. Antônio Domingues Tavares (fls. 57/59), era também sócio largamente majoritário da empresa Tavares Indústria e Comércio de Torneados Ltda. — Tacotorno (fls. 54/56), esta que contraiu um empréstimo com o Banco do Brasil S.A., avalizado pelo ora apelante.

O apelante, além de filho de Antônio Domingues Tavares, detinha também poderes para gerenciar a apelada e, nessa condição, emitiu, em 9/5/94, o cheque destinado a resgatar o débito que a empresa Tacotorno tinha com o Banco do Brasil. Embora seu nome não figure no contrato social, o apelante tinha sido sócio da empresa devedora, deixando de sê-lo em razão de ter cedido as cotas sociais para o pai, ato que foi judicialmente desconstituído, em conformidade com a decisão estampada às fls. 161/163, o que significa dizer que, na época da emissão da cártula, ele ostentava ainda a qualidade de sócio-cotista.

É certo que, conforme demonstram documentos anexados aos embargos, a apelada honrou várias obrigações da empresa Tacotorno, por solicitação e autorização expressa do sócio de ambos, Antônio Domingues Tavares (fl. 37).

Na verdade, e nisso tem toda razão o apelante, não há nenhuma prova ou evidência de que a apelada emprestou o valor representado pelo cheque para que o recorrente se visse livre da obrigação decorrente do aval, até porque, como já dito, outras obrigações da Tacotorno, avalizadas por outras pessoas que não o apelante, também foram resgatadas pela recorrida.

Considerado o fato incontroverso de Antônio Domingues Tavares ser, ao mesmo tempo, sócio de ambas as empresas, o que se impõe perquirir é se a apelada, pagando dívida da responsabilidade de terceiros (da empresa Tacotorno e do avalista, ora apelante), tem o direito de recobrar dos devedores originários.

A questão encontra enquadramento nos arts. 930 e 931 do Código Civil, assim enunciados:

“Art. 930. Qualquer interessado na extinção da dívida pode pagá-la, usando, se o credor se opuser, dos meios conducentes à exoneração do devedor.

“Parágrafo único. Igual direito cabe ao terceiro não interessado, se o fizer em nome e por conta do devedor.

“Art. 931. O terceiro não interessado, que paga a dívida em seu próprio nome, tem direito a reembolsar-se do que pagar; mas não se sub-roga nos direitos do credor.

“Parágrafo único. Se pagar antes de vencida a dívida, só terá direito ao reembolso no vencimento”.

A solução à controvérsia está, portanto, em definir se a apelada Antônio Tavares e Cia. Ltda. tinha ou não interesse no resgate da dívida da res-

ponsabilidade solidária da empresa Tavares Ind. e Com. de Torneados Ltda. — Tacotorno e do seu avalista, o ora apelante Maurício Pereira Tavares.

Cunha Gonçalves, lembrado por Washington de Barros Monteiro, sustenta que não há, nem pode haver, pessoa absolutamente não interessada em um pagamento. Quem paga dívida alheia tem forçosamente algum interesse, ainda que se trate de interesse puramente moral, como o do pai que paga os débitos do filho, ou do estróina rico que paga as dívidas das amantes, ou ainda do indivíduo generoso, que corre em socorro do amigo nas garras do usurário (*in* Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações, 1ª Parte, 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 1977, pág. 249).

Segundo Carvalho Santos, quando o Código fala em terceiro interessado quer aludir àquele que não tem ligação alguma com o contrato, nada tendo a temer com o não-pagamento da obrigação, se o devedor torna-se impontual ou inadimplente (*in* Código Civil Interpretado, págs. 12/41).

É o caso da apelada que, não se tendo obrigado com o credor (Banco do Brasil S.A.), não possuía nenhum interesse *jurídico* na extinção da dívida, nem se enquadrava nas situações previstas nos incs. I e II do art. 985 do Código Civil.

Na espécie, a apelada pagou em nome e por conta do apelante Maurício Tavares e não em nome próprio, o que afasta a incidência do art. 931 do Código Civil, submetendo o caso à regência do parágrafo único do art. 930.

Pagando em nome e por conta do devedor, o não interessado não tem direito a reembolso se pagou por liberalidade, mas, se o fez como gestor de negócios, terá ação contra o devedor para reaver o que desembolsou.

O último passo consiste, pois, em definir se a apelada pagou por liberalidade ou como gestora de negócio alheio.

Analisando os requisitos da gestão de negócios, leciona Orlando Gomes:

“Indispensável, em primeiro lugar, que o negócio seja alheio, isto é, que a gestão importe ingerência no patrimônio de outra pessoa. Para acentuar o requisito dizem alguns gestão de negócios de outrem.

“Em seguida, é preciso que o gestor exerça a atividade conforme o interesse do *dominus*, que a este seja útil sua ingerência. Por fim, importa que, ao fazê-lo, o gestor tenha a intenção de ser útil ao dono do negócio – *dominus gestionis*.

“Requer-se para a configuração do contrato:

“a) *espontaneidade da atuação do gestor*;

“b) *propósito de obrigar*.

“O gestor não deve estar autorizado a agir nem obrigado a administrar o interesse do *dominus*. O primeiro requisito configurativo é, assim, a inexistência de *autorização representativa*. Necessário ainda que não esteja administrando interesse alheio por força de obrigação, como é o caso do tutor. A atuação do gestor há de ser espontânea.

“Contudo, não basta. Importa que a atuação não seja do conheci-

mento do dono do negócio. Se conhece e assume a gerência, presume-se que a autorizou, hipótese em que haverá *mandato tácito*.

Outro requisito é o propósito de obrigar o *dominus*. A ação do gestor, que há de ser ditada pela necessidade ou utilidade, em proveito do interessado, não configura gestão, se a intenção é praticar ato de liberalidade. Somente se caracteriza como tal quando houver intento de obrigar” (*in Contratos*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, págs. 469/470).

Ora, no caso concreto, esses últimos elementos não se fazem presentes.

Com efeito, a apelada, por seu sócio, Antônio Domingues Tavares, foi expressamente autorizada (fl. 37) a liquidar as pendências da empresa Tacotorno. Nesse sentido, é também expressa a petição inicial ao dizer que o sócio da apelada, Celso Amorim Salazar Pessoa (orientado pelo sócio Antônio Tavares), autorizou o suplicado a pagar o aval. Não se tratou, pois, de atuação espontânea do gestor.

Por outro lado, a atuação da autora era do conhecimento do dono do negócio. Sim, porque Antônio Domingues Tavares era sócio tanto da apelada quanto da devedora Tacotorno e, não bastasse isso, o apelante era procurador da apelada e sócio, embora oculto, desta mesma empresa.

De tudo isso, ressalta que não houve nunca o propósito de obrigar o *dominus*. O que houve de fato foi uma liberalidade aliada ao fato de que o sócio da apelada, Antônio Domingues Tavares, tinha interesse em preservar o patrimônio da devedora (da qual era sócio) de uma possível execução judi-

cial e de livrar o filho, Maurício, da obrigação decorrente do aval.

Essa conclusão se solidifica ante a constatação de que a ação monitória foi ajuizada mais de dois anos após o indigitado pagamento e depois que o apelante foi demitido da empresa apelada.

Em tais condições, não caracterizada a hipótese de gestão de negócios, incabível a pretensão da apelada de reembolsar pelo que pagou por mera liberalidade.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso para, acolhendo os em-

bargos, julgar improcedente a ação monitória, invertidos os ônus da sucumbência.

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

Florianópolis, 20 de junho de 2002.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente com voto;
Newton Janke,
Relator.

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2000.017886-1, DE TIMBÓ

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Direito comercial. Execução por quantia certa. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Desconsideração da personalidade jurídica. Dissolução irregular. Ausência de provas.

A desconsideração da pessoa jurídica, como meio de corrigir os desvios das funções das sociedades mercantis, é medida extrema, cuja aplicação deve ser ponderada.

Se a conclusão inevitável é de que a dissolução irregular da pessoa jurídica autoriza a desconsideração da personalidade, esse encerramento ilegal deve ser devidamente demonstrado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.017886-1, da comarca de Timbó, em que é agravante Vital Sul

Enobrecimento Têxtil Ltda. e agravada Rubetex Indústria Têxtil Ltda.:

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

Custas legais.

1. Vital Sul Enobrecimento Têxtil Ltda. interpôs agravo de instrumento, com requerimento de efeito suspensivo, de decisão proferida nos autos de execução por quantia certa ajuizada em face de Rubetex Indústria Têxtil Ltda.

O *decisum* vergastado negou o pedido de descon sideração da personalidade jurídica para que a execução prosseguisse sobre os bens dos sócios, ao argumento de que tal providência dependeria de condenação prévia.

Em sua insurgência, a agravante sustentou que os sócios devem ser responsabilizados pela dissolução irregular da empresa. Disse que esta fechou as portas sem comunicar os credores, caracterizando fraude contra estes. Argüiu a desnecessidade de condenação prévia dos sócios, pois é evidente a violação à lei e a existência de fraude. Fundamentou ainda a necessidade de envio de ofício à Receita Federal para obter informações sobre a existência de bens de propriedade dos sócios.

Foi deferido o efeito suspensivo postulado.

Não houve contra-razões.

2. Nega-se provimento ao recurso.

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece o capitalismo como modo de produção econômico, tanto pelos dispositivos constitucionais que amparam a livre iniciativa, como na le-

gislação esparsa, como ainda na própria estrutura administrativa vigente.

Não tolerou porém as dificuldades advindas da economia de mercado pura, estabelecendo a economia mista, que coloca o Estado como agente econômico (atuando sobretudo em áreas econômicas não recomendáveis à iniciativa privada) e como regulador da atividade de mercado desempenhada pelos particulares.

Essa atividade econômica privada é exercida pela empresa, concebida como organização individualizada dos fatores de produção. Para sua instrumentalização, a empresa pode adquirir personalidade jurídica própria, ficção jurídica que possibilita, entre outros efeitos, a separação do patrimônio da organização produtiva do patrimônio pessoal dos sócios que a compõem.

A respeito, é ilustrativa a lição de José Lamartine Correia de Oliveira, em obra que representa um marco no Direito Societário brasileiro:

“Certas realidades da vida humana em sociedade — como os agrupamentos de finalidades lucrativas ou ideais e as instituições dotadas de patrimônio vinculado a uma finalidade — são denominadas *peçoas* jurídicas por oposição e ao mesmo tempo por analogia com o ser humano (...) São instrumentos de realização da pessoa humana e têm por finalidade servir ao homem e à sua vida em sociedade” (*A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, pág. 606).

E adiante observa:

“O reconhecimento da pessoa jurídica depende da verificação da fidelidade ontológica — não reconhecendo personalidade jurídica a agru-

pamentos carentes de requisitos mínimos como permanência, continuidade, consistência — e da fidelidade axiológica, que submete a pessoa jurídica — instrumento como é — aos valores justificadores da ordem jurídica: dignidade da pessoa humana e igualdade entre os homens” (obra citada, págs. 607/608).

A personalidade jurídica, portanto, é conquista de extrema importância para a criação de instrumentos aptos ao desenvolvimento econômico. Trata-se, frise-se, de instrumento, não sendo recomendável sua tutela quando se desvie da função que lhe é atribuída.

Novamente transcrevem-se os ensinamentos de José Lamartine Correia de Oliveira:

“A pessoa jurídica é uma realidade que tem funções (...) À medida, porém, que as estruturas sociais e econômicas evoluem, tipos legais previstos para determinadas funções vão sendo utilizados para outras *funções*. Se tais funções novas entram em contraste com os *valores* reitores da ordem jurídica, há uma *crise da função* do instituto” (obra citada, pág. 608).

O resultado dessa crise é a criação de hipóteses legais que admitem a quebra da barreira existente entre o patrimônio da sociedade mercantil e dos sócios que a compõem, quando utilizadas para funções que destoem daquelas que motivaram sua admissão no ordenamento jurídico. São os casos de desconsideração da pessoa jurídica, que possuem a finalidade de corrigir os desvios na utilização da personalidade jurídica e evitar o surgimento de novos casos de desvio.

Como afirma Antunes Varella, a desconsideração corrige a contradição entre a aparência e a realidade na constituição e no funcionamento da pessoa jurídica (*apud* Lamartine Correia de Oliveira, pág. 613).

A desconsideração da pessoa jurídica é um dos mais relevantes institutos jurídicos desenvolvidos no final do século XX, como bem lembra Zelmo Denari.

Sobre a desconsideração, leciono Ovídio Baptista da Silva:

“O direito moderno, como todos sabem, concebe a pessoa jurídica como uma entidade perfeitamente autônoma e distinta de seus sócios, com direitos, deveres e patrimônios próprios. Todavia, a doutrina contemporânea, com base em princípios jurídicos largamente elaborados, especialmente pelos juristas alemães, assentou a regra de que essa separação entre a sociedade e seus sócios, no que diz respeito à distinção entre os respectivos patrimônios, para fins de responsabilidade perante terceiros, pode desaparecer quando a sociedade seja utilizada pelos sócios com o fito de prejudicar terceiros, ou sirva de anteparo para permitir a prática de negócios ilegais” (Curso de processo civil. 3ª ed., São Paulo. Revista dos Tribunais, 1998, vol. II, págs.73/74).

E ensina Alexandre Couto Silva:

“A desconsideração da personalidade jurídica ocorrerá quando o conceito de pessoa jurídica for utilizado para promover fraude, evitar o cumprimento de obrigações, obter vantagens da lei, perpetuar monopólio, proteger a prática do abuso de direito, propiciar a desonestidade, contrariar a ordem pública e justificar o

injusto” (Desconsideração da personalidade jurídica : limites para sua aplicação. Revista dos Tribunais, vol. 780, pág. 56).

Conforme dispôs o eminente Des. Nelson Schaefer Martins, “a pessoa jurídica deve ser considerada como uma mera associação de pessoas se é utilizada para frustrar o interesse público ou proteger a fraude” (AI n. 2001.019217-9, da Capital, j. 11/4/2002). E cita, a seguir, precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“Desconsideração da pessoa jurídica. Pressupostos. Embargos do devedor.

“É possível desconsiderar a pessoa jurídica usada para fraudar credores” (REsp n. 86.502/SP, rel. Min. Rui Rosado de Aguiar, j. 21/5/1996).

Importa então analisar se a dissolução irregular de sociedade mercantil — caracterizada no caso pela mera interrupção das atividades econômicas, segundo o agravante — é motivo suficiente à desconsideração da pessoa jurídica.

As disposições legais sobre o assunto tornam claro que a dissolução da sociedade deve ser formal, caracterizando a dissolução de fato como infração à lei. Com efeito, dispõe o Código Comercial:

“Art. 337. A sociedade formada por escritura pública ou particular deve ser dissolvida pela mesma forma de instrumento por que foi celebrada”.

“Art. 338. O distrato da sociedade, ou seja, voluntário ou judicial, deve ser inserto no Registro do Comércio, e publicado nos periódicos do domicílio social, ou no mais próxi-

mo que houver, e na falta deste por anúncios fixados nos lugares públicos; pena de subsistir a responsabilidade de todos os sócios a respeito de quaisquer obrigações que algum deles possa contrair com terceiro em nome da sociedade”.

Válido ressaltar ainda que o Manual de Atos de Registro do Comércio exige a forma escrita para o distrato social (Departamento Nacional de Registros de Comércio. Manual de Atos de Registro do Comércio — Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Brasília, 1994, págs. 59/63).

Sobre o tema leciona José Waldecy Lucena:

“É inclusive aplicação do princípio do paralelismo das formas: se somente regularmente, isto é, mediante contrato escrito, pode a sociedade por quotas constituir-se, somente regularmente, ou seja, mediante distrato ou judicialmente, poderá ela desconstituir-se. E se a existência legal da pessoa jurídica começa com o registro ou o arquivamento de seus atos constitutivos no registro competente, o término de sua existência ocorre com sua dissolução também dada a registro ou arquivamento (Código Civil, arts. 18 e 21).

“Daí exsurgir, como corolário inarredável, a responsabilidade da última gerência pelas dívidas da sociedade que de fato se dissolveu. Os sócios-gerentes que assim obraram o fizeram *contra legem*, por isso alcançando-se a responsáveis pessoais e solidários, independentemente de qualquer outra indagação. Ao terceiro cumpre tão-somente provar que a empresa encerrou suas atividades,

sem que a sociedade tenha regularmente sido extinta” (Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada. 4ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2001, pág. 761).

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que existe responsabilidade dos sócios em dissolução irregular de empresa, *mutatis mutandis*:

“O sócio-gerente, de acordo com o art. 135 do CTN, é responsável pelas obrigações tributárias resultantes de atos praticados com infração da lei, considerando-se como tal a dissolução irregular da sociedade, sem o pagamento dos impostos devidos” (STJ, REsp n. 7.745/SP, DJU de 29/4/91, pág. 5.258).

No mesmo sentido, também do STJ, AgREsp n. 327.462/MG, rel. Min. José Delgado, j. 18/2/2002; AGA n. 388.776/RS, rel. Min. José Delgado, j. 22/10/2001; AgREsp n. 165.555/SP, rel. Min. Francisco Falcão, j. 15/10/2001; REsp n. 121.021/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15/8/2000.

Todavia, não há nos autos elementos suficientes à conclusão de

que realmente houve dissolução de fato da sociedade mercantil. A mera frustração da execução não autoriza que os bens dos sócios sejam atingidos e penhorados.

A desconsideração da pessoa jurídica, como meio de corrigir os desvios das funções das sociedades mercantis é medida extrema, cuja aplicação deve ser ponderada e aplicada a casos específicos. Se a conclusão inevitável é de que a dissolução irregular da pessoa jurídica autoriza a desconsideração da personalidade, evidente que tal dissolução deve ser demonstrada.

3. Em face do exposto, nega-se provimento ao recurso, confirmando-se por esses fundamentos a decisão impugnada.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos e Cercato Padilha.

Florianópolis, 11 de abril de 2002.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente e Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.002700-6, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Medida liminar em ação de busca e apreensão. Notificação extrajudicial não pessoal. Imprestabilidade. Cobrança excessiva de encargos. Mora não caracterizada.

A constituição do devedor em mora, nos termos do Decreto-Lei n. 911 de 1969, exige a interpelação do devedor, em princípio não caracterizada por notificação de terceiro.

A cobrança abusiva de encargos pela instituição financeira, dificultando sobremaneira o pagamento da dívida, retira do devedor a culpa pelo inadimplemento, descaracterizando a mora do devedor.

A havida da prejudicial externa, conquanto não implique, no caso, reunião dos feitos — pela dissonância entre pedidos e causas de pedir das demandas —, autoriza a suspensão do processo, fortalecendo ainda mais a necessidade de conceder-se ao agravante a posse da coisa, como depositário judicial, até que a lide encontre seu desfecho.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.002700-6, da comarca de Balneário Camboriú, em que é agravante Marcelo Augusto dos Santos e agravada Fináustria Companhia de Crédito, Financiamento e Investimento:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas legais.

1. Marcelo Augusto dos Santos interpôs agravo de instrumento da decisão que deferiu liminarmente o pedido de busca e apreensão movido por Fináustria Companhia de Crédito, Financiamento e Investimento.

O Dr. Juiz de Direito considerou estarem comprovadas a existência da relação de garantia e a mora do requerido.

O agravante requereu a conexão do presente processo com a ação ordinária anteriormente proposta na 36ª Vara Cível da comarca de São Paulo. Considerou que a notificação foi irregular, pois retornou o aviso de recebimento com assinatura de pessoa estranha ao contrato, descaracte-

rizando a mora do credor e desautorizando a concessão da medida liminar.

Foi concedido o almejado efeito suspensivo ao recurso.

2. Dá-se provimento ao recurso.

2.1. A juntada do “AR” não comprovou a mora do apelante.

A comprovação da mora, que em observância ao § 2º do art. 2º do Decreto-Lei n. 911/69, dá-se por “carta expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título”. O protesto é o “ato solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento da obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida” (Lei n. 9.492/1997, art. 1º). A carta expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos deve alcançar o próprio devedor, ainda que se possa admitir, excepcionalmente, o recebimento por outra pessoa, como, por exemplo, pelo pai com quem o devedor coabita, ou a esposa.

A juntada de “AR” com nome estranho ao processo não serve à comprovação da mora, ainda mais quando se desconhece qualquer relação entre a pessoa que firmou o rece-

bimento e o devedor que se pretende interpelar.

Nessa senda, extrai-se de precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“Civil. Busca e apreensão. Alienação fiduciária. À constituição da mora não basta que a notificação tenha sido processada pelo Cartório de Protesto de Títulos e Documentos; é preciso a prova de que tenha sido recebida pelo devedor. Recurso especial conhecido e provido” (REsp n. 158035/DF, rel. Min. Ari Pargendler, j. 13/12/2001).

2.2. A estipulação de encargos excessivamente onerosos exime o devedor de culpa, e portanto descaracteriza a mora.

Assim, além da inexistência de interpelação, como argumenta o apelante, há de se ressaltar a descaracterização da mora em face da concorrência de culpa da apelada no inadimplemento da obrigação, com a estipulação de juros que importam mais de três vezes o limite legal.

A jurisprudência pacífica deste órgão fracionário determina que seu percentual, nele incluídos comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderá ser superior a doze por cento ao ano.

A limitação possui longa tradição em nosso direito, e tem por escopo proteger a ordem econômica e o setor produtivo, coibindo a excessiva remuneração do capital. O Decreto n. 22.626, de 1933, que fixou o teto máximo de 12% ao ano, assim enunciou em sua exposição de motivos:

“Considerando que todas as legislações modernas adotam normas severas para regular, impedir e reprimir os excessos praticados pela usura;

“Considerando que é de interesse superior da economia do país não tenha o capital remuneração exagerada impedindo o desenvolvimento das classes produtoras”.

O limite encontra-se atualmente revigorado pela Constituição da República, que fez constar, no § 3º do art. 192, 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; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos em que a lei determinar”.

Como é sabido, as instituições financeiras comumente firmam com seus correntistas contratos de massa, impondo a adesão em bloco de cláusulas pré-impressas, que não raras vezes trazem no bojo encargos que tornam a dívida impagável.

Deixam de observar que “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” (Cláudia Lima Marques. Contratos bancários em tempos pós-modernos — primeiras reflexões. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 25, pág. 30, jan./mar., 1998).

Com isso, não se pode imputar culpa ao devedor pelo inadimplemento contratual quando se constata que o débito tenha triplicado em pouco mais de ano em razão de comissões, taxas, capitalizações e juros ditados exclusivamente pela parte economicamente mais forte.

Diante da ausência de culpa, elemento essencial à mora, não há espaço para a cobrança de multa moratória.

Como lembra Humberto Theodoro Júnior, “a idéia de mora vem sempre ligada, indissociavelmente, ao elemento culpa, de sorte que se a falta de pagamento decorre de ato culposo do próprio credor, lugar não há para responsabilizar-se o devedor pelo inadimplemento” (Curso de direito processual civil. 22ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, vol. III. pág. 26).

Washington de Barros Monteiro ressalta que “a *mora debitoris* possui um lado objetivo e outro subjetivo, aquele assentado no não-pagamento no tempo, lugar e forma convencionados; este na culpa do devedor” (Curso de direito civil. 30ª ed., Saraiva: São Paulo, 1999, vol. IV, pág. 267).

E ressalta:

“Inexistindo fato ou omissão imputável ao devedor, não incide este em mora” (*op. cit.*, pág. 267).

Silvio Rodrigues segue o mesmo entendimento salientando que “sem culpa do devedor não há mora. Se houver atraso, mas o mesmo não resultar de dolo, negligência ou imprudência, não se pode falar em mora.

“E nisso é que a mora se distingue do simples retardamento. O retardamento é um dos elementos da mo-

ra, pois esta é o retardamento devido por culpa” (Direito civil: parte geral das obrigações. 4ª ed., Saraiva: São Paulo, 1973, vol. II, pág. 273).

Para Sílvio de Salvo Venosa “a mora é o retardamento culposo no cumprimento da obrigação, quando se trata de mora do devedor. Assim, o simples retardamento no cumprimento da obrigação não tipifica a mora do devedor. Há de existir culpa” (Direito civil. São Paulo: Atlas, 2001, vol. II. pág. 217).

Por fim, colhe-se lição de J.M. Carvalho Santos:

“A culpa é elemento essencial à constituição de mora, pois, em seu verdadeiro conceito, esta é um retardamento imputável ao devedor.

“O devedor, em suma, só incorre em mora quando retarda o pagamento sem causa justificada que afaste de si toda e qualquer culpa.

“Não incorre em mora, em hipótese alguma, quando o retardamento não lhe seja imputável” (Código Civil brasileiro interpretado. 12ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1985, vol. XII, págs. 375/6).

Em decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Embargos infringentes. Alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão. Contrato de abertura de crédito fixo com garantia real — Finame. Abusividade contratual e onerosidade excessiva. Juros remuneratórios. Inexistência de *mora debendi*. Sendo o contrato abusivo e ele eivado de nulidades decorrentes de cláusulas ilegais e abusivas, não se constitui validamente a *mora debendi*, já que os valores cobrados não são os efetivamente

devidos" (El n.70003352887, rel. Des. Sejalmo Sebastião de Paula Nery, j. 5/4/2002).

O Superior Tribunal de Justiça emitiu pronunciamento:

"Alienação fiduciária. Juros (Súmula 596/STF). Capitalização (Súmula 121/STF). Possibilidade de revisão de cláusula de contrato de alienação fiduciária, apesar de parcelas já pagas. Não se configura a mora se há exigência de parcelas abusivas, pelo credor" (REsp n. 324541/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 18/10/2001).

2.3. Verificada a conexão entre os feitos, determina-se a suspensão do processo de busca e apreensão para que se aguarde o julgamento da ação ordinária aforada para discutir a existência e o valor da dívida.

Os documentos juntados às fls. 56 a 92 demonstram a existência de ação em trâmite cuja decisão vincula a da busca e apreensão sob exame. Dispõe o Código de Processo Civil, em seu art. 265, que o processo será suspenso quando a sentença de mérito "depende do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente" (inciso IV, alínea a).

Entre as duas ações aforadas — revisional e de busca e apreensão — há conexão por prejudicialidade, presente sempre que houver questão cujo deslinde antepuser-se ao de uma relação jurídica controvertida principal, condicionando seu julgamento.

Disserta Moacyr Amaral Santos que quando "...a sentença de mérito depender do julgamento de outra causa, já ajuizada, diz-se que a decisão desta constitui prejudicial àquela. Na dependência desse outro julgamento, tudo aconselha, inclusive a lógica jurídica e o princípio da economia processual, que se suspenda o processo que a esse se acha condicionado" (*apud* Rogério Lauria Tucci. Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1989, vol. II, pág. 46).

Portanto, a havida da prejudicial externa, conquanto não implique, no caso, reunião dos feitos — pela dissonância entre pedidos e causas de pedir das demandas —, autoriza a suspensão do processo, fortalecendo ainda mais a necessidade de conceder-se ao agravante a posse da coisa, como depositário judicial, até que a li-de encontre seu desfecho.

3. Em face do exposto, dá-se provimento ao recurso para revogar a liminar concedida e determinar a suspensão do processo, nos moldes do art. 265, IV, a, por conexão com a ação ordinária em tramitação.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos e Cercato Padilha.

Florianópolis, 29 de maio de 2002.

*Pedro Manoel Abreu,
Presidente e Relator.*

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.000033-0, DA CAPITAL**Relator: Des. Trindade dos Santos**

Agravo de instrumento — Ação de revisão contratual — Inversão do ônus da prova — Imposição à instituição financeira demandada da obrigação de carrear aos autos todos os contratos firmados entre as partes, com cálculo discriminado de todos os valores que redundaram na dívida sub judice — CDC — Inaplicabilidade alegada — Impossibilidade de revisão de contratos extintos em razão de novação — Termos de confissão e renegociação de débitos — Decisão incensurável — Recurso desprovido.

Os contratos bancários de concessão de crédito, por expressarem verdadeiras relações de consumo, submetem-se às diretrizes do CDC.

A renegociação e a confissão de débitos, não implicando em extinção da dívida originária, não obstaculizam a revisão de todos os contratos que, num verdadeiro encadeamento negocial, vieram a desaguar no ajuste de confissão do débito apurado. Mormente em se tratando de contratos de adesão, a quitação destes, por qualquer modo, não implica na perda do direito à revisão das cláusulas ou acessórios ilegais ou abusivos.

A inversão do ônus da prova, em atendimento ao princípio consagrado no art. 6º, VIII, do CDC, é ato do juiz, que poderá determiná-lo a requerimento da parte autora ou até mesmo de ofício. E reconhecidas, pelo magistrado, as condições propícias a essa inversão, lhe é dado determinar à instituição financeira demandada, em ação de revisão de contratos bancários, a juntada aos autos dos ajustes celebrados por ela com os autores, bem como de documentos que demonstrem a evolução dos débitos e créditos.

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

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2001.000033-0, da comarca da Capital (2ª Vara), em que é agravante BCN — Banco de Crédito Nacional S.A., sendo agravados Horst Hasse e Rosa Maria Martins Hasse:

Custas de lei.

I — Relatório

Banco de Crédito Nacional S.A. interpôs agravo de instrumento, nos autos da ação de Revisão de Contrato n. 023.00.048960-0, proposta pelos

agravados Horst Hasse e Rosa Maria Martins Hasse, combatendo a decisão que, com fundamento nas disposições do Código de Defesa do Consumidor, determinou a apresentação, pela entidade bancária recorrente, dos contratos firmados entre as partes, com cálculo discriminado de todos os valores que redundaram na dívida *sub judice*, bem como de comprovantes de ausência dos requisitos verossimilhança e hipossuficiência, pena de aplicação do art. 6º, VIII, do Código Protecionista.

Sustentou o recorrente a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas operações financeiras e, conseqüentemente, da inversão do ônus probatório, afirmando, de outro lado, que a decisão combatida é antagônica, eis que, apesar de ter-lhe imposto a juntada de documentos, determinou, no final, a comprovação de que os agravados não faziam jus à inversão do ônus da prova.

Disse, ainda, que está desobrigado de apresentar os documentos exigidos, pois houve a extinção das relações jurídicas anteriores em virtude da novação operada por contrato de confissão e renegociação de dívidas firmado entre as partes em 8 de junho de 1999.

Requeru a concessão de efeito suspensivo e, ao final, a reforma da decisão objurgada, com o afastamento da inversão do ônus probatório estabelecido.

O efeito suspensivo postulado foi concedido parcialmente em relação à comprovação da verossimilhança e da hipossuficiência.

O prazo para oferecimento das contra-razões transcorreu *in albis*.

II — Voto

O recurso em tela, ao nosso ver, não está a merecer provimento.

Postula a entidade bancária recorrente a reforma da decisão que, invertendo o ônus da prova, deferiu o pedido de exibição de documentos, formulado na inicial da ação revisional cumulada com repetição de indébito proposta pelos recorridos, sustentando, para tanto, a impossibilidade da inversão do ônus probatório, em razão da inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações financeiras.

Sem razão, contudo, a agravante!

Acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, cumpre salientar, primeiramente, que objetivando, essencialmente, o restabelecimento do equilíbrio nas relações de consumo, o Estado passou a intervir neste mercado, com os julgadores passando a deter poderes especiais e nada usuais no direito tradicional, como, por exemplo, a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, a desconsideração da pessoa jurídica, a nulificação de ofício de cláusulas abusivas, com presunção, até prova em contrário, da responsabilidade do fornecedor.

Dentro desses propósitos constitucionais e emprestando-lhes efetividade, veio a lume o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), definindo que:

“Art. 2º — Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

“Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

“Art. 3º— Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

“§ 1º — Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

“§ 2º — 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”.

Conclui-se, a partir do disposto nos artigos supramencionados, que a atividade desenvolvida pela instituição financeira agravante está tipificada na expressão “fornecedor”, uma vez que presta ela serviços de natureza financeira e de crédito.

Destarte, os contratos pactuados com essa instituição financeira estão incluídos no conceito legal de “serviços” previsto no Código Consumerista.

Os agravados, da mesma forma, enquadram-se no conceito de consumidor.

Os contratos realizados, como sabido, possuem o lucro como objetivo fundamental da instituição bancária recorrente, por isso há no contrato regras que pendem para o lado eco-

nômico e sucessivamente se interpo- lam cálculos financeiros nocivos ao consumidor, os quais precisam ser analisados e afastados.

Observa, a respeito, Nelson Nery Júnior:

“Constitui direito básico do consumidor a ‘modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas’ (art. 6º, n. V, CDC). Esse princípio modifica inteiramente o sistema contratual do direito privado tradicional, substanciado no antigo brocardo *pacta sunt servanda*.

“No sistema do CDC, entretanto, as conseqüências do princípio *pacta sunt servanda* não atingem de modo integral nem o fornecedor nem o consumidor. Este pode pretender a modificação de cláusula ou revisão do contrato de acordo com o art. 6º, n. V, do CDC; aquele pode pretender a resolução do contrato quando, da nulidade de uma cláusula, apesar dos esforços de integração do contrato, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes (art. 51, § 2º, do CDC)” (Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1997, pág. 345).

Ocorre que, *in specie*, os agravados não possuem cópias de todos os contratos celebrados, sendo comum esta prática, por parte das instituições financeiras, de retenção dos instrumentos que documentam as transações celebradas com seus clientes, restando, assim, impossibilitado o vislumbamento de qualquer per-

centual ou encargo inseridos em tais pactos.

Assim, os consumidores, ora agravados, estão infinitamente em desvantagem com relação à poderosa instituição agravante BCN – Banco de Crédito Nacional S.A., o que por si só autoriza a inversão do *onus probandi*, já no limiar da ação.

A respeito do momento em que o ônus da prova deva ser invertido, ensinam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

“Não há momento para o juiz fixar o ônus da prova ou sua inversão (CDC, art. 6º, VIII), porque não se trata de regra de procedimento” (Código de Processo Civil Comentado, 3ª ed., São Paulo, RT, 1997, pág. 614).

E adiante continuam:

“Caso o juiz, antes da sentença, profira decisão invertendo o ônus da prova (v.g. CDC, art. 6º, VIII), não estará, só por isso, prejudgando a causa. A inversão por obra do juiz, ao despachar a petição inicial ou na audiência preliminar (CPC, art. 331), por ocasião do saneamento do processo, não configura por si só motivo de suspensão do juiz” (págs. 614 e 615).

E, diga-se de passagem que, até o presente momento, os agravados apresentam-se como hipossuficientes em relação ao recorrente, sendo verossímeis, de outro lado, os fatos narrados.

Isso porque hipossuficiente é o consumidor que possui tanto a dificuldade econômica como a dificuldade técnica.

O Código de Defesa do Consumidor visa a estabelecer o equilíbrio necessário para uma relação harmô-

nica entre os personagens da relação de consumo, suprimindo a hipossuficiência do mais frágil, que é, sabidamente, o consumidor, conforme acentua o próprio Henry Ford: “O consumidor é o elo mais fraco da economia; e nenhuma corrente pode ser mais forte do que seu elo mais fraco” (*apud* Grinover, Ada Pellegrini *et alii*, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, 5ª ed., Forense Universitária, 1998, pág. 45).

Já a verossimilhança percebe-se da simples análise dos fatos narrados na inicial da ação ordinária de revisão contratual cumulada com pedido de tutela antecipada, fatos, estes, observados em muitas outras demandas que passaram e passam por esta Câmara, no qual se percebe a presença de encargos abusivamente pactuados, os quais necessitam ser revistos.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, em Código de Processo Civil Comentado e LPCEV, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pág. 1.354, comentam:

“Inversão do ônus da prova. O processo civil tradicional permite a convenção sobre o ônus da prova, de sorte que as partes podem estipular a inversão em relação ao critério da lei (CPC, art. 333, parágrafo único, a *contrario sensu*). O CDC permite a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, sempre que for ou hipossuficiente ou verossímil sua alegação. Trata-se de aplicação do princípio constitucional da isonomia, pois o consumidor, como parte reconhecida mais fraca e vulnerável na relação de consumo (CDC, art. 4º, I), tem

de ser tratado de forma diferente, a fim de que seja alcançada a igualdade real entre os partícipes da relação de consumo. O inciso comentado amolda-se perfeitamente ao princípio constitucional da isonomia, na medida em que trata desigualmente os desiguais, desigualdade essa reconhecida pela própria lei (Nery, Princ., n. 8, pág. 42).

“Alegação verossímil ou hipossuficiência do consumidor. A inversão pode ocorrer em duas situações distintas: a) quando o consumidor for hipossuficiente; b) quando for verossímil sua alegação. As hipóteses são alternativas, como claramente indica a conjunção ou expressa na norma ora comentada (Nery, DC 1/218; Watanabe, CDC Coment. 497/498). A hipossuficiência respeita tanto à dificuldade econômica quanto à técnica do consumidor em poder desincumbir-se do ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito (Nery, DC 1/217)”.

A orientação a respeito promana da norma insculpida no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, ao erigir, como um dos direitos básicos do consumidor, a facilitação de seus direitos.

Dispõe mencionado preceito *in verbis*:

“Art. 6º — São direitos básicos do consumidor:

“VIII – facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando a critério do juiz for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

Ademais, como dito, a hipossuficiência e a verossimilhança não pre-

cisam estar presentes simultaneamente. Basta a presença de um desses fatores para a autorização do benefício. *In casu*, todavia, ambos os requisitos estão preenchidos.

Pelos fatores expostos, é de concluir-se ser aplicável à hipótese a inversão do ônus da prova nos termos do art. 6º, inc. VIII, da Lei n. 8.078 de 11/9/90, em benefício dos agravados, posto estarem eles em posição flagrante de vulnerabilidade perante o agravante, uma entidade poderosa no mercado do serviço de fornecimento de crédito.

Entretanto, diante da clareza redacional do art. 6º, VIII, do Código Protecionista, a inversão do ônus probatório fica a critério do juiz quando perceber, conforme as regras ordinárias de sua experiência, a hipossuficiência do consumidor ou verossimilhança de suas alegações, não podendo o julgador condicionar tal inversão à contraprova a cargo do fornecedor.

Acerca do assunto, expõe o lapidar José Carlos Barbosa Moreira:

“Uma das mais importantes inovações processuais do Código de Defesa do Consumidor reside na possibilidade, prevista em seu artigo 6º, VIII, de o Juiz determinar, no processo civil, a inversão do ônus da prova, a favor do destinatário final de bens e serviços, quando ‘for verossímil a alegação’ ou quando se tratar de consumidor ‘hipossuficiente’”.

Para prosseguir:

“... permite a lei que se atribua ao consumidor a vantagem processual, consubstanciada na dispensa do ônus de provar determinado fato, o qual, sem a inversão, lhe tocaria de-

monstrar, à luz das disposições do processo civil comum; e se de um lado, a inversão exime o consumidor daquele ônus, de outro, transfere ao fornecedor o encargo de provar que o fato — apenas afirmado, mas não provado pelo consumidor — não aconteceu. Portanto, no tocante ao consumidor, a inversão representa a inserção de um ônus; quanto à parte contrária, a criação de novo ônus probatório, que se acrescenta aos demais, existentes desde o início do processo e oriundos do art. 333 do CPC” (Direito do Consumidor, vol. 22. págs. 135 e 136).

Sobre a possibilidade da inversão do ônus da prova, já decidiu esta Corte:

“O Código do Consumidor facilitou, consideravelmente, a defesa dos seus direitos. Adotou a figura da possibilidade de inversão do ônus probatório. Quando os fatos alegados pelo consumidor forem verossímeis ou quando o consumidor for hipossuficiente, o ônus da prova passa a ser do fornecedor-réu, que terá que provar que a alegação do consumidor não é verdadeira. Inverte-se o ônus da prova para se igualarem as partes diante do processo’ (*in* Comentários ao Código do Consumidor, 1ª ed., 1991, págs. 28/29)” (Ap. Cív. n. 97.001053-2, da Capital, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra).

Mantendo a mesma linha de entendimento, assinalou o colendo Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Ônus – Inversão – Critérios do Juiz, quando reputar verossímil a alegação deduzida – Art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor. ‘O art. 6º e inc. VIII, do Código de Defesa

do Consumidor, com o flagrante intuito de facilitar o ajuizamento da ação, reserva ao juiz o poder de dispensar o autor do encargo de provar o fato constitutivo de seu direito, quando, a critério exclusivo do Magistrado, reputar verossímil a alegação deduzida’ (Ap. Cív. n. 198.391-1, São Paulo, 20/10/93, JTJ, Lex 152:128).

“Ônus – Inversão – Existência de verossimilhança nas alegações do autor. Provas do adimplemento não apresentadas pela requerida. Inaplicabilidade do art. 333, I, do Código de Processo Civil, face à prevalência do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, por ser norma específica. Aplica-se a regra da inversão do ônus da prova, visto que há verossimilhança nas alegações do autor” (TJSP, Ap. Cív. n. 240.757-2, Presidente Prudente, rel. Des. Debatin Cardoso, Lex 167:147).

Nesse contexto, verificada a hipótese da verossimilhança das alegações formuladas pelos agravados/consumidores na inicial da ação ordinária de revisão contratual cumulado com pedido de repetição de indébito e tutela antecipada, diante da possibilidade de abusos camuflados nos contratos pactuados com a instituição recorrente, e demonstrada a hipossuficiência na relação contratual firmada pelas partes, sendo o banco agravante uma empresa sabidamente de grande porte em relação aos agravados, apenas pessoas físicas, correta a decisão que já no limiar da ação determinou a exibição dos documentos relacionados com as operações de crédito e débito estabelecidas entre os litigantes.

De outro lado, sem qualquer sustentáculo probatório a alegação de desobrigação da apresentação dos documentos solicitados pelos recorridos, ante o argumento de que o contrato de confissão de dívida firmado entre as partes representa novação.

Isso porque a agravante não trouxe aos autos deste agravo de instrumento nenhuma cópia dos pactos firmados entre as partes, dos quais se pudesse verificar a existência ou não de cláusula novatória.

Acerca da matéria já se disse:

“Ação revisional de contrato bancário. Inversão do ônus da prova. Juntada dos contratos. Mostra-se possível, e até recomendável, a inversão do ônus da prova nas ações relativas a contratos bancários, oportunizando-se ao banco juntar os contratos e documentos relativos às operações celebradas entre as partes. Inteligência do art. 6º, inc. VIII, da Lei n. 8.078/90” (TJRS, 16ª Câmara Cív., AGI n. 70001139237, rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda, j. 9/8/2000).

“Ação de revisão contratual. Processo extinto sem julgamento de mérito. Ônus da prova. Aplicação do CDC. Possível a inversão do ônus da prova, cabe à instituição financeira apresentar documentos requeridos pelo autor na inicial (art. 6º, VIII do CDC). Caberia ao juiz, de ofício, determinar a juntada do contrato antes de proferir sentença. Sentença desconstituída” (TJRS, 19ª Câmara Cív., Ap. Cív. n. 70002720704, de Santo Ângelo, rel. Des. Luís Augusto Coelho Braga, j. 16/10/2001).

“A inversão do ônus da prova é ato do juiz. Princípio da inversão do ônus da prova consagrado no art. 6º,

inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Ela poderá ser determinada tanto a requerimento da parte ou *ex officio*. Na relação entre o cliente e a instituição financeira pode ser imposta ao banco a juntada de documentos demonstrativos da evolução dos débitos e créditos se houver dificuldade do cliente em fazê-lo” (TARS, 16ª Câmara Cív., Agr. n. 198.027.047, rel. Juíza Genacéia da Silva Alberton, ADCOAS 8170499).

(...)

“Estando os contratos bancários sujeitos às normas do Código de Defesa do Consumidor, segundo ponderável corrente jurisprudencial, é direito básico do consumidor a facilitação de sua defesa (art. 6º, VIII), daí por que é de se determinar que o réu apresente cópias dos contratos que deram origem ao contrato de confissão de dívida. (...)” (TAPR, 3ª Câmara Cív., Ap. Cív. n. 143.185.400, de Curitiba, rel. Juiz Domingos Ramina, j. 22/2/2000).

Além do mais, não cabe aqui o exame da matéria em questão, pois não foi ela submetida, ainda, ao crivo da instância monocrática, pelo que o seu conhecimento em sede recursal transformaria o Tribunal, quanto a ela, em instância originária, o que implicaria em evidente supressão de um grau de jurisdição, em afronta à lei processual.

Do magistério do insigne Luiz Fux colhe-se:

“É preciso não olvidar que, exatamente em respeito ao princípio do duplo grau de jurisdição, não é lícito inaugurar pedidos na instância *‘ad quem’*” (Intervenção de Terceiros, São Paulo, Saraiva, 1990, pág. 22).

Ou, consoante enfatizou o Superior Tribunal de Justiça:

“Não pode o Tribunal de apelação decidir o que não foi objeto de decisão pelo juiz de primeiro grau, pois importa em supressão de instância” (REsp n. 84.842, rel. Min. Edson Vidigal).

E como já se disse nesta Casa, em acórdãos que, guardadas as devidas proporções, aplicam-se ao caso vertente:

“O agravo de instrumento não é o foro adequado para discussão do mérito do pedido, porquanto o recurso está limitado ao acerto ou desacerto da decisão recorrida” (AI n. 9.248, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

“No âmbito do agravo de instrumento a discussão está limitada unicamente ao acerto ou desacerto da decisão recorrida, à vista de seus próprios fundamentos, não sendo possível a antecipação do conhecimento do mérito da causa” (AI n. 9.570, de Criciúma, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

“Não cabe ao Tribunal equacionar matéria que ainda não foi decidida pelo Togado *a quo*, sob pena de supressão de um nível de jurisdição” (AI n. 98.014416-7, rel. Des. Silveira Lenzi).

No mesmo sentido assim já nos expressamos:

“Matéria não submetida ao critério judicial na instância *a quo*, ou ainda não equacionada pelo magistrado singular, não pode ser enfrentada em sede recursal. Esse conhecimento originário, acaso ditado, implicaria em frontal supressão de um nível de jurisdição, o que é totalmente inadmissível

frente o nosso ordenamento jurídico” (AI n. 96.001772-0, da Capital, j. 10/12/96).

Portanto, correta decisão combatida, encontrando respaldo legal no art. 355 do CPC, que diz:

“O juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa, que se ache em seu poder”.

Em seus comentários a respeito, observa o douto Sérgio Sahione Fadel:

“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”.

E, continuando:

“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 que ordene aquela que exhiba 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).

Em pedidos exibitórios da natureza do presente, tal como ressalta do disciplinado no art. 358 do CPC:

“O juiz não admitirá a recusa:

“I — se o requerido tiver a obrigação legal de exhibir;

“II — se o requerido aludiu ao documento ou à coisa, no processo, com o intuito de constituir prova;

“III — o documento, por seu conteúdo, for comum às partes”.

In specie, requereram os recorridos, na ação ordinária de revisão contratual que intentaram, a exibição dos contratos, extratos e planilhas realizados entre os litigantes, eis que necessitam de tais documentos para que possam demonstrar as ilegalidades cometidas na relação negocial.

Referidos documentos, constata-se, então, por seus próprios conteúdos, são comuns aos litigantes, obtendo a hipótese, por conseguinte, enquadramento legal no item III do art. 358 do Digesto Procedimental Civil, não merecendo, assim, qualquer reparo a decisão que, já no limiar da ação revisional, deferiu o pedido de exibição de documentos indispensáveis à instrução da causa revisória.

Acrescente-se que a ausência de pedido administrativo a respeito não conduz à ausência do interesse de agir, posto ser suficiente, para a legitimidade do pedido, que, existente relação jurídica entre as partes, uma delas tenha interesse em ver ou ver e examinar o documento.

Consoante averba o lapidar Pontes de Miranda:

“A pretensão à exibição também existe em direito material, e não só em direito processual. Uma vez que alguém tenha interesse legítimo em ver, ou ver e examinar, documento que se acha em poder de outra pessoa, pode exigir a exibição, se há relação jurídica entre o interessado e a outra pessoa (...)” (Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo XII, pág. 232).

Linhas após, acentua o insigne jurista:

“A pretensão a que se exhiba ou se funda em direito à coisa ou a docu-

mento, ou existe por si mesmos, como pretensão específica do direito à exibição. O interesse em que se exhiba aparece em todos os casos como suficiente à exigência” (pág. 236).

Esclarece, sobre o tema, João Carlos Pestana de Aguiar:

“Como bem ponderava Moacyr Amaral Santos perante o direito anterior: ‘O que visa à exibição é, exclusivamente, a prova dos fatos que interessam à causa. Tanto que, como qualquer pedido de exibição, o requerente desta deverá, necessariamente, e respeitando o sistema exhibitório pátrio, enumerar os fatos que devem ser provados com o processo (Código citado, art. 217, n. III). Ainda quando ordenada de ofício, a requisição, por princípio de direito probatório, deverá ser condicionada à indicação dos fatos que devam ser provados. Apenas com a finalidade de provar tais fatos é que se justifica e poderá ser ordenada a apresentação’. No direito vigente a finalidade da exibição permanece a mesma, como se pode concluir do inciso II do art. 356, isto quando for providência incidente” (Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo, RT, 1974, vol. IV, pág. 134).

No caso em foco, inegável faz-se que, independentemente do exaurimento da esfera administrativa, ou mesmo do manejo dela, os agravados, como clientes do estabelecimento bancário agravante, têm legítimo interesse em que se lhe exhiba seus extratos de conta e demais documentos e contratos formados no decurso das relações de crédito e débito que com ele manteve.

Conforme já se decidiu:

“É lícito a mutuário de instituição financeira compeli-la a exibir extrato de sua conta, inclusive para apurar a correção do saldo devedor” (RJTJESP 63/138).

Da mesma forma, por acórdão da lavra do brilhante Des. Alcides Aguiar:

“Uma vez que alguém tenha interesse legítimo em ver, ou ver e examinar documento que se acha em poder de outra pessoa, pode exigir a exibição, se há relação jurídica entre o interessado e a outra pessoa. Tal sucede em relação ao correntista de banco, que, mesmo não provando que tivesse pela via administrativa solicitado os documentos, poderá judicialmente exercer o direito de exibição” (Ap. Cív. n. 35.104, de Tubarão).

Em hipóteses análogas, já decidimos:

“Comum aos litigantes o teor dos documentos em poder de um deles, e existente entre eles relação jurídica, como ocorre com os estabelecimentos bancários em relação a seus correntistas e mutuários, impõe-se deferida, já no limiar da ação revisional proposta por estes, a exibição dos documentos indispensáveis à instrução da causa revisória” (AI n. 2001.007871-6, da Capital).

“Positivada a existência de relação jurídica entre as partes contendoras, integra-se o legítimo interesse do autor de revisória de contrato bancário em ver exibidos, de forma incidental, os documentos que, relacionando-se às operações de crédito e débito entre elas estabelecidas, a fim de fazer prova na lide instaurada” (AI n. 2001.016139-7, de Lages).

Mesmo porque entender-se o contrário equivaleria a negar-se plena aplicação do art. 5º, XXXV, da nossa Lei Maior, de acordo com o qual nem a lei poderá excluir da apreciação do Judiciário qualquer lesão de direito individual, bem como ao art. 43 do Código de Defesa do Consumidor, que resguarda o direito de acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

No que tange ao fato de haver o MM. Julgador singular determinado a instituição financeira recorrente a apresentação de provas de não fazerem os agravados *jus* à inversão do ônus probatório, tal fato afigura-se-nos sem qualquer relevância.

Ocorre que a hipossuficiência, considerada a visão do CDC, é conceito, além de técnico, igualmente jurídico, ficando o seu reconhecimento ou não na dependência do entendimento do magistrado.

Evidente está que, entendendo o Julgador coexistirem os pressupostos da hipossuficiência e da verossimilhança, despicienda é a imposição do ônus à parte contrária quanto à inexistência dos requisitos essenciais à inversão do ônus probatório. Essa prova em contrário, antepondo-se a um direito reconhecido em favor dos agravados, já é gerada pelas próprias normas de direito processual civil, segundo as quais a prova de fatos que desconstituam o direito de uma das partes incumbe à parte contrária.

Sem efeito prático, pois, a determinação judicial a respeito.

III — Decisão

Pelas razões expostas, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cercato Padilha e Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 15 de agosto de 2002.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente;
Trindade dos Santos,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.020015-5, DE LAGES

Relator: Des. Nelson Schaefer Martins

Agravo. Ação de busca e apreensão. Alienação fiduciária em garantia. Exame da liminar após concessão de prazo à parte devedora para a purgação da mora ou a apresentação de contestação. Possibilidade. Recurso desprovido.

A redação do art. 3º, caput, do Decreto-Lei n. 911/1969 deve sintonizar-se com os preceitos constitucionais que orientam o Direito Processual de tal modo que sejam preservadas as garantias fundamentais relativas ao Processo.

Para que seja prestigiado o princípio da isonomia ou da igualdade de tratamento dos litigantes no Processo (Constituição da República, art. 5º, caput) impõe-se que ao devedor sejam assegurados os direitos de participação, informação, comunicação, liberdade e possibilidade de influência no convencimento do juiz.

A concessão de liminar de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente sem a possibilidade de prévia comunicação, informação e concessão de oportunidade para a purgação da mora corresponde ao desprestígio do princípio do contraditório e da ampla defesa (Constituição da República, art. 5º, inciso LV).

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

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2001.020015-5, da comarca de Lages (1ª Vara Cível), em que é agravante Battistella Administradora de Consórcio S/C Ltda. e agravado Carlos Aparecido Bernardo:

Custas na forma da lei.

Battistella Administradora de Consórcio S/C Ltda. interpôs agravo de instrumento contra decisão do Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca

de Lages que, em ação de busca e apreensão proposta contra Carlos Aparecido Bernardo, antes da apreciação do pedido de liminar determinou a citação do requerido para purgar a mora ou apresentar contestação.

Alegou que o agravado restou devidamente constituído em mora, sendo a concessão da liminar de busca e apreensão medida que se impõe, com a outorga da posse direta à parte credora, conforme estabelece o art. 3º do Decreto-Lei n. 911/1969.

Não pleiteou pela concessão de efeito ativo.

O agravado apresentou resposta.

É o relatório.

O Decreto-Lei n. 911 de 1º/10/1969 preconiza por procedimento especial e admite a concessão de liminar de busca e apreensão desde que demonstrada a mora e sua comunicação ao devedor (art. 2º, § 2º, e art. 3º, *caput*).

Entretanto, com as concepções introduzidas pelo Código de Defesa do Consumidor não mais se admite que os privilégios aos economicamente mais fortes persistam em detrimento dos financeiramente menos favorecidos.

Theotonio Negrão em *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 33ª ed., São Paulo : Saraiva, 2002, pág. 1.095, nota 3b, leciona: “segundo acórdão em JTAERGS 76/143, é *inconstitucional* o art. 3º, *caput*, na parte em que autoriza a concessão de liminar ao credor sem audiência do devedor” (grifo no original).

Esta Corte Estadual de Justiça sobre o tema assim se manifestou:

1) Agravo de Instrumento n. 2000.025160-7, de Indaial, rel. Des. Trindade dos Santos, Quarta Câmara Civil, j. 24/5/2001:

“Alienação fiduciária em garantia. Busca e apreensão. Liminar. Não concessão de plano. Possibilidade. Decisão que se confirma. Reclamo recursal desprovido.

“O magistrado, diante das novas concepções sociais que vêm sendo emprestadas ao direito, não é mais um mero títere enunciador da vontade do legislador, mormente quando essa vontade é voltada, com exclusividade, à proteção dos economicamente mais fortes. Assim, em ação de busca e apreensão respaldada em ajuste de alienação fiduciária em garantia, não traduz-se em nenhuma heresia jurídica a não concessão, pelo magistrado, da liminar de busca e apreensão já no vestibulo da ação. Excrescência jurídica, ao contrário, é obrigar a lei a concessão de uma liminar precedentemente à ouvida do devedor, sem se oportunizar-lhe ao menos a purgação da mora. Mesmo porque, acaso haja essa purgação, o bem alienado retornará à posse do devedor, permanecendo a liminar deferida de início como um ato processual totalmente inútil, quer como instrumento efetivo de composição da lide, quer como instrumento de realização da Justiça”.

2) Agravo de Instrumento n. 2001.024156-0, de Lages, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 18/4/2002:

“Agravo de instrumento — Busca e apreensão — Alienação fiduciária em garantia — Liminar — Apreciação relegada à fase posterior à citação do demandado — Decisão incensurável — Reclamo recursal desatendido.

“Ao determinar, em seu art. 3º, *caput*, ao julgador a obrigação de conceder liminar de busca e apreensão de imediato, diante da simples comprovação da mora do alienante, o Decreto-Lei n. 911/69 hostiliza frontalmente os princípios constitucionais da igualdade de todos perante a lei e da isonomia, ao mesmo tempo em que tenta suprimir dos magistrados aquilo que lhe é mais sagrado no mister de decidir: o livre convencimento.

“Repudia a consciência de justiça presente nos julgadores brasileiros, impor-lhes o legislador, na busca de privilégios desmedidos às instituições financeiras e atentórios à ordem constitucional em vigor e aos princípios mais fundamentais do CDC, que, nas ações de busca e apreensão sustentadas em contrato garantido por pacto adjeto de alienação fiduciária, defiram eles compulsoriamente liminares à simples comprovação documental da mora do alienante”.

3) Agravo de Instrumento n. 2001.024173-0, de Lages, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 25/4/2002:

“Alienação fiduciária em garantia — Busca e apreensão — Liminar — Relegação do exame a respeito para após a oportunidade, ao devedor, de purgação da mora ou da formulação de contestação — Possibilidade — Agravo de instrumento — Desprovimento.

“Preceitos legais editados em procedimento legislativo aberrante, como sói ser os encartados no DL n. 911/69, que outorguem privilégios desmedidos à parte economicamente mais forte, impõem-se aplicados, não automaticamente, mas com uma certa dose de discricionariedade judicial, considerando-se os novos parâmetros introdu-

zidos pela ordem constitucional em vigor. Nesse passo, não há como se censurar a decisão singular que, atenta à principiologia da igualdade e da isonomia processual das partes, relega a apreciação da liminar de busca e apreensão respaldada em contrato garantido por alienação fiduciária, à fase subsequente à oportunidade do devedor da purgação da mora ou da oferta de defesa”.

A redação do art. 3º, *caput*, do Decreto-Lei n. 911/1969 deve sintonizar-se com os preceitos constitucionais que orientam o Direito Processual de tal modo que sejam preservadas as garantias fundamentais relativas ao Processo.

Para que seja prestigiado o princípio da isonomia ou da igualdade de tratamento dos litigantes no Processo (CRFB, art. 5º, *caput*), impõe-se que ao devedor sejam assegurados os direitos de participação, informação, comunicação, liberdade e possibilidade de influência no convencimento do juiz.

Ora, a concessão de liminar de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente sem a possibilidade de prévia comunicação, informação e concessão de oportunidade para a purgação da mora corresponde ao desprestígio do princípio do contraditório e da ampla defesa (CRFB, art. 5º, inc. LV).

Por outro lado, extrai-se do sistema processual a recomendação de que o demandado seja previamente ouvido, mesmo em tema de tutela de urgência, salvo se esta providência implicar em perigo de lesão grave e de difícil reparação ao demandante (CPC, art. 804).

Por todo o exposto, conclui-se que a indiscriminada concessão de liminar em favor da instituição finance-

ra, sem a audiência da parte adversa, confronta-se com os princípios constitucionais da igualdade, contraditório, ampla defesa e em última análise da Democracia, esta entendida premissa imprescindível para a concretização da Justiça.

Isso posto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cerca-to Padilha.

Florianópolis, 14 de novembro de 2002.

Trindade dos Santos,
Presidente com voto;
Nelson Schaefer Martins,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.011574-1, DE JOINVILLE

Relator: Des. Nelson Schaefer Martins

Agravo. Medida cautelar inominada. Liminar inaudita altera pars. Possibilidade. Proibição de registro do nome da devedora nos órgãos de proteção ao crédito. Ausência de prova do registro. Pedido com características de antecipação da tutela. Irrelevância para o caso. Requisitos do CPC, arts. 273 e 798, presentes. Discussão do débito em ação de revisão de cláusulas contratuais. Lei n. 8.078/1990, arts. 3º, § 2º, e 6º, inc. VIII. Inversão dos ônus da prova. Fixação de multa para garantia do cumprimento de liminar. Possibilidade. Código de Processo Civil, art. 461, § 4º. Lei n. 8.078/1990, art. 84, § 4º. Exibição de documentos. Contratos e extratos bancários. Possibilidade. Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2002.011574-1, da comarca de Joinville (1ª Vara Cível), em que é agravante União de Bancos Brasileiros S.A. — Unibanco e agravada Lidiane Cunha:

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

Custas na forma da lei.

União de Bancos Brasileiros S.A. — Unibanco opôs o agravo contra decisão da Dra. Juíza de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Joinville proferida em medida cautelar inominada de exibição de documentos c/c pedido de suspensão de inscrição em cadastros de proteção ao crédito que lhe move Lidiane Cunha.

A interlocutória concedeu a liminar pleiteada, determinando ao demandado que: a) abstenha-se de inscrever o nome da autora nos cadas-

tros dos órgãos de proteção ao crédito, relativamente ao contrato de abertura de crédito em conta corrente n. 151.214-1 (agência 0742), ao contrato de cheque especial vinculado à conta e aos contratos de financiamento ns. 7754, 3973 e 9539, sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00 e de incidir no crime de desobediência; b) proceda à exibição dos referidos contratos e de seus respectivos extratos.

O agravante aduziu que I) a concessão da medida pleiteada sem a oitiva da parte contrária viola o princípio constitucional do contraditório e ocasiona o cerceamento de defesa; II) na cautelar exhibitória de documentos cumulada com a cautelar obstativa, concedido o pleito liminarmente, estar-se-á antecipando os efeitos fáticos e jurídicos da sentença; III) a cautelar de exibição de documentos, de cunho eminentemente satisfativo, não pode ser deferida liminarmente, sob pena de esgotamento prematuro de seu objeto; IV) é injusta a fixação de pena cominatória no valor de R\$ 500,00 por dia para o caso de desatendimento espontâneo ou não da decisão; V) a inscrição do nome da devedora nos cadastros de inadimplentes é legalmente admitida e o devedor possui apenas o direito de fazer anotar, ao lado da inscrição, a explicação ou contestação cabível acerca da origem da dívida; VI) a proibição da comunicação do inadimplemento aos órgãos de proteção ao crédito ofende o contrato firmado entre as partes; VII) a decisão agravada abrangeu o registro em qualquer órgão de proteção ao crédito, enquanto o pedido limita-se a referir os órgãos Cadin, Serasa e SPC; VIII) certas inscrições não podem ser

desfeitas por simples pedido do agravante ao órgão responsável pelo cadastro, cabendo ao próprio juízo a quo a expedição de ofícios determinando a exclusão; IX) está obrigado a prestar informações ao Banco Central do Brasil sobre os débitos em aberto (Resolução n. 2390/BCB); X) eventuais informações ao Cadin não são de responsabilidade dos agentes financeiros particulares, mas sim das instituições oficiais federais.

Requeru a concessão do efeito suspensivo ao agravo.

O relator originário indeferiu o efeito suspensivo almejado.

A agravada deixou de apresentar contra-razões no prazo legal.

É o relatório.

I. Alega o agravante que a concessão da medida pleiteada sem a oitiva da parte contrária viola o princípio constitucional do contraditório e ocasiona o cerceamento de defesa (fl. 5).

O CPC, no art. 804, prevê a possibilidade da concessão de liminar em medida cautelar sem a ouvida do réu:

“Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz, caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer”.

Sobre o tema, reproduz-se a doutrina de Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery em Código de processo civil comentado, 3ª ed. rev. e ampl., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997, pág. 916, nota 4:

“Caso a ouvida prévia do réu possa tornar inócua ou ineficaz a medida liminar, o juiz pode concedê-la sem colher a manifestação do demandado. Mesmo que de natureza satisfativa, esta providência não significa ofensa ao princípio constitucional do contraditório, que fica postergado para momento posterior, podendo o réu interpor recurso contra o ato judicial (...). A concessão de medida liminar sem a ouvida da parte contrária constitui *limitação imanente* à bilateralidade da audiência”.

Dessa forma, foi prudente a concessão da medida *inaudita altera pars*, pois à Juíza pareceu razoável o deferimento da liminar nos termos do art. 804 do CPC. A existência de discussão da dívida em juízo é suficiente para o deferimento da medida sem a prévia ouvida da parte contrária, até mesmo pelo risco de lesão grave à agravada no caso de ter o seu nome incluído nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito.

Nessa direção, precedente do Superior Tribunal de Justiça em MC n. 4753/SP, rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, j. 15/8/2002:

“2. O poder geral de cautela há que ser entendido com uma amplitude compatível com a sua finalidade primeira, que é a de assegurar a perfeita eficácia da função jurisdicional. Inse-re-se aí a garantia da efetividade da decisão a ser proferida. A adoção de medidas cautelares (inclusive as liminares *inaudita altera pars*) é fundamental para o próprio exercício da função jurisdicional, que não deve encontrar obstáculos, salvo no ordenamento jurídico.

“3. O provimento cautelar tem pressupostos específicos para sua concessão. São eles: o risco de ineficácia do provimento principal e a plausibilidade do direito alegado (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*), que, presentes, determinam a necessidade da tutela cautelar e a inexorabilidade de sua concessão, para que se protejam aqueles bens ou direitos de modo a se garantir a produção de efeitos concretos do provimento jurisdicional principal”.

A propósito do tema, já decidiu este Tribunal:

1) Agravo de Instrumento n. 2000.010546-5, de Chapecó, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Quarta Câmara Civil, j. 13/9/01:

“Cautelar inominada. (...) Liminar *inaudita altera pars*, sem exigência de caução. Possibilidade. Art. 804, CPC. Contrato bancário. Discussão judicial do débito. Proibição de registro no SPC, Serasa e similares. Exclusão do nome do devedor”.

2) Agravo de Instrumento n. 99.008278-4, de Lebon Régis, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Quarta Câmara Civil, j. 15/2/01:

“Ação cautelar de exibição de documentos. Direito do consumidor. Exibição de contrato de abertura de crédito e de extratos de conta corrente (...) Liminar *inaudita altera pars*. Possibilidade. Art. 804, CPC (...)”.

“A concessão da liminar *inaudita altera pars* é facultada pela lei processual civil e não entrava o direito de defesa do requerido, cumprindo ao juiz analisar a urgência e conveniência em deferi-la”.

3) Agravo de Instrumento n. 97.002945-4, da Capital, rel. Des. Eder Graf, Terceira Câmara Civil, j. 10/6/97:

“Justifica-se a concessão da medida liminar sem audiência da parte contrária sempre que, a par de prova inequívoca, aliada à plausibilidade jurídica do alegado na inicial, houver perigo de dano irreversível para o requerente caso a medida não seja deferida de imediato”.

4) Agravo de Instrumento n. 96.012384-9, de São José, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Quarta Câmara Civil, j. 15/5/97:

“Se a citação do réu puder tornar ineficaz a medida, ou quando a urgência indicar a necessidade de concessão imediata da tutela antecipatória, o juiz poderá fazê-lo *inaudita altera pars*, não constituindo tal solução ofensa ao princípio do contraditório”.

5) Agravo de Instrumento n. 96.010232-9, de Capinzal, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Quarta Câmara Civil, j. 3/4/97:

“Cautelar inominada (...) Liminar concedida *inaudita altera parte*, sem a prestação de caução. Possibilidade. Exegese do art. 804 do CPC.

“Tratando-se a medida cautelar de provimento de urgência, o art. 804 do CPC faculta ao juiz a concessão de liminar *inaudita altera pars* ou após justificação prévia”.

6) Agravo de Instrumento n. 9.953, de Criciúma, rel. Des. Amaral e Silva, Terceira Câmara Civil, j. 5/9/1995:

“O despacho que concede, ou não, a liminar está adstrito à cognição

sumária, bastando que o magistrado exponha as razões sucintamente”.

II. Observa-se que a agravada promoveu medida cautelar inominada para o alcance do fim almejado. Não há dúvida que o tipo de pretensão apresentado pela agravada pode ser objeto de pedido de tutela antecipada em ação de conhecimento, pois a suspensão do registro do nome do devedor em órgão de proteção ao crédito corresponde à antecipação de efeitos de sentença a ser proferida em processo de conhecimento que tenha por finalidade a discussão de cláusulas contratuais abusivas e, por conseqüência, a justificação da inadimplência ou da mora.

Mesmo que a medida ora analisada tenha cunho satisfativo, impõe-se a utilização do princípio da instrumentalidade do processo para que o sistema seja capaz de produzir os resultados satisfatórios e alcançar os seus escopos não apenas jurídicos, mas também políticos e sociais.

O processo não é um fim em si mesmo e, na aplicação das normas processuais, a forma deve estar a serviço do direito material.

A doutrina processual de há muito consagra o entendimento acima preconizado, conforme se constata nas obras de destacados processualistas como, por exemplo, Cândido Rangel Dinamarco, Luiz Guilherme Marinoni, Kazuo Watanabe e José Carlos Barbosa Moreira.

O tema, aliás, mereceu tratamento específico com a mais recente reforma do CPC por meio da Lei n. 10.444, de 7/5/2002, que inseriu o § 7º ao art. 273 para definir que a medida urgente pode ser deferida sem a necessi-

dade de se manejar o provimento específico e permitir a fungibilidade entre tutela cautelar e antecipada.

Não se olvide, por outro lado, da redação do art. 798 do CPC que confere ao juiz o poder geral de cautela, autorizando-o a determinar as medidas provisórias adequadas desde que presentes os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

Diante dessas circunstâncias, observa-se que a agravada demonstrou a presença desses pressupostos: a) *fumus boni iuris*, este consubstanciado no fato de que a dívida será discutida em juízo via ação revisional, após a exibição dos contratos pelo banco; b) *periculum in mora*, evidenciado nos prejuízos que poderão advir com a inclusão do seu nome nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito.

A prova inequívoca de que trata o art. 273 do CPC é aquela suficiente para a formação do juízo de verossimilhança, pois que de juízo de certeza não se trata quando se cogita de tutela sumária de urgência.

Ademais, a teor do disposto no art. 3º, § 2º, da Lei n. 8.078/1990, considera-se a atividade bancária alcançada pelas normas do Código de Defesa do Consumidor, incluída a entidade bancária ou instituição financeira no conceito de “fornecedor” e o aderente no de “consumidor”. Nesse sentido, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery em Código de Processo Civil comentado, 3ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997, pág. 1.372, nota 12.

Diante dessa circunstância, aplica-se ao caso o preceito do art. 6º, inc. VIII, da Lei n. 8.078/1990 que trata da possibilidade de *inversão do ônus da prova* quando, a critério do juiz, for ve-

rossímil a alegação ou quando a parte consumidora for *hipossuficiente segundo as regras ordinárias de experiência*.

No confronto entre os litigantes, a agravada pode ser considerada como hipossuficiente em relação à instituição bancária.

III. A agravada, em 26/10/2001, propôs Medida Cautelar Inominada n. 038.01.026756-2 perante o Juízo da 1ª Vara Cível da comarca de Joinville objetivando, liminarmente, a determinação para que o agravante abstenha-se de proceder a inscrição do seu nome nos órgãos de proteção ao crédito, enquanto pendente ação revisional a ser ajuizada no prazo legal, bem como proceda à exibição dos contratos e de seus respectivos extratos.

Logo, a medida cautelar também tem por pretensão a exibição, pelo banco, de documentos (contratos e extratos bancários) necessários à propositura da ação revisional de contrato.

A Dra. Juíza de Direito concedeu a liminar pleiteada.

Na inicial da medida cautelar a agravada revela que sua intenção é de, em ação cognitiva, revisar as cláusulas dos contratos firmados entre as partes, após a exibição pelo banco dos documentos referentes a esses contratos.

Afirma que:

“Necessita, portanto, que sejam apresentados todos os documentos relativos aos contratos dos financiamentos, que por derradeiro encontram-se sob a posse do Requerido, para que a Requerente possa propor a Ação Revisional dos Contratos Bancários.

“Os contratos que irão ser revistos trazem *a priori* irregularidades, as quais serão discutidas judicialmente nos autos da Ação Revisional, que será proposta no prazo legal” (fls. 23/24).

Realizada consulta no SAJ, constatou-se que, em 22/12/2001, foi interposta pela agravada a Ação Revisional n. 038.01.031120-0, na 1ª Vara Cível da comarca de Joinville.

Mesmo que não exista prova documental de que a agravada tenha seu nome registrado nos cadastros de SPC, Serasa, Cadin ou SCI, o fato é que a decisão agravada, nesse ponto, deve ser mantida, pois o débito está sendo discutido em ação revisional.

Logo, diante do fato de que a dívida está sendo discutida em juízo, a agravada não pode ter seu nome registrado nos cadastros de proteção ao crédito.

Tem-se permitido o deferimento do pedido tanto para abstenção, quanto suspensão ou cancelamento do registro do nome do devedor nos cadastros de órgãos de proteção ao crédito, conforme precedentes desta Quarta Câmara Civil, em Agravos ns. 99.003909-9, da Capital, 97.010063-9, de Joinville e 98.000209-5, da Capital, todos relatados pelo Des. Pedro Manoel Abreu, este último com transcrição da ementa:

“Deve ser vedada a inscrição do nome da devedora nos órgãos controladores do crédito, na pendência da lide, pelos previsíveis prejuízos que tal medida resulta se o devedor está discutindo o contrato e o débito que lhe é exigido. Precedentes do STJ”.

Ora, se há discussão acerca da existência ou do *quantum* dos débitos,

é razoável determinar-se que o credor promova a exclusão ou se abstenha de promover registros nos órgãos de proteção ao crédito, tais como SPC, Serasa, Cadin e SCI.

Nesse sentido, precedentes abaixo colacionados do Superior Tribunal de Justiça:

1) REsp n. 258661/MT, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, j. 17/5/2001:

“Ação cautelar. Inscrição em cadastros de devedores. Precedentes da Corte.

“1. Havendo embargos de devedor ajuizados, com garantia do Juízo efetivada, e ausentes elementos que permitam afastar o *fumus boni iuris*, assim a viabilidade da matéria questionada, prevalecem os precedentes da Corte que, nas circunstâncias dos autos, impedem a inscrição do nome no cadastro dos devedores inadimplentes. 2. Recurso especial conhecido, mas desprovido”.

2) REsp n. 201187/SC, rel. Min. César Asfor Rocha, 4ª Turma do STJ, j. 10/10/2000:

“(…) Civil. Cadastro de inadimplentes. Serasa. SPC. Cadin. Inscrição. Discussão da dívida em juízo. Precedentes.

— Constitui constrangimento e ameaça, vedados pela Lei n. 8.078/90, o registro do nome do consumidor em cadastros de proteção ao crédito, enquanto tramita ação em que se discute a existência da dívida ou a amplitude do débito.

— Decisão recorrida em manifesto confronto com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.

“— Recurso da empresa conhecido e provido”.

São colacionados precedentes desta Corte Estadual de Justiça:

1) Agravo de Instrumento n. 2000.025249-2, de Chapecó, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Quarta Câmara Civil, j. 8/11/2001:

“Cautelar. Contrato bancário. Discussão judicial do débito. Proibição de registro no SPC, Serasa e similares. Exclusão do nome do devedor.

‘É razoável decisão que obsta o credor de anotar o nome do devedor em cadastro de inadimplentes enquanto a ação tramita, pois a proibição repõe a igualdade processual, afastando da parte mecanismo de pressão que pode levar à injustiça’ (STJ, AI n. 0186139285/RS, rel. Min. César Asfor Rocha).

“É vedada a inscrição do nome do devedor nos órgãos de restrição ao crédito se a dívida estiver sendo discutida em juízo, pelos notórios prejuízos que a medida lhe pode acarretar”.

2) Agravo de Instrumento n. 2000.000861-3, de Itajaí, rel. Des. Cercato Padilha, Quarta Câmara Civil, j. 18/10/2001:

“Ação cautelar incidental. Exclusão do nome de devedora dos órgãos de proteção ao crédito. Ação de cobrança em curso. Discussão judicial do débito. Alegações plausíveis. Liminar denegada. Recurso provido.

“Considerando pacífico entendimento desta Corte de Justiça, bem como a forte argumentação lançada pela agravante, na sua resposta, sob a forma de contestação, nos autos de ação de cobrança, dando conta de

que, em princípio, o débito cobrado pelo ora agravado ainda é incerto, tem-se por presente o *fumus boni iuris* necessário à concessão da medida, sendo patentes os ruinosos efeitos sofridos ante a inscrição do nome de qualquer pessoa nos cadastros de restrição creditícia, caracterizando, pois, o perigo de dano iminente e irreparável também essencial à postulação, devendo, assim, ser reformada a decisão primária, a fim de conceder-se a medida pleiteada”.

3) Apelação Cível n. 2000.021559-7, de Joaçaba, rel. Des. Trindade dos Santos, Quarta Câmara Civil, j. 23/8/2001:

“Medida cautelar. Inscrição do nome dos devedores em cadastros de restrição do crédito. Ação revisória de cláusulas contratuais. Possibilidade de êxito. Cadastramento indevido. Sentença de improcedência. Reversão.

“A inscrição do nome de clientes inadimplentes nos cadastros mantidos por organismos de proteção ao crédito é direito incontestável das instituições financeiras credoras, quando firmadas as inadimplências de seus clientes. Contudo, tais órgãos não existem para acarretar prejuízos aos consumidores, mas para, na forma do art. 43 da Lei n. 8.078/90, auxiliar nas relações de consumo. Assim, evidencia-se inoportuno, implicando em abuso de direito, a inscrição do nome de correntista bancário em cadastros de inadimplentes, quando a efetividade do *quantum debeatur* está sendo alvo de discussão judicial, arredada, com isso, a mora dos alegadamente inadimplentes”.

4) Apelação Cível n. 2000.008054-3, de Tangará, rel. Des.

Trindade dos Santos, Quarta Câmara Civil, j. 23/8/2001:

“Cautelar incidental. Pendência de discussão judicial sobre o montante da dívida. Inscrição em órgãos controladores do crédito. Inadmissibilidade. Sentença de improcedência. Reversão. Pugna recursal acolhida.

“Pendendo discussão judicial sobre o valor da dívida contraída pelos tomadores de empréstimo bancário, constitui constrangimento ilegal e ameaça reprimidos pelo Código de Defesa do Consumidor a inscrição dos nomes dos mutuários, pela instituição bancária credora, nos cadastros de restrição ao crédito”.

Destaque-se, além disso, que não há prejuízo ao credor com a exclusão do nome da agravada nos órgãos de proteção ao crédito. No entanto, é evidente que o registro no cadastro de inadimplência serve como meio de pressão para o pagamento de débito.

IV. No que se refere à multa diária, há autorização legal para sua fixação no sentido de garantir o cumprimento da liminar, nos termos dos arts. 461, § 4º, do Código de Processo Civil, e 84, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, autorizado o juiz a estipulá-la no âmbito de seus poderes discricionários.

V. Quanto à exibição de documentos pelo agravante, a decisão agravada deve ser mantida.

O pedido de exibição de documento comum às partes pode ser deferido liminarmente.

Theotônio Negrão em Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 33ª ed., São Paulo : Saraiva, 2002, pág. 373, anota:

“Art. 283:2b. ‘Pode o juiz determinar que o réu apresente a cópia do contrato que o autor pretende revisar em juízo’ (RSTJ 66/26)”.

Nesse sentido, precedentes desta Corte Estadual de Justiça:

1) Agravo de Instrumento n. 2001.007871-6, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos, Quarta Câmara Civil, j. 22/11/2001:

“(…) Comum aos litigantes o teor dos documentos em poder de um deles, e existente entre eles relação jurídica, como ocorre com os estabelecimentos bancários em relação a seus correntistas e mutuários, impõe-se de ferida, já no limiar da ação revisional proposta por estes, a exibição dos documentos indispensáveis à instrução da causa revisória (…)

2) Agravo de Instrumento n. 2001.016139-7, de Lages, rel. Des. Trindade dos Santos, Quarta Câmara Civil, j. 22/11/2001:

“(…) Positivada a existência de relação jurídica entre as partes con-tendoras, integra-se o legítimo interesse do autor de revisória de contrato bancário em ver exibidos, de forma incidental, os documentos que, relacionando-se às operações de crédito e débito entre elas estabelecidas, a fim de fazer prova na lide instaurada (…)

3) Agravo de Instrumento n. 2001.007785-0, da Capital, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, Terceira Câmara Civil, j. 25/9/2001:

“Agravo de instrumento — Ação declaratória — Contrato de crédito em conta corrente (cheque especial) — Decisão que determinou a emenda da inicial — Imprecisão da causa de pedir — Inocorrência — Exi-

bição incidental de documentos — Pedido da parte interessada — Admissibilidade — Recurso provido”.

4) Agravo de Instrumento n. 99.008278-4, de Lebon Régis, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Quarta Câmara Civil, j. 15/2/2001:

“Ação cautelar de exibição de documentos. Direito do consumidor. Exibição de contrato de abertura de crédito e de extratos de conta corrente. Condicionamento ao pagamento das despesas com sua obtenção. Ilegalidade. Falta de especificação dos documentos pretendidos e de indicação da lide principal. Inocorrência. Liminar *inaudita altera pars*. Possibilidade. Art. 804, CPC (...).

“A concessão da liminar *inaudita altera pars* é facultada pela lei processual civil e não entrava o direito de defesa do requerido, cumprindo ao juiz analisar a urgência e conveniência em deferi-la”.

5) Agravo de Instrumento n. 99.013809-7, de Abelardo Luz, rel.

Des. Cláudio Barreto Dutra, Terceira Câmara Civil, j. 26/10/1999:

“Cautelar inominada cumulada com exibição de documentos. Liminar. Possibilidade. Exegese dos artigos 844, inciso II, e 806 do Código de Processo Civil. Proibição, ao credor, de lançar o nome do devedor nos cadastros de inadimplentes. Entendimento assente. Decisão acertada. Recurso desprovido”.

Isso posto, nega-se provimento ao recurso.

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

Florianópolis, 10 de outubro de 2002.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente com voto;
Nelson Schaefer Martins,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.012154-7, DE SÃO JOAQUIM

Relator: Des. Nelson Schaefer Martins

Agravo. Ação de execução. Embargos. Demonstrativo de débito incompleto. Discussão acerca da origem da dívida. Impossibilidade de aplicação do disposto no art. 739, § 2^o, do CPC. Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2002.012154-7, da comarca de São Joaquim (1^a Vara), em que é agravante Rogério Vieira e agravado Espólio de Gentil Zapelini, por seu inventariante:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Rogério Vieira opôs o agravo contra decisão do Dr. Juiz de Direito

da 1ª Vara da comarca de São Joaquim proferida em embargos à execução ofertados em face do Espólio de Gentil Zapelini. A interlocutória rejeitou a preliminar de nulidade de execução por deficiência da memória de cálculo e recebeu parcialmente os embargos para determinar o prosseguimento da execução pela parte incontroversa, nos termos do art. 739, § 2º, do CPC, com atualização dos valores a contar das datas dos empréstimos originários, aplicando-se os juros pelos índices utilizados pela contadoria judicial.

O agravante aduziu que I) o agravado ajuizou ação de execução instruída com nota promissória, pretendendo cobrar determinado valor, enriquecido com a inclusão de juros de até 8% ao mês; II) opôs embargos à execução em que suscita, preliminarmente, a nulidade da execução pela ausência de demonstrativo do cálculo atualizado e, no mérito, a nulidade das estipulações acessórias pela inserção de juros extorsivos; III) é nula a execução, pois o demonstrativo de débito está incompleto, devendo ser extinto o processo; IV) o agravado limitou-se a apresentar cálculo bastante restrito, indicando apenas a incidência do IGPM acumulado de 8,27% e dos juros moratórios à taxa de 1% ao mês, o que impossibilita o acompanhamento da evolução da dívida mês a mês; V) o Dr. Juiz determinou o prosseguimento da execução sobre parte do valor executado, cindindo obrigação indivisível por lei (CC, art. 889); VI) não pode haver a atualização dos valores de R\$ 5.000,00 (nota promissória) e R\$ 1.500,00 (cheque), pois tais obrigações foram novadas com a nota promissória exequenda,

no valor de R\$ 15.730,00, e os documentos anteriores já prescreveram.

Requeru a concessão do efeito suspensivo ao agravo e o seu provimento para que: a) seja decretada a nulidade da execução, por descumprimento aos arts. 604 e 614, II, do CPC, e determinada a extinção do processo, nos termos do art. 267, IV, do CPC, com a condenação em custas e honorários advocatícios; b) sejam os embargos à execução recebidos integralmente, com base no princípio da indivisibilidade da obrigação (CC, art. 889), suspendendo-se a execução; c) seja reformada a decisão na parte que regulamentou a incidência de juros e atualização monetária, evitando que esses encargos sejam anteriores ao vencimento da nota promissória executada.

O relator originário negou o efeito suspensivo ao agravo.

O agravado deixou de apresentar contra-razões no prazo legal.

É o relatório.

I. Alega o agravante que o demonstrativo de débito está incompleto. Requer a decretação da nulidade da execução e a extinção do processo por descumprimento aos arts. 604 e 614, II, do CPC, nos termos do art. 267, IV, do CPC.

Observa-se que o credor apresentou na ação de execução o demonstrativo de débito (fl. 17) por meio do qual indicou o valor do débito referente à nota promissória de fl. 19 (R\$ 15.730,00), atualizado com base no IGPM acumulado de 8,27%, resultando a quantia de R\$ 17.030,87. Sobre o valor atualizado foram acrescidos juros moratórios de 1% ao mês contados da data do vencimento do título

executado (16/2/1998) até abril de 1999, no total de 14%, incidente sobre o valor atualizado, o correspondente a R\$ 2.384,32.

O cálculo teve como base de atualização a data 29/4/1999, e a ação foi protocolada em 27/7/1999, apresentando como valor devido R\$ 19.415,19 (fl. 17).

Ocorre que o demonstrativo de débito de fl. 17 não atende às exigências dos arts. 604 e 614, inc. II, do CPC, e não há elementos que permitam o conhecimento da evolução do débito. O demonstrativo de fl. 17 não é suficiente para que o devedor pudesse fundamentar suas razões em embargos.

A planilha de fl. 17 parte de um valor inicial devedor de R\$ 15.730,00 em 16/12/1998, ou seja, na data de vencimento da nota promissória de fl. 19, sem considerar os valores confessados de R\$ 5.000,00 e R\$ 1.500,00 que, após renegociação de dívida, originaram a nota promissória executada.

O art. 614, inc. II, do diploma processual prescreve que cumpre ao credor instruir a petição inicial de execução com “o demonstrativo do débito atualizado até a propositura da ação, quando se tratar de execução por quantia certa” e as normas dos arts. 604 e 614, inc. II, do CPC apresentam sentido unívoco de maneira que não basta o demonstrativo sumário. Cabe ao credor explicitar os elementos e critérios empregados, pois a memória discriminada serve para que o devedor controle a exatidão da quantia executada.

Sobre o tema, são trazidos precedentes desta Corte Estadual de Justiça:

1) Apelação Cível n. 98.013010-7, de Blumenau, rel. Des. Eder Graf, Terceira Câmara Civil, j. 21/9/99:

“Execução — Nota de crédito comercial — *Quantum debeatur* — Aferição — Ausência de liquidez.

“Os bancos, ao proporem a execução de seus contratos, devem apresentar o demonstrativo de que trata o art. 614, II, do CPC, de forma que reste facilmente conferível a origem do débito principal e quais os seus componentes, como também os encargos incidentes, viabilizando ao devedor a possibilidade de exercer com amplitude seu direito de defesa”.

2) Apelação Cível n. 98.008022-3, de Caçador, rel. Des. Orli Rodrigues, Primeira Câmara Civil, j. 24/3/99:

“(…) 3. ‘Tratando-se de execução de saldo devedor, por título extrajudicial, é imprescindível que este esteja instruído com a conta gráfica ou o extrato a ele vinculado, para apurar o *quantum* devido. Sem ele, a dívida se torna ilíquida, incerta e inexigível, portanto, não executável, por isso não pode dar suporte à execução forçada’ (in Revista AJURIS, Jurisprudência em revista, vol. 60, pág. 355).

“4. ‘*Ex vi* do art. 618, inciso I, do cânone processual, nula é a execução despida de título líquido, certo e exigível’ (Ap. Cív. n. 49.474, relator Des. Francisco Oliveira Filho)”.

Note-se que não seria possível a abertura de prazo ao exeqüente nos termos do art. 616 do estatuto proces-

sual civil para a emenda da inicial, pois que isso implicaria em alteração da causa de pedir, com desrespeito ao estatuído no art. 264, *caput*, do CPC.

Sobre o tema, decidiu a 6ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo em Agravo de Instrumento n. 615.046-1, rel. Juiz Carlos Roberto Gonçalves, j. 16/12/1994, publicado em RT 719/165:

“Execução — Emenda da inicial — Proibição após a oposição de embargos — Processo de execução suspenso não se praticam atos — Inteligência do art. 616 do CPC.

“O art. 616 do CPC permite que o juiz determine a emenda da inicial, sob pena de indeferimento. Feita a citação e opostos os embargos fica o processo de execução suspenso, não podendo mais o juiz determinar seja a inicial emendada, pois em processo suspenso não se praticam atos.

“Os embargos constituem ação autônoma que clamam por julgamento”.

Portanto, não seria possível a emenda da inicial após a apresentação dos embargos do devedor, pois opostos estes fica o processo de execução suspenso.

Considerando a deficiência da memória do cálculo apresentada pelo agravado, para o prosseguimento da execução, impõe-se a sua retificação, levando em conta os valores confessados — R\$ 5.000,00 e R\$ 1.500,00, acrescidos de correção monetária pelo INPC e juros de 6% ao ano.

Aplica-se, por analogia, o § 2º do art. 604 do CPC, acrescentado pela Lei n. 10.444, de 7/5/2002, para ela-

boração da memória do cálculo pelo contador.

II. O Dr. Juiz de Direito recebeu parcialmente os embargos, determinando o prosseguimento da execução na parte incontroversa, e anotou que:

“Tratando-se pois os embargos de matéria parcial sobre o valor da dívida, e sendo ela a parte controversa afora o capital inicial reclamado ou até reconhecido, devem então os embargos restringir-se à matéria de fato argüida, possibilitando, desse modo, que o credor dê seguimento à ação executiva na parte incontroversa.

“No caso dos autos, as matérias argüidas pelo embargante restringem-se tão-somente à parte da remuneração do capital mutuado, havendo portanto reconhecimento por parte do embargante que os valores iniciais representam originariamente a cifra de R\$ 5.000,00 emprestados na data de 16/11/1995; R\$ 1.500,00 emprestados na data de 26/1/1996, que devem ser cobrados, dando seguimento à execução, sem prejuízo dos embargos na parte em que se tornou controverso” (fl. 31).

De fato, o agravante reconhece os valores iniciais de R\$ 5.000,00 e R\$ 1.500,00. Confessa a realização dos empréstimos concedidos pelo agravado e, conseqüentemente, a existência da dívida.

Na inicial dos embargos afirma que (fls. 26/27):

“Necessitando de recursos, para aplicação em seu projeto de produção de batata-semente-certificada, o embargante recorreu ao senhor Gentil Zapelini e obteve, em datas diferentes, dois empréstimos:

“O primeiro, no valor de R\$ 5.000,00, em 16 de novembro de 1995 (...).

“O segundo empréstimo, no valor inicial de R\$ 1.500,00”.

Contudo, o devedor, além de apontar a nulidade da execução pela deficiência da memória do cálculo, alega a prescrição dos títulos executivos extrajudiciais referentes a esses valores, nota promissória e cheque, respectivamente.

O § 2º do art. 739 do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei n. 8.953, de 13/12/1994, dispõe:

“§ 2º Quando os embargos forem parciais, a execução prosseguirá quanto à parte não embargada”.

Ocorre que o débito é integralmente questionado. Não se trata apenas de prosseguir a execução pela parte incontroversa (CPC, art. 739, § 2º) — R\$ 5.000,00 e R\$ 1.500,00 —, mas de investigar se os títulos originais (nota promissória de 16/11/1995 e cheque de 26/1/1996) são ou não exequíveis, ou seja, se estão ou não prescritos. Apesar de a execução ter sido proposta em 27/7/1999 e a nota promissória de fl. 19 vencida em 16/2/1998, deve-se verificar, na verdade, os títulos que originaram a nota promissória executada.

Sobre o tema, Humberto Theodoro Junior, *in Código de Processo Civil Anotado*, Rio de Janeiro : Forense, 1995, pág. 306, ensina:

“Os embargos do devedor são sempre de efeito suspensivo, seja a execução fundada em título judicial ou em título extrajudicial (art. 739, § 1º, com a redação da Lei n. 8.953, de 13/12/94).

“Há, porém, *possibilidade de os embargos serem parciais*, ou seja, versar apenas sobre parte do crédito sob execução. Quando tal se der, o efeito suspensivo abrangerá tão-somente a parte impugnada da obrigação, e a execução prosseguirá normalmente quanto ao mais (art. 739, § 2º, com a redação da Lei n. 8.953, de 13/12/94).

(...)

“Por fim, admite a lei que os embargos sejam apenas sobre parte do crédito exequendo, caso em que o seu efeito suspensivo não impedirá o prosseguimento da execução quanto à parte não embargada (§ 2º do art. 739, incluído pela Lei n. 8.953/94)” (grifou-se).

Da mesma forma, sustenta Araken de Assis, em *Manual do Processo de Execução*, 4ª ed. rev. e atual., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997, págs. 1.024/1.025:

“A suspensão decorre do recebimento dos embargos, segundo a letra explícita do art. 791, I. Já se entendia desta forma no regime antigo, bem como, a despeito do silêncio da lei, o *efeito pode ser parcial, deixando os embargos de questionar integralmente o crédito* ou, conforme o objeto da demanda, não almejando livrar todos os bens constritos.

“Esta fórmula restou consagrada, pela Lei n. 8.953/94, nos parágrafos 2º e 3º do art. 739. Se o embargante questiona apenas a taxa de juros e sua capitalização (excesso de execução: art. 743, I), a execução prosseguirá, definitivamente, quanto à parte incontroversa da dívida” (grifou-se).

Amílcar de Castro, *in Do Procedimento de Execução: Código de Pro-*

cesso Civil. Rio de Janeiro : Forense, 1999, pág. 296, leciona:

“O § 2º diz respeito a embargos opostos contra apenas parte da execução. *Havendo no processo executivo matéria incontroversa*, contra ela não se opera o efeito suspensivo previsto nos embargos, porque o escopo de tal efeito é o de permitir-se a discussão do que é controvertido, sem que sejam tomadas providências executivas contra o executado. Daí, se parte da matéria da execução não foi impugnada nos embargos tornar-se-á incontroversa, podendo o procedimento executivo prosseguir quanto a este ponto” (grifou-se).

No caso, não há aplicar o CPC, art. 739, § 2º, pelos seguintes motivos: a) os embargos não são parciais; b) o débito é integralmente questionado; c) não há matéria incontroversa. Discute-se a origem da dívida.

O título que se executa não é originário. Como afirmado pelo credor é “(...) fruto de negociação de dívida, vencida e não paga” (fl. 15).

Logo, não se trata de novação, mas de mera confirmação de obrigações anteriores.

A execução encontra-se instruída com a nota promissória de fl. 19. No entanto, o débito não decorre desse título, mas de outras obrigações, quais sejam, a nota promissória, com vencimento em 16/11/1995, no valor de R\$ 5.000,00, e o cheque, com vencimento em 26/1/1996, no valor de R\$ 1.500,00.

Assim, fica evidente que não se trata de novação, mas de mera confirmação ou ratificação de obrigações anteriores contidas em títulos executivos extrajudiciais.

A respeito, são colacionados precedentes desta Corte Estadual de Justiça:

1) Apelação Cível n. 99.008364-0, de Curitiba, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Quarta Câmara Civil, j. 30/11/2000:

“Embargos à execução. Confissão de dívida e nota promissória passada em garantia. Novação. Não ocorrência. Confirmação de obrigação anterior. Artigo 1.000 do Código Civil. Ausência do contrato originário. Documento essencial. Nulidade.

“A novação é forma de extinção da dívida contraída, gerando nova obrigação, que substitui a anterior. Todavia, para que se a tenha, requer-se o *animus novandi*, vale dizer, o intuito de inumar a relação obrigacional que até então vigia, engendrando uma outra que lhe toma o posto.

“Não há novação quando em confissão de dívida verifica-se a ratificação das cláusulas da obrigação anterior. A mudança deve ocorrer no objeto principal da obrigação, em sua natureza e na causa jurídica. Se assim não for, terá a segunda obrigação apenas confirmado a primeira, à luz do artigo 1.000 do Código Civil.

“Em não havendo novação é necessária a juntada de todos os documentos que originaram a dívida, sob pena de nulidade da execução por ausência de título executivo.

“Faltante documento essencial para a constatação da validade de confissão de dívida, não há como se reconhecer certeza, liquidez e exigibilidade à nota promissória passada em sua garantia, pelo que perde esta sua autonomia”.

2) Apelação Cível n. 98.012653-3, de Sombrio, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Quarta Câmara Civil, j. 20/11/2000:

“Embargos à execução. Execução fundada em confissão de dívidas de cédula de crédito comercial e contrato de abertura de crédito rotativo. Ratificação expressa das cláusulas das obrigações precedentes. Inocorrência de novação. Confirmação das obrigações anteriores. Artigo 1.000 do Código Civil. Perda da autonomia da confissão de dívida. Impossibilidade de se executar contrato de crédito rotativo. Falta de título executivo. Extinção do processo. Litigância de má-fé afastada.

“Não há novação quando em confissão de dívida verifica-se a ratificação das cláusulas das obrigações anteriores. A mudança deve ocorrer no objeto principal da obrigação, em sua natureza e na causa jurídica; se assim não ocorrer, terá a segunda obrigação apenas confirmando a primeira, à luz do artigo 1.000 do Código Civil.

“Certificada a inexistência de novação, perece a autonomia da confissão de dívida proveniente de contrato de crédito rotativo e ressurgem a obrigação confessada. Não sendo ele representada por título executivo, nula é a execução, devendo ser extinto o processo, sem julgamento de mérito.

“Na análise da ocorrência de litigância de má-fé importa considerar que, em princípio, quem contende em juízo fá-lo de boa-fé. A *praesumptio juris tantum* derrui unicamente quando indisfarçável o intuito obstativo ao regular desenvolvimento do processo”.

3) Apelação cível n. 99.019803-0, de Anita Garibaldi, rel. Des. Trindade dos Santos, Quarta Câmara Civil, j. 26/10/2000:

“Execução — Contrato de confissão e composição de dívidas — Novação contratualmente arredada — Indispensabilidade da juntada aos autos do contrato originário — Execução nula — Reconhecimento judicial — Incensurabilidade do *decisum* — Reclamo recursal desatendido.

“Renegociados débitos anteriores, com exclusão contratual expressa de novação, o que ocorre é apenas a dilatação do prazo de vencimento da obrigação anterior em a inserção de novos acessórios e com o instrumento de renegociação complementando apenas o contrato originário.

“Nesse contexto, a expressão executória do ajuste de repactuação perpassa pelo entranhamento aos autos do contrato renegociado, demonstrada a evolução do débito desde os seus primórdios”.

4) Apelação Cível n. 98.015113-9, de Santa Cecília, rel. Des. Alcides Aguiar, Quarta Câmara Civil, j. 21/12/2000:

“Embargos à execução lastreada em ‘instrumento particular de contrato de abertura de crédito com reconhecimento e quitação de dívidas e outras avenças’ — Julgamento antecipado da lide — Cerceamento de defesa não demonstrado — Sentença bastante fundamentada — Nulidade afastada.

“Novação objetiva tácita — Inocorrência — Reconhecimento de débito e sua renegociação com o prolongamento do prazo para o pagamento — Obrigação originária que não se al-

terou na substância, na forma, ou no objeto — Imprescindibilidade para a instrução do feito da juntada dos documentos que deram origem à dívida.

“Ausência do contrato consolidado na confissão de dívida — Liquidez não evidenciada — Nota promissória que não goza de autonomia — Extinção do processo sem o julgamento do mérito — Inteligência do inc. I do art. 618 do CPC — Recurso desprovido.

“Em não havendo novação, torna-se imprescindível à instrução do feito a juntada dos documentos que originaram o débito, de modo a caracterizar a liquidez, a certeza e exigibilidade do *quantum debeatur*.

“Destarte, ausente o contrato consolidado na confissão de dívida, inviável se apresenta a execução diante da inegável falta de liquidez e certeza do título executado, visto que mister se faz a análise dos créditos reconhecidos para que não prevaleçam vícios desconhecidos”.

“Os embargos constituem ação autônoma que clamam por julgamento”.

Esclareça-se: a presente ação executiva está instruída com a nota promissória de fl. 17.

Ora se outros documentos fossem acostados, na condição de títulos executivos para a ação de execução em curso, o fato gerador do direito (causa de pedir remota) seria outro, referente a outros títulos.

Portanto, tudo leva à conclusão de que houve a consolidação de um débito anterior.

Assim, havendo discussão acerca da origem da dívida, não há como aplicar a regra do CPC, art. 739, § 2º, devendo permanecer suspensa a execução.

Isso posto, dá-se provimento ao recurso.

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

Florianópolis, 3 de outubro de 2002.

Pedro Manoel Abreu,

Presidente com voto;

Nelson Schaefer Martins,

Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.007168-0, DE XANXERÊ

Relator: Des. Fernando Carioni

Agravo de instrumento — Execução — Descrição de bem, feita pelo meirinho, nos autos de penhora e de arrematação — Arrematação pelo exequente — Entrega de bem diverso do descrito — Necessidade de entrega do bem efetivamente descrito — Decisão reformada — Recurso provido.

*Sendo o bem arrematado o descrito por oficial de justiça, que goza de fé pública, a entrega daquele é medida que se impõe, desca-
bendo obrigar o arrematante a aceitar bem diverso.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2002.007168-0, da comarca de Xanxerê, em que é agravante Adisul Empreendimentos Imobiliários Ltda. e agravada Edna Queiroga:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, conhecer e dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Adisul Empreendimentos Imobiliários Ltda. contra despacho do Juiz de Direito da comarca de Xanxerê que, nos autos de Execução n. 080.99.003157-8, indeferiu o pedido de entrega do bem arrematado, consoante a descrição do auto de penhora (fl. 8).

Aduz que o meirinho tem fé pública, não sendo necessário conferir se o bem penhorado realmente é o descrito no auto de penhora.

Salienta que, confiando na fé pública do oficial de justiça, procurou informar-se sobre o preço de mercado do bem penhorado, certificando-se que era condizente com o preço descrito no auto de penhora (R\$ 2.500,00 — dois mil e quinhentos reais).

Alega que a executada/agravada utilizou-se de má-fé, ao descrever um bem que não era o que estava sendo penhorado, aproveitando-se da falta de conhecimento técnico do oficial de justiça.

Por fim, clama pelo acolhimento do recurso, para que seja reformada a decisão *a quo*, determinando-se que a agravada entregue o bem conforme as descrições constantes no auto de penhora.

O agravo foi admitido (fl. 31).

A agravada não apresentou contra-razões (fl. 25).

II — Voto

O conteúdo da postulação há de ser apreciado, ante a presença dos pressupostos de admissibilidade recursal.

No auto de penhora, depósito e intimação (fl. 10), foi descrita uma mesa de mármore bahia rosa com tampo de vidro bisotê, estimada em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). Contudo, a recorrente recebeu, no lugar do bem suso mencionado, uma mesa de mármore travertino com tampo de vidro comum (fl. 5). Tal fato torna-se incontestante ante as avaliações de especialistas (fls. 17/21), que certificaram não se tratar do bem descrito no auto de penhora de fl. 10.

Ademais, quando questionado pelo Juízo *a quo* o oficial de justiça reconheceu ter certificado como verdadeira a descrição da agravada/executada, apesar de não possuir conhecimento técnico para tanto (fl. 23).

Logo, vê-se que a agravada foi ardilosa na descrição do bem penhorado, ludibriando o oficial de justiça. Como este goza de fé pública, outra

não foi a conclusão da recorrente se não considerar verdadeira a descrição de fl. 10, arrematando o bem ali descrito por R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais) (fl. 11). Acrescente-se que o edital de arrematação do bem seguiu a descrição feita no auto de penhora (fl. 11).

Amílcar de Castro observa:

“Requisito importantíssimo de conteúdo do edital é a individualização das coisas postas à venda. Tanto no interesse do expropriado, como no do exequente, e também no de terceiros pretendentes, e em benefício do perfeito exercício da função jurisdicional, *torna-se necessário especificar a coisa oferecida de modo tal que não reste a menor dúvida a respeito de sua identidade*, de sua extensão e quantidade, e de todos os seus tributos relevantes” (Do Procedimento de Execução. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pág. 221) (grifei).

Verifica-se que o bem teve uma determinada descrição no auto de penhora, totalmente diversa da efetivamente entregue (fls. 17/21).

A jurisprudência estabelece:

“Agravado de instrumento. Arrematação. Edital. Descrição. Imóvel. O arrematante deve receber o bem arrematado conforme descrição do edital. Recurso provido” (TJRS – AI n. 10001066224 – rela. Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, de Bento Gonçalves).

Diante do exposto, a decisão deve ser reformada, para que se efetue a entrega do bem descrito nos autos de penhora e de arrematação.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, conhece-se e dá-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques.

Florianópolis, 10 de setembro de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente, com voto;
Fernando Carioni,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.009605-4, DE JAGUARUNA

Relator: Des. Fernando Carioni

Agravado de instrumento — Impugnação ao valor da causa — Declaratória de inexistência de débito — Causa valorada consoante o objeto em litígio — Alteração de ofício — Julgamento ultra petita — Inocorrência — Decisão mantida — Recurso desprovido.

Não há falar em julgamento ultra petita da decisão que, de ofício, altera o valor dado à causa, uma vez que o “valor da causa é o equivalente monetário do bem jurídico que lhe constitui o objeto” (José Frederico Marques. Instituições de Direito Processual Civil.

4ª ed. – Forense: vol. III, pág. 75. Apud: João Roberto Parizatto. *Valor da Causa*. 2ª ed. – Minas Gerais: Edipa, 2000, pág. 2).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2002.009605-4, da comarca de Jaguaruna, em que é agravante CS Silva Ltda. e agravada Verdés S.A. Máquinas e Instalações:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, conhecer e negar provimento ao agravo.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de agravo de instrumento interposto por CS Silva Ltda., contra decisão da Juíza de Direito da Vara Única da comarca de Jaguaruna que, no processo incidental de Impugnação ao Valor da Causa n. 282.00.001778-7/001, movido por Verdés S.A. Máquinas e Instalações, determinou a majoração do valor dado à causa na ação declaratória de inexistência de débito, fixando-o consoante os títulos ali em discussão (fls. 32/33).

Pugna pela reforma da decisão exarada, ao fundamento de que fora decidido além do pedido, uma vez que a agravada impugnou o valor dado à causa, clamando pelo seu arbitramento em R\$ 4.341,75 (quatro mil trezentos e quarenta e um reais e setenta e cinco centavos), contrariamente ao fixado pelo Juízo de primeiro grau que, de ofício, majorou o valor da ação para o resultado da soma dos títulos em discussão, qual seja, R\$ 13.025,25 (treze mil e vinte e cinco reais e vinte e cinco centavos).

Requer a fixação do valor da causa consoante o pleiteado pela recorrida.

O agravo foi admitido (fl. 41).

Regularmente intimada, a agravada deixou de apresentar contra-razões (fl. 44).

II — Voto

O conteúdo da postulação há de ser apreciado, ante a presença dos requisitos de admissibilidade recursal.

A agravante, em síntese, afirma que a decisão profligada extrapou o pedido feito quando da propositura da impugnação ao valor da causa, ao majorar de ofício o valor dado à demanda declaratória de inexistência de débito.

A irresignação da agravante não merece prosperar.

De início, cumpre tecer algumas considerações acerca do objeto deste recurso, qual seja, o valor da causa.

Segundo Plácido e Silva:

“Em sentido processual, valor da ação, valor da causa, ou valor do pedido têm igual significação. Entende-se a soma pecuniária, que representa o valor do pedido, ou da pretensão do autor, manifestada em sua petição” (*in* Vocabulário jurídico. Rio de Janeiro — São Paulo: Forense, pág. 1.624)

O valor da causa a ser determinado pela parte autora é, de regra, a importância estabelecida ou arbitrada de antemão no petitório, observados, todavia, alguns fundamentos legais

(arts. 258 a 261 do CPC), dentre os quais a vantagem econômica buscada no litígio.

João Roberto Parizatto cita, em sua obra, o escólio de José Frederico Marques, ponderando que o “valor da causa é o equivalente monetário do bem jurídico que lhe constitui o objeto” (José Frederico Marques, Instituições de Direito Processual Civil. 4ª ed., Forense: vol. III, pág. 75. *Apud*: João Roberto Parizatto, Valor da Causa, 2ª ed., Minas Gerais: Edipa, 2000, pág. 2).

No caso em tela, a decisão atacada foi fundamentada nos seguintes termos:

“(…) Se o total do valor dos títulos extrajudiciais que o impugnado pretende ver anulados é de R\$13.025,25, com a respectiva declaração de existência de débito, esta é a vantagem econômica.

O valor da causa na demanda principal deve ser aquele então apontado, ou seja, R\$13.025,25” (fl. 32).

Por conseguinte, a vantagem econômica ou o objeto em discussão é o valor dos três títulos objeto da declaratória de inexistência de débito. É sobre a soma desses títulos que deve incidir o valor da causa.

Colhe-se da jurisprudência:

“Ação declaratória — Valor da causa — Anulação de letras de câmbio em dólares e fixação de indenização — Soma dos títulos convertida à taxa cambial do dia” (RT 584/149).

De outro norte, a alegação de agravante de que não pode o Juiz majorar de ofício o valor da causa, ainda mais quando a impugnação da parte contrária for inferior ao arbitrado,

ocorrendo, conforme diz, julgamento *ultra petita*, não merece guarida.

Esclarece Gelson Amaro de Souza:

“Estamos de acordo com aqueles que entendem ser possível a correção de ofício pelo juiz, para que, partindo daí, não só se cobre a taxa judiciária devida, como adapte-se o procedimento adequado à causa e firme-se a competência, quer de primeiro grau, quer de segundo, sem perder de vista ainda que vai determinar a alçada para recurso. Processo é direito público, e a forma do procedimento não é posta no interesse das partes, mas tendo em vista os interesses do Estado em bem distribuir a justiça, sempre preocupado e empenhado em obedecer ao princípio do processo legal, e isso somente acontece se à causa for atribuído valor correto e garantido o processamento legal com observância do procedimento, competência e alçada recursal” (*in* Do valor da causa. 3ª ed. rev., atual. e ampl. — São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pág. 169).

Assim, não há falar em julgamento *ultra petita*, vez que é oportuna e correta a adequação de ofício pelo magistrado do valor da causa em questão.

Tem-se da jurisprudência:

“Agravamento por instrumento — Processo civil — Tributário — ICMS — Valor da causa — Alteração de ofício — Artigos 258 e 260 do CPC — Possibilidade — Ação declaratória — Fixação por estimativa — Impossibilidade.

“I — É possível ao Juiz, de ofício, ordenar a retificação do valor da

causa, quando o critério de fixação estiver previsto em lei.

“II — Inteligência dos artigos 258 e 260 do CPC.

“III — Em ação declaratória, inadmissível a fixação do valor da causa por estimativa. Deverá o valor da causa corresponder à vantagem econômica pretendida pelo autor, decorrente da relação jurídica cuja existência ou inexistência pretende ver declarada.

“IV — Agravo por instrumento a que se nega provimento” (STJ — AG n.306795, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 4/8/2000).

Ante o exposto, deve ser mantida a decisão profligada.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, conhece-se e nega-se provimento ao agravo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques.

Florianópolis, 17 de setembro de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente, com voto;
Fernando Carioni,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.012611-5, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Fernando Carioni

Agravo de instrumento — Recurso atacando duas decisões — Prática vedada pelo princípio da unirrecorribilidade — Duplicata — Aceite por funcionário da empresa — Teoria da aparência — Duplicata — Sustação de protesto promovida pela emitente contra o endossatário — Terceiro de boa-fé — Improcedência do pedido — Recurso provido.

Pelo princípio da unirrecorribilidade, para cada decisão existe um recurso respectivo.

O funcionário que, mesmo sem poderes expressos, apõe aceite em duplicata relativa a negócios ordinários realizados pelo estabelecimento, presume-se autorizado pelo patrão, ante a teoria da aparência.

Diante do endossatário de boa-fé de duplicata formalmente perfeita e aceita não pode a devedora opor a inexigibilidade do título por ausência de causa.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2002.012611-5, da comarca de Criciúma, em que é agravante Gládus Consultoria Financeira Ltda. e agravada Cooperminas – Cooperativa de Extração de Carvão Mineral dos Trabalhadores de Criciúma Ltda.:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, conhecer e dar provimento ao agravo.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Gládus Consultoria Financeira Ltda., contra decisão prolatada pela Juíza de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Criciúma que, nos autos da Ação Cautelar de Sustação de Protesto n. 020.02.009118-4, proposta por Cooperminas – Cooperativa de Extração de Carvão Mineral dos Trabalhadores de Criciúma Ltda., concedeu a liminar pleiteada, determinando a sustação do protesto dos Títulos ns. 0599/B e 0600/B (fls. 25/26).

Sustenta, em síntese, capacidade e legitimidade da pessoa que firmou o aceite nas duplicatas, visto que é a mesma funcionária que normalmente o firma em nome da empresa. Alega, também, má-fé da agravada. Requereu, por fim, a reforma da decisão atacada.

Foi indeferido o pleito de efeito suspensivo (fls. 68/69).

Intimada, a agravada deixou transcorrer *in albis* o prazo para resposta (fl. 73).

II — Voto

Cuida-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra duas decisões. A primeira, que concedeu a liminar pleiteada, determinando a sustação do protesto dos Títulos ns. 0599/B e 0600/B (fls. 25/26), e a segunda, que se limitou a ratificar despacho anterior, exarado a partir de pedido de revogação formulado pela agravante (fl. 65).

Estreme a ocorrência, na espécie, de um recurso atacando duas decisões, que é prática vedada pelo princípio da unirrecorribilidade, também conhecido como unicidade, porquanto para cada decisão há um recurso cabível.

Sobre o tema, colaciona-se o seguinte ensinamento:

“Dos princípios habitualmente mencionados como inspiradores da sistemática recursal merece lembrança o da unicidade, que consiste na regra de que *contra uma decisão só deve caber um recurso ou, pelo menos, um por vez*” (Wambier, Luiz Rodrigues, Lameida, Flávio Renato Correia de, Talamini Eduardo. Curso avançado de processo civil. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, vol. 1. pág. 664) (grifei).

Não poderia a agravante atacar, com um único recurso, mais de uma decisão, de maneira que só será conhecido e avaliado o primeiro *decisum* profligado.

Cumpra anotar que o Togado a *quo*, quando denegou o pedido de revogação de liminar (fl. 65), apreciou os documentos anexados à contestação, de sorte que a análise da documentação, neste momento processual, não caracterizará supressão de instância.

Busca a recorrente a revogação da liminar de sustação de protesto. Sustenta, para tanto, capacidade e legitimidade da pessoa que firmou o aceite nas duplicatas, visto que é a mesma funcionária que normalmente o firma em nome da empresa.

Razão assiste à agravante.

A segurança nas relações comerciais exige o respeito à boa-fé, que deve prevalecer nos contratos. Não é possível invalidar-se um título apenas porque o sócio-gerente não o subscreveu, assim o fazendo o empregado que geralmente exerce tal função. E tanto era o empregado responsável pelo aceite que, conforme os documentos acostados à contestação (fls. 56/63), outras duplicatas foram emitidas contra a agravada, com aceite firmado por aquele, sendo que restaram devidamente pagas no vencimento.

Perfeitamente aplicável ao caso a teoria da aparência, na esteira dos precedentes abaixo invocados:

“Não pode, quem contrata de boa-fé penetrar nos meandros dos negócios da sociedade para inteirar-se do seu funcionamento, poderes dos gerentes, sócios, prepostos, auxiliares ou representantes, nem é possível, nem a natureza e atuais condições do comércio permitem que a cada negócio ou obrigação assumida, o terceiro examine a documentação

no Registro do Comércio” (TJSC, Ap. Cív. n. 23.468, de Lages, rel. Des. Wilson Guarany, *in* JC 70/246).

E mais:

“Duplicata — Aceite por preposto — Mandato aparente — Precedentes jurisprudenciais — Recurso provido.

“O princípio da boa-fé, imperante nas relações comerciais, impõe se tenha como autorizado pelo patrão o funcionário que, mesmo sem poderes expressos, apõe aceite em duplicata relativa a negócios ordinários realizados pelo estabelecimento” (TJSC, Ap. Cív. n. 42.679, de São Francisco do Sul, rel. Des. Amaral e Silva).

Portanto, ante os documentos anexados à contestação (fls. 56/63), não restam dúvidas que o aceite firmado pelo funcionário da empresa é plenamente válido.

Assentada a validade do aceite, sabe-se que este reveste o título de liquidez e certeza, representando a obrigação cambial abstrata. Uma vez aceita, desprende-se da sua origem.

A respeito, assevera Waldemar Ferreira:

“Quando, com efeito, recebida a duplicata, o comprador a aceita, assinando-a e devolvendo-a ao vendedor, subscreve título representativo do contrato de compra e venda, que celebrou, obrigando-se a pagar o preço respectivo no dia do vencimento da duplicata. Tem-se nela o ato jurídico perfeito e acabado” (*in* Tratado de Direito Comercial, 1963, vol. 10, pág. 241).

Nessa trilha, oportuna a lição de Pontes de Miranda (Tratado de Direito Cambiário, vol. III, 2ª ed., pág. 199):

“Pelo aceite, o que aceita faz-se obrigado direto e principal do título. Antes de aceitar, o comprador pode dever e ser obrigado em virtude do negócio jurídico de compra e venda, não deve, nem é obrigado em virtude da duplicata mercantil, que é título cambiariforme”.

In casu, como dito, a duplicata foi aceita.

Corroborando ainda mais com a tese da agravante, o título foi endossado, não deixando dúvidas sobre a abstração da *causa debendi*.

Assim, sendo o aceite regular e havendo o endosso, é irrelevante a circunstância de o título estar vinculado a contrato de prestação de serviço, porquanto não estava o endossatário obrigado a investigar a causa da dívida.

É deste Tribunal:

“Duplicata — Declaratória de inexigibilidade do débito promovida pela emitente contra o endossatário — Terceiro de boa-fé — Improcedência do pedido — Recurso provido.

“A investigação da *causa debendi* dos títulos cambiais sempre foi permitida, restringida, porém, ao emitente e ao aceitante.

“Perante o endossatário de boa-fé de duplicata formalmente perfeita e aceita não pode a devedora opor a inexigibilidade do título por falta de causa” (Ap. Cív. n. 30.747, da Capital, rel. Des. Nestor Silveira).

Pelos motivos expostos, impõe-se a revogação da liminar atacada.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, conhece-se e dá-se provimento ao agravo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques.

Florianópolis, 17 de setembro de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente, com voto;
Fernando Carioni,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.008939-2, DE CAÇADOR

Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben

Estatuto da Criança e do Adolescente — Pedido de guarda feito por terceiro — Interesse da infanta a ser preservado — Liminar concedida em favor do pai biológico — Carência de recursos materiais — Irrelevância — Precariedade da medida — Exegese dos arts. 19, 23, 25 e 35 do ECA.

Somente em caráter excepcional é admitida a colocação em família substituta mediante a concessão de guarda a terceiro inte-

ressado, porquanto toda criança ou adolescente tem direito de ser criado e educado no seio da sua família natural, entendida esta como a comunidade formada pelos pais biológicos ou qualquer deles e seus descendentes, ex vi dos arts. 19 e 25 do ECA. Assim, é adequada a decisão judicial que, em sede de medida liminar, concede ao pai biológico a guarda provisória da sua filha, ainda mais porque ressalvou à pretendente à guarda amplo e regular direito de convivência com a criança, atendendo da melhor forma aos interesses da infanta.

A miséria ou a pobreza dos pais não justifica, por si só, a intervenção do Estado-juiz para a decretação da perda ou da suspensão do pátrio poder e, conseqüentemente, a colocação dos filhos em família substituta, de acordo com o art. 23 do ECA.

A autoridade judiciária pode a qualquer tempo revogar a guarda, após ouvido o Ministério Público, com fundamento no art. 35 do ECA, contanto que a alteração dos fatos justifique a medida a ser adotada como forma de melhor atender aos interesses da criança ou adolescente, não se podendo, pois, falar em preclusão ou coisa julgada material.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2002.008939-2, da comarca de Caçador (1ª Vara), em que é agravante V. M. M., sendo agravado J. M. G.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas de lei.

I — Relatório

V. M. M. ajuizou ação de guarda e responsabilidade, visando à conquista do direito de tomar sob seus cuidados pessoais, com foros próprios do pátrio poder, a menor M. J. L., nascida em 17 de setembro de 1994, filha de M. A. L. e de J. M. G.

Disse que sua amiga íntima (M. A. L.) faleceu, em conseqüência de

grave doença, e como nutria elevados sentimentos de amizade, desde a infância, pela falecida, sentiu-se no dever de ofertar carinho, conforto e abrigar-se à criança M. J. L.

Destacou que seu relacionamento afetivo para com a menor cresceu a partir do momento em que sua mãe adoeceu gravemente, vindo a fortalecer-se e consolidar-se até o dia em que houve o desenlace da amiga. Tanto que, após o passamento de M. A. L., assumiu, desde logo, inteiramente, a guarda de fato da criança, por ela fazendo-se responsável, de sorte a atendê-la em todas as suas necessidades. Entretanto, para uma melhor prestação de assistência à infanta, entendeu indispensável regularizar a guarda de fato, para torná-la oficial ou de direito. Por isso, certa do sucesso de sua pretensão, ingressou em Juízo, explicando ao Magistrado as razões de todo o

seu afeto pela criança e pedindo-lhe que lhe desse a guarda da menor, mormente pelo perfeito entrosamento entre elas, bem como com toda a sua família, mais especificamente com seus pais, a quem a menor chama de avós.

Não negou, em nenhum momento, que o pai biológico da criança nutra por esta grande afeição e que a visite costumeiramente. Entretanto, entende que mais confortável será para a menor ficar sob seus cuidados, já que a isso acostumou-se.

Realçou que M. J. L. herdou da mãe um apartamento, bens móveis e tem direito a uma pensão mensal; mas que não lhe move o menor interesse sobre tais bens, interessando-lhe, isso sim, o bem-estar da menor e a companhia desta. Por isso requereu, por fim, a guarda da infanta, alegando maior identidade com ela do que o pai biológico, ao tempo em que fez os requerimentos de praxe, pediu a ouvida de seus próprios pais e a ouvida da menor, propugnando pela concessão de liminar que lhe garanta a guarda provisória da criança.

Pediu também assistência judiciária gratuita.

Em audiência, frustrada a proposta conciliatória e ouvido o Ministério Público, o Dr. Juiz de Direito conferiu a guarda provisória ao pai biológico, assegurando à autora o direito de avistar-se com a criança e tê-la consigo nos dias fixados na decisão inepada.

Inconformada com a solução provisória, V. M. M. agravou da decisão, sustentando, textualmente, “que a atitude do Magistrado, em retirar a menor do lar substituto e no qual encontrava-se há mais de seis meses em

condições satisfatórias, para entregá-la à guarda do pai, com parcos recursos financeiros, e com o fito de conquistar-lhe o carinho, não constitui uma medida que veio prestigiar o interesse da menor (...)” (fl. 11), mormente porque, a partir dos meados do ano 2001, quando insidiosa doença acometeu sua amiga M. A. L., prostrando-a definitivamente no leito, foi a agravante quem exerceu o papel de mãe da menor, cuidando do seu asseio corporal diário, da sua alimentação, das suas roupas e das suas necessidades escolares. Seu desvelo foi tanto para com a doente e sua pequena filha que, pessoas maledicentes passaram a imputar-lhe conduta homossexual em relação à mãe da criança, como se não pudessem nutrir a amizade que nutriam uma pela outra, estimulada unicamente pela solidão que as envolveu.

Anotou que M. J. L. tem duas tias: F. T. L., residente na cidade de São Bento do Sul, e S. L. R., residente em Caçador; mas que não dispõem de tempo para atender a sobrinha.

Proclamou que a melhor solução para o caso é dar-lhe a guarda da menor, dado o grau de afeição que as une e que aproxima a criança daqueles a quem já chama de avós, pois os colocou, em sua redação escolar, em tal posição familiar.

Acrescentou que sua família é respeitadíssima em toda a região, visto seu pai já haver sido prefeito municipal de Caçador, por três vezes, havendo flagrante indicação para que a criança continue onde hoje está alojada.

Em face disso realçou que já tem a guarda de fato da menor e apenas deseja formalizá-la ou torná-la legal, entendendo que é preciso dar con-

seqüência ao que se inculpe no artigo 148, parágrafo único, alínea a, combinado com o artigo 98, ambos do ECA, uma vez que a criança encontra-se em situação irregular, que haverá de ser corrigida no Juízo competente que, a seu ver, é a Vara da Infância e da Juventude.

Disse que pediu a ouvida de três testemunhas, que coonestariam a proclamação das irmãs da falecida, no sentido de comprovar o bom tratamento dispensado pela agravante à criança, e que foi atendida em tal postulação. Contudo, o Magistrado, de forma ditatorial, desprezando a prova já deferida e contrapondo-se ao posicionamento do Ministério Público, entendeu de conceder a guarda provisória da menor ao pai biológico e não a ela, o que motivou o presente agravo de instrumento.

Exasperada com a decisão, entendeu que o Juiz deu crédito a uma intriga sórdida, em que a agravante é colocada na condição de homossexual, pois, conforme consta das fls. 79/87, quer o agravado fazer crer, com as declarações que juntou, que a agravante é dada à prática do lesbianismo, na condição de amante da mãe da criança cuja guarda pretende. Daí haver destacado que o Magistrado teria ferido o art. 3º, inciso IV, da CF, ao tratá-la com discriminação, quanto à sua opção sexual.

Alertou para o fato de que jamais insinuou suas tendências ou preferências sexuais no relacionamento de amizade que manteve com a mãe da criança, nem deixou o tema vazar para o conhecimento da infanta. E nem admite que sua condição sexual possa influir no direito de ter consigo, sob sua

guarda, a criança por quem nutre amor tão puro, não se podendo olvidar os progressos que a ciência jurídica tem feito nessa seara, à luz das modernas decisões dos pretórios pátrios.

Alegando que a criança conta, hoje, oito anos de idade, e está em condições de ser ouvida sobre suas preferências, asseverou que o Juiz, entretanto, preferiu fazer ouvidos moucos para o requerimento da agravante, ficando, assim, sem parâmetro para aferir o que seria mais vantajoso para M. J.

Afirmou, além do mais, que o Magistrado não analisou, como devia, os boletins de ocorrências policiais (fls. 95/108), nem se deteve no exame das cópias das peças destacadas da ação alimentos deflagrada contra o hoje guardião provisório da menor (fls. 90/94).

Entendeu que sua prova deveria ser ponderada com o mesmo respeito com que se ponderou a prova trazida pelo agravado, para que se pudesse fazer verdadeira justiça. Por isso, requereu a conferência de efeito ativo ao agravo de instrumento e o seu provimento.

Juntou profusa quantidade de documentos.

O eminente Des. José Carlos Carstens Köhler indeferiu a carga ativa pretendida (fls. 156/157).

O Dr. Juiz de Direito prestou informações (fls. 161/165) e o agravado deixou de contraminutar o agravo.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça foi pelo conhecimento e desprovimento do agravo.

É o relatório.

II — Voto

O agravo é apropriado, tempestivo e conta com preparo, apto, portanto, ao conhecimento da Câmara.

Prefacialmente, cumpre-me destacar que o recurso não tem por fim discutir a decisão que deslocou, para a Vara da Família da comarca de Caçador, a discussão proposta, originariamente, na Vara da Infância e da Juventude da mesma Comarca, posto que, apesar de a isso a agravante haver-se referido, disse, expressamente, no texto do agravo (fl. 5), não ser este o objetivo do recurso. Assim, o ponto medular da questão cinge-se apenas à guarda da menor.

Tira-se dos autos que a agravante não se conforma com a decisão do Juízo *a quo*, que a privou da guarda que vinha, de fato, mantendo, há seis meses, a partir do falecimento da mãe da criança, para deferi-la ao pai biológico da menor, com quem esta nunca conviveu sob o mesmo teto.

Afirmou a agravante “que a atitude do Magistrado, em retirar a menor do lar substituto e no qual encontrava-se há mais de seis meses em condições satisfatórias, para entregá-la à guarda do pai, com poucos recursos financeiros, e com o fito de conquistar-lhe o carinho, não constitui uma medida que veio prestigiar o interesse da menor (...)” (fl. 11).

Entendeu, além do mais, ainda que não tenha argüido, expressamente, cerceamento de defesa, que o doutor Juiz de Direito agiu com parcialidade ao apreciar apenas a prova produzida pelo agravado, deixando de sopesar aquela produzida por ela (agravante), além de não haver ouvido, como era de seu dever, a criança e a tia desta, para só en-

tão decidir sob a guarda de quem a menor deveria ficar.

A despeito de tais asserções, que em certas circunstâncias poderiam assumir relevância, visto que a política que serve de tramontana à proteção do menor privilegia, com absoluta primazia, a segurança e o bem-estar da criança e do adolescente, não me parece que, no caso, tenha o Juiz exorbitado de seus poderes para, em desfavor da menor, desprezar provas importantes e deferir a guarda a quem não estava em condições de recebê-la. Pelo contrário, no estágio em que se encontra o processo, não pode a agravante pretender que o Juiz examine, de modo exauriente, a prova, nem que esteja obrigado a vê-la toda produzida para, só depois, dar ou negar liminar. Dessa prova não se ressentem e nem poderia ressentir-se a decisão, já que tomada em caráter emergencial ou em cognição apenas sumária, quando o processo principal apenas começa a nascer. Assim, não se pode dizer, sem o risco do cometimento de uma injustiça para com o sentenciante, que a decisão increpada só poderia vir a lume se calçada em toda a prova que a agravante pretendia produzir. Destarte, não há falar em cerceamento de defesa, se era esta a intenção da agravante ao alegar a falta de produção e exame da prova.

De outra parte, naquilo que diz mais de perto com o mérito da questão, mesmo que o pai de M. J. L. não vivesse na companhia da filha, por razões evidentes, já que não era casado com a mãe da menor e sequer com ela manteve, algum dia, mancebia, nem por isso fora despojado do pátrio poder, nem jamais esteve impedido, formalmente, de avistar-se com a filha menor. Pelo contrário, a própria agravante, de maneira

absolutamente honesta, afirmou, no texto da minuta do agravo que, apesar de nunca haver residido em companhia da mãe da menor, nem desta, fazia-lhe visitas quando estava já sob os cuidados da agravante.

Evidente que não se poderá aprofundar essa discussão a ponto de esvaziá-la, já que a seara adequada para tal é o próprio procedimento de guarda instaurado, mesmo porque a guarda provisória discutida foi dada ao genitor da menor em momento de mera cognição superficial e, como tal, a análise que aqui é possível não pode ultrapassar os umbrais da superficialidade que caracteriza toda e qualquer decisão liminar. Entretanto, não se pode deixar de dizer que entre os altos interesses da menor está, sem sombra de dúvida, a preservação ou o refazimento de seus laços familiares ou parentais, tudo devendo ser feito para que o descendente menor, mormente no verdor dos anos, resgate o afeto e o carinho do pai biológico. E não é porque a criança nutre amor ou afeição pela agravante, pela boa convivência que têm, que a ela — e somente a ela — reservem-se o amor e os poderes da guarda da infanta.

Na verdade, a decisão criticada (fls. 48/50), ao deferir a guarda da criança ao pai, também contemplou a agravante com o direito provisório de conviver com M. J. L., ao dizer: “Isto posto, defiro a guarda provisória de M (...) J (...) ao seu pai, e concedo à requerente o direito de tê-la em sua companhia, da seguinte forma: Poderá levá-la consigo em finais de semana alternados, inclusive para que pernoite na sua casa; poderá também visitá-la livremente durante a semana, inclusive apanhá-la na escola e levá-la para bre-

ves passeios, nas terças e quintas-feiras; nos finais de semana em que M(...) J(...) não for pernoitar na casa da requerente, ainda assim poderá levá-la consigo durante o dia, ou no Sábado ou no Domingo. Cabe ressaltar que o requerido concordou com a visita nestes termos, comprometendo-se a manter relacionamento amistoso com a requerente” (fl. 49).

Modernamente, o direito de família evoluiu para permitir a chamada guarda compartilhada dos filhos menores, que melhor preserva, não apenas os laços entre os pais separados e sua prole, mas reparte por igual os poderes decorrentes do pátrio poder, pondo fim à interminável discussão de com quem deve ficar tal poder, se com a mãe ou o pai. Ora, no caso, ainda que a decisão provisória não tenha deferido à agravante todos os poderes defluentes do pátrio poder, defere-lhe, contudo, direitos que se aninham no seio de tal poder, conferindo-lhe prerrogativas especiais, para não permitir que perca ela contato com a criança que já lhe tem afeição filial.

Digna de nota é a observação judicial de que o pai da criança mostrou-se merecedor de tê-la sob guarda, pelo menos por ora, quando demonstrou preocupação exclusiva com a conquista do afeto da filha, dispensando o direito de administração dos bens da infante para que sejam administrados por uma tia materna.

Outro argumento da agravante, na pretensão de desconstituir a decisão increpada, cinge-se às possibilidades econômico-financeiras do agravado, alegando que se trata de pessoa de poucos recursos financeiros, que não propiciará à menor o conforto que a

agravante poderá, visto ser ela filha de figura exponencial da política local.

O argumento não se presta ao que pretende a recorrente, pois se reclama ela de haver sido vítima de uma discriminação odiosa, calcada em sua opção sexual, que, em verdade não me parece ter ocorrido, visto que não foi por essa razão que o Juiz deferiu a guarda ao pai biológico, comete, neste passo, também, uma séria discriminação de caráter social, afirmando que, por ser pobre, o pai não pode merecer a guarda da filha menor.

Impende salientar que a pobreza não figura como motivo impeditivo da continuidade do pátrio poder, não podendo ser alegado para subtrair, de quem quer que seja, o direito à guarda da própria prole. Aliás, trata-se de regra inculpada no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 23, *caput*.

A jurisprudência, de seu turno, tem assentado que: “Nos termos do artigo 23 do referido Estatuto, ‘a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder’” (STJ, REsp n. 124.621/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 13/04/99).

E mais:

“Agravado de instrumento. Guarda de menor. Encontrando-se um dos genitores em condições de exercer o encargo da guarda do filho, se não caracterizado o abandono, deve ser deferida a guarda, pois a pobreza não pode constituir motivo para a perda da guarda” (TJRS, AI n. 70000141630, rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, j. 21/10/99).

Concordo, todavia, com a agravante quando afirma que a retirada da menor de sua convivência poderá redundar em prejuízo psicológico para a

criança, afeita já aos seus carinhos maternos. Entretanto, o Dr. Juiz de Direito, em nenhum momento, violou o interesse ou necessidade da criança de seguir convivendo com a agravante. Pelo contrário, dando-lhe ensancha de avisar-se com M. J. L., nos termos da decisão agravada, reconheceu que o momento não recomenda o arrebatamento total da criança dos braços da recorrente.

Cumpram-me lembrar, ademais, que não se está diante de decisão definitiva; mas de mera medida judicial provisória, que a todo tempo poderá ser modificada, ao sabor da prova que se fizer na ação principal e dos interesses preponderantes da infanta. Assim, caso o pai da criança não se haja bem na prestação de assistência material e moral à filha, nada impedirá que o Juiz reverta a guarda da menor para entregá-la à agravante, ou mesmo a outra pessoa idônea. Aliás, isso está claramente expressado na decisão recorrida, em homenagem ao que se tem precipitado dos tribunais pátrios, pois “a decisão sobre a guarda de menor não transita em julgado, podendo ser revista a qualquer tempo, desde que as circunstâncias de fato ou de direito tenham-se modificado e que nova solução passe a atender melhor aos interesses da criança” (Ap. Cív. n. 96.009752-0, de Lages, rel. Des. Francisco Borges, j. 18/6/98).

Do exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

É como voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, conheceram do recurso e negaram-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Schaefer Martins. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros.

Florianópolis, 8 de agosto de 2002.

Mazoni Ferreira,
Presidente, com voto;
Luiz Carlos Freyesleben,
Relator.

AGRAVOS NOS AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO DO ART. 527 EM AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2000.012112-6, DA CAPITAL

Relator: Des. Anselmo Cerello

Agravo do art. 527, II, do CPC — Decisão que determinou conversão de agravo de instrumento em agravo retido — Recurso interposto idôneo — Necessidade de provisão jurisdicional de urgência ou existência de perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação — Fato obstativo da conversão não demonstrado — Recurso desprovido.

Tendo sido conferida ao julgador a possibilidade de conversão de agravo de instrumento em agravo retido, nos termos da Lei n. 10.352/01, é dever do agravante, a teor do art. 333, I, do CPC, fazer prova cabal do fato que agasalha o seu direito, qual seja, a necessidade de provisão jurisdicional de urgência ou a existência de perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, obstando, desta feita, a aludida conversão.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo do art. 527 em

Agravo de Instrumento n. 2000.012112-6, da comarca da Capital

(2ª Vara), em que é agravante Neusa Rosa Medeiros, sendo agravada Vera Lucia Berthier Soares:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, desprover o recurso.

Custas legais.

Trata-se de agravo do art. 527, II, do Código de Processo Civil, interposto por Neusa Rosa Medeiros, irressignada com o despacho de fls. 360/361, que converteu o agravo de instrumento *sub judice* em agravo retido, conforme a alteração trazida pela Lei n. 10.352, de 27 de dezembro de 2001.

Alegou que a conversão não é cabível, uma vez que a urgência da prestação jurisdicional justifica-se pela necessidade de colocar sob constrição bens da agravada para que se garanta “a devida devolução dos valores expropriados dolosamente da agravante” (fl. 366), estando presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Por derradeiro, asseverou que a conversão não é possível, uma vez que o caso em tela não se enquadra com § 4º do art. 523 do Digesto Processual Civil.

Requeru a reforma da decisão ora atacada para que o agravo de instrumento seja julgado pela Câmara competente.

É o relatório.

Introitamente, oportuno salientar-se que o recurso ora interposto é o instrumento idôneo para a reapreciação do despacho que converteu o agravo de instrumento em agravo retido, conforme as alterações trazidas pela Lei n.

10.352, de 27 de dezembro de 2001, senão vejamos:

Art. 527, II — “Recebido o agravo de instrumento no Tribunal, e distribuído *incontinenti*, o relator poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, remetendo os respectivos autos ao juízo da causa, onde serão apensados aos principais, onde serão apensados aos principais, cabendo agravo dessa decisão ao órgão colegiado competente” (grifei).

Isso posto, sendo o recurso em apreço perfeitamente cabível, necessitaria a sua análise meritória, que faço a seguir.

A Constituição da República de 1988 prevê como garantias aos jurisdicionados a preservação do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido, como institutos basilares do sistema legislativo brasileiro (art. 5º, XXXVI, da CF/88).

O legislador ordinário, em recente modificação do Diploma Processual Civil, objetivando uma maior celeridade na tramitação dos processos, editou a Lei n. 10.352/01, em que, para desobstaculizar o processamento dos recursos nas instâncias revisoras, reformou, mais uma vez, o recurso de agravo.

Nessa nova reforma, respeitando os princípios constitucionais, foi inserido dispositivo que confere ao relator a faculdade de converter o agravo de instrumento em agravo retido (art. 527, II, do CPC), deixando, assim, a apreciação da matéria em preliminar de recurso de apelo, isto é, julgando de uma só vez toda a lide.

A inovação, conforme já afirmado, visa à celeridade na tramitação dos recursos, em que os recorrentes de decisão interlocutória não foram afetados no seu direito, posto que não houve alteração legislativa quanto à propositura e à tramitação; sendo que restaram resguardadas, agora, para apreciação do instrumento dos tribunais somente os casos de urgência e de perigo de lesão grave, *in verbis*:

Art. 523, § 4º — “Será retido o agravo das decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento e das posteriores à sentença, salvo nos casos de dano de difícil e de incerta reparação, nos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida” (NR).

Art. 527, II — “Recebido o agravo de instrumento no Tribunal, e distribuído *incontinenti*, o relator poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, remetendo os respectivos autos ao juízo da causa, onde serão apensados aos principais, cabendo agravo dessa decisão ao órgão colegiado competente” (grifei).

Portanto, o agravante, julgando indevida a conversão do agravo de instrumento em agravo retido, alegou que o § 4º do art. 523 do Código de Processo Civil não se amolda à hipótese em tela.

Ocorre que, não obstante a sua assertiva, o inciso II do art. 527 do Código de Processo Civil confere ao julgador a faculdade de conversão do agravo de instrumento em agravo retido, “salvo quando se tratar de provi-

são jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação”.

Dessa forma, tendo sido conferida ao julgador a possibilidade de conversão, nos termos da Lei n. 10.352/01, é dever do agravante, a teor do art. 333, I, do CPC, fazer prova cabal do fato que agasalha o seu direito, qual seja, a necessidade de provisão jurisdicional de urgência ou a existência de perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, obstando, dessa feita, a aludida conversão.

Entretanto, compulsando os autos, verifica-se que, *in casu*, a parte agravante não logrou demonstrar qualquer das hipóteses aptas a impedir a conversão em análise, cingindo sua irrisignação em fatos que não possuem o condão de demonstrar a urgência ou perigo de dano (art. 523, § 4º, c/c art. 527, II, do CPC), motivo pelo qual os autos podem ser encaminhados para o Juízo *a quo* e apensados ao processo principal.

Ademais, tendo em vista que a decisão preliminar prolatada nos presentes autos decidiu que não há *fumus boni iuris* e *periculum in mora* autorizadores da suspensividade da decisão agravada, caberia à parte demonstrar a ocorrência destes requisitos, seja por meio: dos embargos de declaração, conforme deduziu em juízo, contudo não demonstrou os requisitos do art. 535 do CPC; do agravo regimental, embora não seja pacífico o entendimento neste Tribunal do cabimento desse recurso ao presente caso; do mandado de segurança, posto que possuindo a agravante direito líquido e certo não protegido por outro recurso, caberia o *mandamus* contra a

decisão judicial que permaneceu inerte ou se silenciou quanto à apreciação de tal questão.

Portanto, tendo em vista que a presente alteração legislativa não afeta as garantias constitucionais do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido, dando uma nova roupagem à tramitação dos recursos de agravo, não implicando em prejuízo às partes, e o fato de o presente caso não contemplar quaisquer das ressalvas supracitadas, mantenho a remessa dos presentes autos de agravo de instrumento para que sejam apensados aos autos principais, devendo ser processados como agravo retido com todas as suas determinações e peculiaridades, permanecendo válidos e eficazes os

atos tomados no presente recurso, isto tudo em conformidade com o art. 523, § 4º, c/c o art. 527, II, ambos do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei n. 10.352, de 27/12/01.

Diante desse contexto, desprovejo o agravo do art. 527, mantidas as cominações legais.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Mazoni Ferreira e Monteiro Rocha.

Florianópolis, 27 de junho de 2002.

Anselmo Cerello,
Presidente e Relator.

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.009871-5, DE SÃO JOSÉ DO CEDRO

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Recurso cível — Agravo de instrumento — Seguimento negado, por ser manifestamente improcedente — Interposição de agravo inominado (CPC, art. 557, § 1º) — Pretendida alteração da decisão por ter o Relator acolhido a fundamentação articulada — Exceção de pré-executividade — Execução proposta nos moldes dos arts. 629 a 631 do CPC (entrega de coisa incerta), quando, na verdade, o rito seria o dos arts. 646 e seguintes do CPC — Irregularidade que não contamina de nulidade o processo de execução — Citação anulada — Emenda à inicial possível — Art. 616 do CPC — Ausência de alteração do pedido — Homenagem aos princípios da economia processual e instrumentalidade das formas — Recurso não provido.

A evolução recente do processo civil brasileiro possibilita ao relator o julgamento monocrático nas hipóteses previstas nos arts. 557, caput, do CPC; em tais casos, “não estará decidindo por delegação do colegiado a que pertence, mas sim exerce poder jurisdicional que lhe foi outorgado pela lei” (Athos Gusmão Carneiro).

Não há falar em alteração do pedido quando, após anulada citação em ação de execução por equívoco no rito, o magistrado determinar emenda da inicial apenas para adequar seu procedimento ao objeto mediato perseguido na execução.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo no Agravo de Instrumento n. 2002.009871-5, da comarca de São José do Cedro, em que são agravantes Asdrúbal Lawless, Norberto Lawless e Sida Lawless, sendo agravada Cooperativa Regional Alfa Ltda.:

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

Custas na forma da lei.

1. Asdrúbal Lawless, Norberto Lawless e Sida Lawless interpueram agravo inominado, na forma prevista no art. 557, § 1º, do CPC, contra decisão monocrática do Relator que negou seguimento a agravo de instrumento por ser manifestamente improcedente, pugnando pelo prosseguimento do presente recurso, a fim de que seja apreciado pela colenda Câmara a que for distribuído.

Sustentam que a decisão agravada acolheu a fundamentação articulada no agravo de instrumento, mas terminou por negar-lhe seguimento, o que não poderia ter ocorrido, já que à decisão monocrática apenas se permite a análise dos requisitos de admissibilidade do recurso, cabendo ao órgão colegiado decidir sobre o seu mérito; que não é possível a providência do art. 616 do CPC, porquanto já houve citação, e qualquer alteração daí para frente configuraria modificação do pedido, o que é expressamen-

te proibido pela regra do art. 264 (aplicada subsidiariamente ao processo de execução).

É o relatório.

2. Razão não assiste aos agravantes.

Inicialmente, registre-se que estão equivocados os agravantes em relação à extensão da competência do Relator, pois o art. 527, I, do CPC, já vigente ao tempo da decisão agravada por força da Lei n. 10.352/01, prevê que o relator, ao receber o agravo de instrumento, “negar-lhe-á seguimento, nos casos do art. 557”, enquanto este é claro: “o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.

A propósito, vale lembrar, consoante assevera Adroaldo Furtado Fabrício, que “a evolução recente da legislação processual civil brasileira caminha decididamente para uma progressiva relatividade do princípio da colegialidade no julgamento dos recursos” (Ajuris, vol. 76/20).

Athos Gusmão Carneiro também observa que o relator, nos casos de julgamento monocrático, “não estará decidindo por delegação do colegiado a que pertence, mas sim exerce poder jurisdicional que lhe foi outorgado por lei” (Ajuris, vol. 79/24), opinião seguida por Maria Berenice Dias, se-

gundo a qual “não se justifica a resistência ainda existente nos tribunais frente a um procedimento legítimo, conveniente e necessário, além de determinado por lei” (Ajuris, vol. 83/284).

No mais, não obstante tenha o Relator acolhido a fundamentação articulada nas razões do agravo de instrumento original, já que, com efeito, não há falar em execução para entrega de coisa incerta (o objeto está mais do que determinado: “41.638,68 de milho em grão, amarela, tipo 2, limpo e seco”) e tampouco na execução prevista nos arts. 621 a 628 (entrega de coisa certa), mas de execução para pagamento de quantia certa (arts. 646 e seguintes do CPC) porque, pelo que se vislumbra do contrato entabulado entre as partes, “no caso de exigência judicial da obrigação, a mesma se fará em moeda corrente nacional” (Cláusula 4ª, parágrafo único), razão não lhes socorre quando, por meio desta argumentação, pretendem seja a execução anulada, porque proposta nos moldes de procedimento não compatível com o título de que dispõe a agravada.

De fato, o art. 264 do CPC prescreve que, “feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei”, seguindo-se, a partir disso, a regra de que da citação decorre a estabilização do processo, de modo que qualquer alteração posterior requeira a concordância do réu; assim, aplicando-se subsidiariamente tal regra ao processo de execução, e à hipótese, ter-se-ia a proibição de qualquer modificação do rito após a efetiva citação dos executados.

No entanto, mesmo que não se tenha determinado, logo quando do recebimento da execução, que se emendasse a inicial para ajustá-la ao procedimento da execução para pagamento de quantia certa, o certo é que tal providência ainda pode ser adotada, em primeiro lugar, porque a simples adequação do rito aos moldes da execução para pagamento de quantia certa não implica jamais em alteração do pedido (condenação ao pagamento, seja em dinheiro, seja em espécie); em segundo, porque já naquela primeira decisão agravada o ilustre Magistrado havia anulado a citação (e penhora), determinando que outra fosse realizada, eis que teria entendido tratar-se de execução para entrega de coisa incerta, com a citação, no entanto, tendo sido realizada como se de pagamento de quantia certa fosse. Logo, se a citação foi anulada, não há óbice a qualquer alteração.

Assim, se por um lado a emenda da inicial não foi levada a efeito logo no ato de recebimento desta, por outro a determinação posterior não trouxe qualquer prejuízo aos agravantes, que terão nova oportunidade, após a devida citação, se for o caso, de embargar a execução e contra ela opor toda e qualquer defesa que entendam cabível.

Como já dito, não obstante o exequente tenha-se equivocado na escolha do procedimento a ser adotado (e assim seguido pela autoridade judiciária), já que a citação será renovada, deve-lhe ser oportunizado ajuste à forma de execução que o título lhe confere. É que a atual sistemática adotada pelo Código de Processo Civil sugere que o rigor formal da lei de-

va ser sempre abrandado, quando evidenciado que o ato acoimado de ilegal não trouxe prejuízo à parte, de modo a promover a efetividade dos princípios da instrumentalidade, da economia e da celeridade processuais.

Ora, não há nulidade alguma nesta determinação; declarada a nulidade da citação anterior, o processo voltou à estaca zero, vale dizer, criaram-se condições à possibilidade de emenda à petição inicial, sem violação ao disposto no art. 264 do CPC c/c o art. 616 do mesmo Código. Pensar diferente seria afrontar o disposto no art. 244 do CPC e os princípios da economia processual e instrumentalidade do processo, pois até mesmo os executados falaram que o procedimento correto só poderia ser o da execução por quantia certa contra devedor solvente.

Neste Tribunal, *mutatis mutandis*, vem-se entendendo que se “o defeito for argüido apenas em sede de embargos, tendo em mira os princípios da efetividade e da economia processual, é possível determinar-se o prosseguimento da execução pelo valor nominal da dívida, acrescida de juros constitucionais e correção monetária, contados da propositura da ação, ressalvado o direito do credor de exigir os encargos pactuados por ação própria” (Ap. Cív. n. 97.009102-8, de Chapecó, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Esse, inclusive, é o entendimento adotado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual “o atual CPC prestigia o sistema que se orienta no sentido de aproveitar ao máximo os atos processuais, regularizando sempre que possível as nulida-

des sanáveis” (REsp n. 1.561, Quarta Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 11/12/89).

No mesmo sentido:

“Processo civil. Redator para o acórdão (CPC, art. 556). Ausência de prejuízo. Nulidade não reconhecida. Caráter instrumental do processo. Hermenêutica. Recurso não conhecido. I — Caracterizando-se o processo civil contemporâneo pela sua instrumentalidade, não se deve declarar nulidade do ato quando alcançado o seu objetivo sem prejuízo para as partes. II — Segundo proclamou o recente ‘IX Congresso Mundial de Direito Processual’, e em dispositivo do nosso Código de Processo Civil que se encontra a mais bela regra do atual direito processual, a saber, a insculpida no art. 244, onde se proclama que, ‘quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade’” (REsp n. 7184/SP, Quarta Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 8/10/91).

Por fim, tendo em vista todas essas considerações e em homenagem aos princípios da economia processual e instrumentalidade das formas, insta permitir-se à parte que regularize a situação processual, já que a causa de pedir não sofrerá alteração, pois apenas especificará, no seu valor monetário, a prestação que do título emana.

3. Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jaime Ramos e Jorge Schaefer Martins.

Florianópolis, 27 de junho de 2002.

Silveira Lenzi,
Presidente;
Nilton Macedo Machado,
Relator.

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.018218-0, DE ORLEANS

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Execução fiscal — Penhora — Nomeação de bem de difícil ou incerta alienação — Recusa pelo credor — Penhora sobre percentual do faturamento da empresa — Possibilidade — Recurso não provido.

Desobedecida pela devedora a ordem legal estabelecida no art. 11 da Lei n. 6.830/80 para nomeação de bem à penhora, e não havendo outros bens capazes de garantir a satisfação do crédito reclamado, pode a penhora recair sobre percentual do faturamento bruto da empresa, considerando-se suas peculiaridades, cuidando-se para que não comprometa a solvabilidade da executada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo no Agravo de Instrumento n. 2002.018218-0, da comarca de Orleans, em que é agravante Lojas Zomer de Móveis Ltda. e agravado Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas legais.

Na comarca de Orleans, o Estado de Santa Catarina propôs execução fiscal contra Lojas Zomer de Móveis Ltda., em face da inscrição em Certidões de Dívida Ativa (CDA's) de débitos tributários decorrentes da inexistência de recolhimento, ou do recolhimento a menos, do Imposto sobre

Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), na forma da Lei n. 6.830/80.

Citada, a executada ofereceu à penhora um bem imóvel, matrícula 3.817, avaliado em R\$ 1.900.000,00, e, após cumpridas algumas formalidades solicitadas pela Fazenda Pública, houve impugnação à nomeação porque: ela não obedece a ordem legal estabelecida no art. 11 da LEF; o bem imóvel foi objeto de penhora em inúmeras outras execuções fiscais que tramitam em diversas comarcas do Estado, além de, localizado no município de Orleans, ser de difícil comercialização. Requereu que à penhora recaísse no percentual de 2% sobre o faturamento mensal bruto da empresa.

O Magistrado singular, acolhendo o pedido, nomeou depositário o Sr. Antônio Zomer (sócio e administrador

da devedora) e determinou sua intimação para juntar aos autos, até o dia 15 de cada mês, cópia do balancete mensal consolidado e comprovante de depósito, referente aos processos ns. 044.01.001621-3, 044.01.001731-7, 044.01.001623-0, 044.01.001730-9, 044.01.001624-8, 044.01.001620-5, 044.01.001614-0, 044.02.000203-7, 044.02.000201-0, 044.01.001615-9, 044.01.001618-3, 044.01.001617-5, 044.02.000199-5, 044.02.000200-2, 044.02.000197-9, 044.02.000202-9, 044.02.000421-8, 044.01.001165-3, 044.01.001161-0, 044.01.001167-0, 044.01.001606-0, 044.01.001202-1, 044.01.001162-9, 044.01.001170-0, 044.01.001301-0, 044.01.001168-8, 044.01.001169-6, 044.01.001166-1 e 044.01.001130-0, por se encontrarem na mesma fase processual, determinando fossem pensados.

Irresignada, contra tal decisão, Lojas Zomer de Móveis Ltda. interpôs recurso de agravo de instrumento, ao qual foi negado seguimento, com fulcro no art. 557, *caput*, do CPC, tendo em vista que a jurisprudência majoritária neste egrégio Tribunal e no colendo Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, mesmo não sendo rígida a ordem legal de preferência na penhora de bens, há que ser observada, sempre que possível, penhorando-se dinheiro em primeiro lugar, como procedido, além de não se ter demonstrado, no agravo, que o imóvel oferecido seria suficiente à integral garantia da execução, pois há, inclusive, notícia de ser o mesmo objeto de constrição judicial em inúmeros outros processos executivos, e tampouco que seja de ampla aceitação no mercado.

Não conformada, Lojas Zomer de Móveis Ltda. interpôs o agravo ino-

minado previsto no art. 557, § 1º, do CPC, contra referida decisão monocrática do Relator, alegando que nenhuma das razões apresentadas no agravo de instrumento foi apreciada pela decisão, restringindo os princípios da ampla defesa e do devido processo legal e viciando de nulidade o ato judicial hostilizado; ausência de nomeação de administrador e de intimação para apresentação da forma de administração e plano de pagamentos, na forma preceituada pelo art. 678 do CPC, consoante entendimento pacífico nos julgamentos dos Tribunais Superiores; a existência de bens suficientes da executada para garantir a dívida exigida; e a impropriedade da penhora de faturamento no caso concreto, em face dos prejuízos que suportará na qualidade de executada.

Argumenta que ofereceu à penhora bem imóvel de valor monetário superior aos créditos tributários reclamados; contudo, a penhora, determinada sobre seu faturamento bruto mensal, no percentual de 2% (dois por cento), a ser depositado até o dia 15 de cada mês em conta vinculada ao Juízo, inviabilizará a continuidade das suas atividades mercantis.

Por fim, sustenta que a jurisprudência mansa e pacífica do Superior Tribunal de Justiça orienta-se pela ilegalidade de penhora de faturamento quando inobservado o disposto no art. 678 do CPC; e que, em outros recursos, interpostos nos executivos fiscais apensados, com o mesmo objeto, a decisão prolatada foi diversa, porquanto nenhum teve seu seguimento obstado por decisão.

É o relatório.

1. O recurso é conhecido e não provido.

Para o bom entendimento da controvérsia, vale transcrever da decisão agravada de primeiro grau:

“O caso *sub judice* é, evidentemente, excepcional.

“Requeru o exequente a penhora sobre o faturamento da executada, o que configura penhora do próprio estabelecimento comercial (art. 11, § 1º, da Lei n. 6.830/80).

“Entretanto, o bem nomeado pela executada, cujo valor, pela maior avaliação, é de R\$ 1.200.000,00, já foi penhorado em 25 processos de execução e indicado à penhora em outros 33 feitos, conforme certidão de fls. 58/63, e, assim, não garantirá o crédito destes, que montam o valor de R\$ 3.408.983,79.

“Ademais, a empresa efetivamente é detentora de um débito expressivo e inexistem bens bastantes para a garantia do Juízo. Conforme planilha elaborada pela contadoria deste Juízo, o valor total dos executivos fiscais em andamento é de R\$ 7.080.642,98, ao passo que o valor total dos bens penhorados e indicados à penhora, pela maior avaliação, é de R\$ 1.385.500,00.

“A impossibilidade da penhora do faturamento, como bem observou o Ministro Cesar Asfor Rocha, em acórdão de sua lavra, levaria ‘a uma hipótese absurda de uma empresa com elevado faturamento e mesmo lucro, que não tivesse outros bens, não poderia sofrer penhora. E hoje tem sido cada vez mais comum a existência de empresas sem patrimônio imobiliário próprio, o que dificultaria ainda mais a realização de penhora’ (Recurso

Especial n. 251.151, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 22/10/01).

“Assim, tendo em vista o caráter absolutamente excepcional a que o caso se submete, deve efetuar-se a penhora de 2% sobre o faturamento da empresa executada.

“Da jurisprudência do eg. Superior Tribunal de Justiça, extrai-se:

‘Processual civil. Recurso especial. Divergência não configurada. Reexame de prova. Não conhecimento. Penhora. Percentual sobre renda líquida de empresa. Possibilidade.

(...)

‘Renda de empresa é dinheiro, para fins do disposto no art. 655, I, do Código de Processo Civil, por isso mesmo que, em caráter excepcional, desde que observado o disposto no art. 620 do Código de Processo Civil, pode ser penhorada’ (Recurso Especial n. 251.151, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 22/10/01, *sic*).

“E, ainda:

(...)

‘2. A penhora sobre percentual do faturamento bruto mensal da empresa executada configura constrição do próprio estabelecimento industrial, hipótese só admitida excepcionalmente (§ 1º, art. 11, da Lei n. 6.830/1980), ou seja, após ter sido infrutífera a tentativa de penhora sobre os outros bens arrolados nos incisos do art. 11 da Lei de Execução Fiscal’ (REsp n.108.245/Adhemar)’ (Recurso Especial n. 205342/SP, rel. Humberto Gomes de Barros, DJ de 20/3/2000).

“Nesse sentido, também tem entendido o nosso eg. Tribunal de Justiça, conforme o seguinte julgado:

‘Agravado de instrumento — Execução fiscal — Penhora incidente sobre o faturamento da pessoa jurídica — Possibilidade — Inexistência de bens penhoráveis — Desprovemento do recurso.

(...)

‘2. Em se tratando de execução fiscal contra empresa, é possível que a penhora recaia sobre o percentual de 10% do faturamento da pessoa jurídica, desde que esta não possua bens a serem penhorados’ (Agravado de Instrumento n. 1998.014448-5, de Curitiba, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 17/5/01).

“Ante o exposto, efetue-se a penhora do faturamento bruto mensal da empresa executada, no percentual de 2%, a ser depositado até o dia 15 de cada mês em conta vinculada ao Juízo, nomeando-se como depositário o Sr. Antônio Zomer — CPF n. 29.345.079-04, sob as penas da lei.

“O depositário deverá ser intimado para que junte aos autos, até o dia 15 de cada mês, cópia do balancete mensal consolidado e comprovante de depósito de 2% sobre o valor do faturamento bruto, conforme definido na LC n. 70/91, art. 2º, e parágrafo único.

“Considerando-se o idêntico pedido nos autos ns. 044.01.001621-3, 044.01.001731-7, 044.01.001623-0, 044.01.001730-9, 044.01.001624-8, 044.01.001620-5, 044.01.001614-0, 044.02.000203-7, 044.02.000201-0, 044.01.001615-9, 044.01.001618-3, 044.01.001617-5, 044.02.000199-5, 044.02.000200-2, 044.02.000197-9, 044.02.000202-9, 044.02.000421-8, 044.01.001165-3, 044.01.001161-0, 044.01.001167-0, 044.01.001606-0, 044.01.001202-1, 044.01.001162-9,

044.01.001170-0, 044.01.001301-0, 044.01.001168-8, 044.01.001169-6, 044.01.001166-1 e 044.01.001130-0, bem como por se encontrarem na mesma fase processual, apense-se a estes autos, tendo em vista que esta decisão também os afetará.

“Forme-se autos suplementares para a juntada dos balancetes mensais de faturamento e dos comprovantes de recolhimento mensal do percentual de 2% até o esgotamento do crédito exequendo dos referidos autos acima” (fls. 83/85 — TJSC).

O agravo de instrumento, manejado pela devedora para reforma do ato jurisdicional do primeiro grau, fundamentou-se em três argumentos: “a) a falta de nomeação de administrador e ausência de intimação para a apresentação da forma de administração e plano de pagamentos, na forma do art. 678 do CPC; b) a existência de bens suficientes da executada para garantir a dívida exigida; c) a impropriedade da penhora de faturamento no caso concreto, face aos prejuízos a acarretará à executada” (fl. 98/TJSC).

A decisão do Relator negando seguimento ao agravo de instrumento está assim fundamentada:

“O recurso reúne condições formais de admissibilidade; porém, não merece seguimento, por ser manifestamente improcedente.

“É que, mesmo não sendo rígida a ordem legal de preferência na penhora de bens, há que se observá-la sempre que possível, penhorando-se dinheiro em primeiro lugar (art. 655, I, CPC), como foi procedido, além de não se ter demonstrado no presente agravo que o valor do bem oferecido à penhora é suficiente para

garantir integralmente a execução, havendo inclusive notícia de o mesmo ser objeto de constrição judicial face a inúmeros processos de execução, nem mesmo que seja de ampla aceitação pelo mercado.

“A penhora realizada não impossibilita a continuação das atividades empresariais, posto que recaiu sobre apenas 2% do faturamento bruto da empresa, e não se demonstrou possa derivar dano irreparável com tal penhora, sem se olvidar que o credor merece ver seu crédito satisfeito.

“Não fosse isto, neste Tribunal já se decidiu:

‘Conquanto os créditos da empresa devedora, por serviços prestados a terceiro, integrem o seu faturamento, são eles passíveis de penhora, encontrando total respaldo no ordenamento jurídico pátrio. O que os Tribunais pátrios têm vedado é a penhora sobre a totalidade do faturamento mensal da empresa devedora, inviabilizando, com isso, as suas atividades mercantis’ (Agravado de Instrumento n. 2000.024316-7, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos).

“Ademais, em que pese a excepcionalidade da constrição sobre faturamento, há que se pensar na efetividade da prestação jurisdicional, que, na execução, é destinada primordialmente à satisfação do crédito, colhendo-se manifestação do STJ:

‘Processual civil. Execução. Nomeação de bens à penhora. Impugnação pelo credor. Penhora da renda diária da empresa. Excepcionalidade. Requisitos e cautelas necessárias. Caso concreto. Possibilidade. Recurso desacolhido.

‘I — A jurisprudência do Tribunal orienta-se no sentido de restringir a penhora sobre o faturamento da empresa a hipóteses excepcionais.

‘II — Todavia, se por outro modo não puder ser satisfeito o interesse do credor ou quando os bens oferecidos à penhora são insuficientes ou ineficazes à garantia do juízo, e também com o objetivo de dar eficácia à prestação jurisdicional, tem-se admitido essa modalidade de penhora.

‘III — Mostra-se, necessário, no entanto, que a penhora não comprometa a solvabilidade da devedora. Além disso, impõem-se a nomeação de administrador e a apresentação de plano de pagamento, nos termos do art. 678, parágrafo único, CPC’ (REsp n. 286326/RJ, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 15/2/2001)” (fls. 92/93 —TJSC).

2. Constata-se, assim, à evidência que a decisão monocrática do Relator decidiu as questões propostas, e, se não desfilou longa exposição em relação a um dos argumentos, é porque os demais foram suficientes para negar provimento ao recurso.

De qualquer forma, a jurisprudência pacífica do colendo Superior Tribunal de Justiça tem admitido a penhora sobre percentual do faturamento de empresa, com o objetivo de dar eficácia à prestação jurisdicional em ação de execução, mormente quando frustrada pelo oferecimento de bens insuficientes à garantia do Juízo ou de bens de difícil ou incerta alienação, como no caso.

Não há fundamento para a pretendida inviabilidade de penhora sobre o faturamento da empresa, porque o art. 11 da Lei n. 6.830, de 22/9/1980, re-

za claramente que “A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem: I — dinheiro; (...)”, encontrando-se o bem imóvel em 4º lugar (inciso IV).

Sobre a penhora de crédito equivalente a dinheiro em execução fiscal, Humberto Theodoro Júnior leciona:

“Sendo certo que a penhora deve obedecer à preferência estabelecida pelo art. 11 da Lei n. 6.830/80, e havendo crédito do executado a ser pago por órgão público, nada impede que a Fazenda exequente efetue a penhora sobre aludida verba. Isso porque, em se tratando de quantia líquida, equivale a dinheiro, bem que ocupa o primeiro lugar na escala legal de preferência para o gravame judicial (art. 11, I) (STJ, 1ª T., AgRg na MC n. 1.110/MG, rel. Min. José Delgado, ac. de 19/5/1998, DJU, 3/8/98, pág. 82)” (*in* Lei de Execução Fiscal: comentários e jurisprudência, 7ª ed., SP : Saraiva, 2000, pág. 75).

Américo Luís Martins da Silva não destoa:

“Tanto quanto o depósito em dinheiro, a fiança bancária e a indicação à penhora de bens oferecidos por terceiros, a nomeação de bens à penhora por iniciativa do próprio executado é uma das modalidades de garantia voluntária da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na certidão da dívida ativa.

“Portanto, a Lei de Execução Fiscal permite que o executado venha, ele mesmo, nomear bens à penhora, desde que obedeça à ordem prescrita no seu art. 11, o qual dispõe que ‘a penhora ou arresto de bens

obedecerá à seguinte ordem: I — dinheiro; II — título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenha cotação em Bolsa; III — pedras e metais preciosos; IV — imóveis; V — navios e aeronaves; VI — veículos; VII — móveis ou semoventes; e VIII — direitos e ações’.

(...)

“Ainda em relação à nomeação de bens realizada pelo próprio devedor, também aplica-se subsidiariamente à execução fiscal o disposto no art. 656 do CPC. Assim é que será tida por ineficaz esta modalidade de nomeação, salvo convindo o credor: I — se não obedecer à ordem legal; II — se não versar sobre os bens designados em lei, contrato ou ato judicial para o pagamento; III — se, havendo bens no foro da execução, outros hajam sido nomeados; IV — se o devedor, tendo bens livres e desembargados, nomear outros que o não sejam; V — se os bens nomeados forem insuficientes para garantir a execução; VI — se o devedor não indicar o valor dos bens ou omitir qualquer das indicações a que se referem os incisos I a IV do § 1º do art. 655 do CPC” (*in* A execução da dívida ativa da Fazenda Pública, SP, RT, 2001, págs. 403/404).

Nesse sentido, desobedecida a ordem legal de nomeação, colhe-se da jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça entendimento permissivo para a penhora recair sobre percentual do faturamento bruto:

“Execução fiscal e processo civil. Penhora. Faturamento parcial da renda da empresa. Nomeação de administrador. CPC, artigos 462, 535, II,

655, I, 719 e 728. Lei n. 6.830/80, artigos 11 e 15, II.

“1. A desobediência à ordem legal estabelecida para a penhora e circunstâncias específicas tornam possível a penhora sobre o faturamento percentual da renda diária da empresa, devendo ser nomeado administrador, com a apresentação de esquema de pagamento, de modo a assegurar a continuidade das atividades sociais da empresa.

“2. Precedentes.

“3. Recurso parcialmente sem provimento” (REsp n. 142588/RS, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. em 1º/3/2001).

Ou:

“Processual civil. Recurso especial. Divergência não configurada. Reexame de prova. Não conhecimento. Penhora. Percentual sobre renda líquida de empresa. Possibilidade.

“É imprescindível para a caracterização do dissídio jurisprudencial, por lógico, que os acórdãos ostentadores de díspares conclusões hajam sido proferidos em idênticas hipóteses, o que não ocorre no recurso em exame.

‘A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial’ (Súmula 7/STJ).

“Renda de empresa é dinheiro, para fins do disposto no art. 655, I, do Código de Processo Civil, por isso mesmo que, em caráter excepcional, desde que observado o disposto no art. 620 do Código de Processo Civil, pode ser penhorada.

“Ainda que sendo aceita excepcionalmente a realização da penhora em renda de empresa, nem por isso essa renda pode ser integral e indiscrimi-

nadamente penhorada, devendo ser aplicada pelo juiz com temperamento, pois que as obrigações trabalhistas, fiscais e previdenciárias têm preferência, por fortes motivações sociais, sobre o pagamento das demais obrigações.

“Uma vez dirigindo-se a penhora sobre o faturamento de empresa, recomenda-se que recaia sobre um percentual do faturamento bruto, considerando-se as peculiaridades de cada caso.

“Na hipótese, contudo, a penhora já havia sido procedida sobre trinta por cento da renda líquida, que deve ser mantida, pelas peculiaridades da espécie.

“Recurso não conhecido” (REsp n. 251151/RJ, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 15/6/2000, Quarta Turma — original sem grifo).

E mais, ressaltando-se cuidado para preservar a solvabilidade da devedora:

“Processual civil. Execução. Nomeação de bens à penhora. Impugnação pelo credor. Penhora da renda diária da empresa. Excepcionalidade. Requisitos e cautelas necessárias. Caso concreto. Possibilidade. Recurso desacolhido.

“I — A jurisprudência do Tribunal orienta-se no sentido de restringir a penhora sobre o faturamento da empresa a hipóteses excepcionais.

“II — Todavia, se por outro modo não puder ser satisfeito o interesse do credor ou quando os bens oferecidos à penhora são insuficientes ou ineficazes à garantia do juízo, e também com o objetivo de dar eficácia à prestação jurisdicional, tem-se admitido essa modalidade de penhora.

“III — Mostra-se, necessário, no entanto, que a penhora não comprometa a solvabilidade da devedora. Além disso, impõem-se a nomeação de administrador e a apresentação de plano de pagamento, nos termos do art. 678, parágrafo único, CPC” (REsp n. 286326/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 15/2/2001, Quarta Turma).

Ainda:

“Processual civil. Penhora sobre o faturamento da empresa. Admissibilidade.

“— É admitida a penhora sobre o faturamento da empresa. Entretanto, por ter caráter de excepcionalidade, deve-se ater a procedimentos específicos regulados no Código de Processo Civil, particularmente os descritos nos arts. 677 e 678.

“— Deve o Juiz da execução nomear um depositário que atuará como administrador, determinando que o mesmo lhe apresente a forma de administração em relação à arrecadação, à guarda e à manipulação dos valores retidos por força da constrição, além de um esquema de pagamento para a dissolução da dívida.

“— Agravo regimental prejudicado.

“— Medida Cautelar parcialmente procedente” (MC n. 2527/PR; rel. Min. Francisco Falcão, j. em 13/3/2001 — Primeira Turma).

Assim, tendo a ordem para penhora recaído sobre parte reduzida do faturamento bruto mensal da agravante (2%), não há falar em impossibilidade de proceder-se a tal modalidade de constrição ou mesmo em inviabilidade de manutenção de atividades mercantis da agravante, até porque não perderá

seu comando negocial, devendo o depositário nomeado simplesmente cumprir a função que lhe foi ordenada (= ao final de cada mês somar o que foi faturado e calcular 2% para depósito na forma determinada na decisão), ainda mais por ser ele sócio e um dos administradores da empresa executada; solução diversa implicaria na nomeação de terceiro à gerência da devedora, o que ela, com certeza, não deseja, não obstante reclame, pois não há prejuízo.

Não fosse isso, a alegada ausência de nomeação expressa de administrador, como mero ato formal, não tem o condão de viciar o ato judicial hostilizado, porquanto, conforme consignou o eminente Des. Silveira Lenzi nas decisões prolatadas em outros recursos sobre a mesma matéria, “...o sujeito processual responsável pelo gerenciamento da constrição do faturamento empresarial é o depositário, por expressa dicção legal (art. 677, parágrafo único, do CPC)” (AI ns. 2002.018227-9, 2002.018238-4, 2002.018229-5, 2002.018213-9, 2002.018224-4, 2002.018221-0, 2002.018239-2, de Orleans).

Incumbe, portanto, ao próprio depositário, Sr. Antônio Zomer (a quem também interessa zelar pelo pleno cumprimento da medida judicial), a apresentação da forma de administração, para apurar e recolher o produto para efetivação da penhora, nos termos do art. 677 do CPC, sendo-lhe, inclusive, expressamente determinada a exibição de cópia do balancete mensal consolidado e comprovante de depósito de 2% (dois por cento) do faturamento bruto, de modo que nada invalida a decisão singular, mantida nesta instância.

3. De outro lado, não houve ofensa ao princípio constitucional do

devido processo legal, equivalente ao inglês *due process of law*, “cuja tradução correta e correspondente em nossa língua deverá ser adequado processo jurídico. *Due*, em inglês, é devido, próprio, adequado” (José Cretella Jr., Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Forense, vol. I, n. 366, pág. 530), porque, ao contrário, foi garantido diante da observância do procedimento próprio previsto na legislação específica, resultando que foi oportunizado à devedora oferecer, em primeiro lugar, bens suficientes e eficazes à garantia da prestação jurisdicional, o que foi impugnado pela Fazenda credora, na forma da Lei n. 6.830/80, daí surgindo a decisão de primeiro grau, lastreada no texto permissivo e confirmada agora com o balanço patrimonial de fls. 87/89, que bem confirma a inexistência de outros bens passíveis de penhora para o total das execuções fiscais promovidas pelo Estado.

4. Resumindo: a agravante não logrou demonstrar: a impropriedade da

penhora determinada, pois devidamente respeitado o procedimento legal; a existência de outros bens suficientes à garantia do Juízo, tendo em vista que nomeara um de difícil ou incerta alienação, regularmente impugnado pela credora; e a nulidade do ato judicial por ausência de nomeação de administrador, cuja incumbência recai, por disposição legal (art. 677 do CPC), sobre o depositário, que é seu sócio e administrador.

5. Diante do exposto, conheceu-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Victor Ferreira e Dionísio Jenczak.

Florianópolis, 26 de setembro de 2002.

Silveira Lenzi,

Presidente;

Nilton Macedo Machado,

Relator.

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.008952-0, DE CRICIÚMA

Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler

Agravo do § 1º do art. 557 do CPC – Negativa de seguimento a agravo de instrumento por estar em confronto com jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça — Oferecimento à penhora de títulos da dívida pública — Recusa do credor — Possibilidade — Recurso improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo no Agravo de Instrumento n. 2002.008952-0, da comarca de Criciúma, em que é agravante Engepasa — Engenharia

do Pavimento S.A. sendo agravada Pró-Eleto Importação e Comércio de Equipamentos de Perfurações Ltda.:

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, por votação unânime, improver o recurso.

Custas legais.

I – Relatório

Trata-se de agravo previsto no § 1º do art. 557 do CPC interposto por Engepasa – Engenharia do Pavimento S.A. contra decisão de fls. 30/31, que negou seguimento ao agravo de Instrumento manejado contra Pró-Elektro Importação e Comércio de Equipamentos de Perfurações Ltda., por estar em confronto com a jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que é hígida a recusa pelo credor de oferecimento à penhora de títulos da dívida pública, quando estes forem de difícil alienação ou liquidação.

A agravante sustenta, em síntese, que há valor designado para os títulos em questão, conforme demonstra a perícia econômica/financeira juntada aos autos executivos, elaborada por órgão de credibilidade no País, e que estes possuem cotação de mercado.

Assevera que o Decreto-Lei n. 263/67, criado exclusivamente para fazer prescrever os títulos da dívida pública emitidos entre 1891 e 1946, não encontra guarida em pareceres dos maiores juristas do nosso País.

Não houve retratação por este Relator, sendo o feito apresentado em mesa para julgamento.

É o necessário escorço.

II – Voto

O presente recurso imerece guarida, porquanto a negativa de seguimento ao agravo de instrumento,

segundo o art. 557 do CPC, pode ser efetivada quando a pretensão recursal estiver em confronto com jurisprudência predominante dos Tribunais Superiores, pouco importando eventual doutrina ou até legislação em contrariedade à orientação fixada por estes, em que pese não ser este o caso em tela.

Na espécie, a pretensão da agravante de que a penhora recaia sobre 4 apólices da dívida interna fundada do Estado de Minas Gerais está em confronto com a orientação predominante do STJ, conforme bem restou explicitado na decisão vergastada, que deve ser mantida por seus próprios fundamentos:

“Tratam os autos de agravo de instrumento interposto por Engepasa – Engenharia do Pavimento S.A. contra interlocutória proferida pelo Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da comarca de Criciúma, na Execução n. 020.00.006944-2, movida por Pró-Elektro Importação e Comércio de Equipamentos de Perfurações Ltda., a qual declarou ineficaz a nomeação à penhora realizada pela agravante, aduzindo esta, em síntese, no inconformismo (fls. 2/15) que:

“— seria admissível que a penhora incidisse sobre apólice da dívida pública, que é título hábil à garantia do juízo da execução;

“— teria sido obedecida a ordem estabelecida no art. 655 do Código de Processo Civil;

“— haveria valor designado para os títulos ofertados à constricção, conforme demonstra a perícia econômica/financeira juntada nos autos de origem.

“Arrematou com os pleitos atinentes, inclusive de carga suspensiva, juntando os documentos de fls. 16/28.

“É o necessário escorço.

“O recurso satisfaz os requisitos dos incisos I e II e § 1º do art. 525 do CPC.

“Em conformidade com o art. 557 do CPC, “o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.

“Verifico que a insurgência recursal encontra-se em manifesto confronto com a jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça, que firmou o entendimento segundo o qual é justificável a recusa do credor à nomeação de Títulos da Dívida Pública, quando esta se revelar de difícil ou duvidosa liquidação, sendo importante ressaltar que, *in casu*, o recorrente sequer colacionou ao presente cópia dos mencionados títulos.

“Do Superior Tribunal de Justiça, destaque:

‘Processual civil. Recurso especial. Execução. Penhora. Títulos da dívida pública emitidos no início do século. Aplicação da Súmula 83/STJ. I — Pode o juiz indeferir penhora sobre títulos da dívida pública emitidos no início do século, de validade controvertida e de difícil liquidez, inconsistentes, portanto, à satisfação do direito do credor. Ofensa ao art. 655 do CPC não caracterizada. Precedentes. II — Agravo regimental desprovido’ (AGA n. 410583/RJ, DJU de 18/2/02, pág. 443).

“Ainda:

‘Penhora. Substituição. Precedentes da Corte. 1. Já decidiu a Corte que a ‘gradação inculpada no artigo 655 do Código de Processo Civil para efetivação da penhora não tem caráter absoluto, podendo o magistrado recusar a nomeação de títulos da dívida pública de difícil e duvidosa liquidação, para que esta recaia em dinheiro ou outros bens de melhor liquidez’ (AgRgAg n. 293.955/MG, relator o Senhor Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 30/10/00). 2. Recurso especial conhecido e provido’ (REsp n. 326113/MT, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 4/2/2002, pág. 353).

“No mesmo norte é a jurisprudência deste Areópago Estadual, que ressalta, ainda, que os referidos bens são de difícil alienação e comercialização, devendo prevalecer, *in casu*, o interesse do credor e não *do* executado. Neste sentido: AI n. 99.004971-0, de Lages, Des. Cláudio Barreto Dutra; AI n. 98.015892-3, de Videira, Des. Pedro Manoel Abreu; e, AI n. 99.022841-0, de Curitiba, Des. Eder Graf.

“Desse modo, estando o presente recurso em confronto com jurisprudência dominante deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça, nego-lhe seguimento, com fulcro no art. 557 do Cãnone Processual Civil”.

Para corroborar a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido mencionado no *decisum* hostilizado, inclusive entendendo ser possível a recusa do credor a título idêntico ao oferecido à constrição pela ora recorrente, destaca-se:

“Processo civil. Execução. Nomeação de bens à penhora. *Títulos da dívida pública do estado de Minas Gerais. Impugnação pelo credor, por falta*

de liquidez e desobediência à gradação legal. Art. 655, III, CPC. Possibilidade. Precedentes. Divergência jurisprudencial. Dessemelhança fática. Não caracterização. Recurso desacolhido" (in REsp n. 304770/MG, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 25/6/01, pág. 186) (sem grifo no original).

Ainda, *mutatis mutandis*: AGA n. 353272/SP, Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 8/4/02, pág. 142; AGA 410583/RJ, Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU de 18/2/02, pág. 443; REsp n. 3261113, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 4/2/02, pág. 353.

E, se tanto não bastasse, analisando-se mais detidamente o presente recurso, verifica-se que este também não poderia ter seguimento por ausência de peças essenciais ao conhecimento do feito, de acordo com o inc. II do art. 525 do CPC.

Isso porque a decisão agravada mencionou que "a recusa da credora foi justa, porquanto indicou bens à penhora feita em gradação preferencial àqueles nomeados pelos devedores", não tendo a Recorrente, todavia, colacionado aos autos a cópia da aludida recusa, na qual foram indicados outros bens pela agravada, na ordem do art. 655 do CPC, conforme conclusão do Magistrado a quo, sendo tal peça es-

sencial para aquilatar-se a alegação da recorrente de que a ordem preferencial foi resguardada pela indicação dos títulos da dívida pública.

Tampouco foi trazido ao recurso cópia da nomeação dos bens pela ora agravante – igualmente mencionada pelo Magistrado na decisão vergastada –, não sendo carreada, ainda, cópia dos próprios títulos oferecidos à constrição e da alegada autenticação por autoridade competente, o que prejudica a análise de todas as alegações da recorrente no tocante a higidez de tais títulos.

Logo, por qualquer ângulo que se analise a pretensão recursal, vê-se que a negativa de seguimento ao agravo de instrumento é medida que efetivamente se impõe.

III – Decisão

Do exposto, por votação unânime, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado.

Florianópolis, 20 de junho de 2002.

Silveira Lenzi,

Presidente com voto;

José Carlos Carstens Köhler,

Relator.

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.010933-4, DE CORONEL FREITAS

Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler

Agravo sucessivo — Decisão que nega seguimento a recurso interposto contra despacho que indeferiu o pedido de reconsideração — Não interrupção ou suspensão do prazo recursal — Intempe-

tividade configurada — Recurso improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo no Agravo de Instrumento n. 2002.010933-4 da comarca de Coronel Freitas, em que são agravantes Davi Zeppe e Flávio Luiz Heming, sendo agravado Marcelino Pierin:

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

Custas legais.

I – Relatório

Trata-se de agravo previsto no parágrafo 1º do artigo 557 do CPC interposto por Davi Zeppe e Flávio Luiz Heming contra decisão de fl. 16, que negou seguimento ao agravo de instrumento, em razão de ser intempestivo, posto que alusivo a indeferimento de pedido de reconsideração da decisão interlocutória que indeferiu pedido de assistência judiciária gratuita.

Os agravantes afirmam ter renovado o pedido de assistência judiciária gratuita com outros fundamentos, inclusive com declaração de insuficiência firmada de próprio punho.

Por fim, asseveram que o prazo para interposição do recurso deve ser contado a partir da decisão que denegou o segundo pedido de assistência judiciária.

Mantida a decisão, o processo foi apresentado em mesa para julgamento.

II – Voto

O presente recurso não merece guarida.

A decisão ora atacada, da qual se extrai o fundamento utilizado por este Subscritor para obstar seguimento ao recurso, está assim lavrada:

“A insurgência recursal é manifestamente inadmissível, devido a sua intempestividade.

“Isso porque, a decisão que negou a pretensão à assistência judiciária foi proferida em 11/4/02, não tendo havido insurgência oportuna, tendo os ora agravantes, posteriormente, pleiteado a reconsideração do *decisum*, que foi assim rejeitado pela Magistrada de origem: ‘mantenho íntegro o despacho anterior. Certifique-se o pagamento das custas, se for o caso. Após, voltem’ (fl. 9)”.

Essa última decisão, que se limitou a manter a primeira, é objeto do presente agravo, o que, todavia, não pode ser admitido, porquanto os recorrentes têm por escopo, na verdade, reformar a interlocutória que efetivamente indeferiu o benefício almejado cujo lapso recursal já se exauriu.

Com efeito, é entendimento pacificado doutrinário e jurisprudencialmente que o pedido de reconsideração não tem o condão de suspender ou interromper o prazo para recursal.

Sobre o assunto, anota Theotônio Negrão, *in* “Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor”, São Paulo, Saraiva, 33ª ed., 2002, pág. 548:

“O pedido de reconsideração não interrompe o prazo para interposição do recurso cabível (RSTJ 95/271, RTFR 134/13, RT 595/201, JTA 97/251, TTJE 156/244), inclusive o do agravo regimental (RTJ 123/470)”.

Ainda, nessa alheta, já decidi este Tribunal de Justiça:

“Prazo — Suspensão para interposição de recurso — Pedido de reconsideração do despacho — Inadmissibilidade.

“O pedido de reconsideração do despacho agravado não suspende o prazo do recurso. Na falta de certidão da intimação do despacho agravado, conta-se o prazo do pedido de reconsideração onde o agravante teve ciência inequívoca do despacho agravado. Recurso feito no sétimo dia da data do pedido de reconsideração. Intempestividade do recurso” (in AI n. 7446, Des. Protásio Leal).

Logo, verificada a intempestividade do agravo de instrumento, outra alternativa não resta senão negar-lhe seguimento.

Sendo assim, firme no art. 557, *caput*, do Cânone Processual Civil, nego seguimento ao presente Recurso.

Desse modo, pelos motivos acima delineados, a negativa de seguimento ao recurso é medida que se impõe, não socorrendo aos agravantes a assertiva de que o pedido de reconsideração estaria baseado em fundamentos novos, uma vez que a cópia do aludido pleito não foi colacionada ao presente agravo, obstando este Relator de conhecer a veracidade das alegações.

Ademais, a decisão agravada limitou-se a manter a anterior, sem fa-

zer ressaltar a eventual fundamentação novo.

É da jurisprudência deste Sodalício:

“Prolatado o despacho censurado, é da ciência do teor dele que começa a fluir, para a parte, o prazo interposicional do agravo de instrumento, prazo esse que não é suspenso diante da dedução de eventual pedido de reconsideração da interlocutória agravável. Nem poder-se-ia entender de forma diferente, pois, na hipótese diversa, os pedidos de reconsideração poderiam ser manejados a bel-prazer das partes, com a finalidade específica de dilatar um prazo recursal que, nos termos da lei, peremptório e não admite ampliação e nem convenção dos litigantes a respeito” (in Agravo de Instrumento n. 97.000741-8, de Tubarão, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 14/10/97).

Diante disso, não tendo o pedido de reconsideração o condão de suspender ou interromper o prazo recursal, o presente recurso merece ser improvido.

III – Decisão

Do exposto, por votação unânime, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni.

Florianópolis, 9 de julho de 2002.

Silveira Lenzi,

Presidente, com voto;

José Carlos Carstens Köhler,

Relator.

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.011556-3, DA CAPITAL/ESTREITO**Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler**

Agravo sucessivo — Negativa de seguimento a agravo de instrumento manifestamente inadmissível — Juntada de certidão de intimação atestando a ciência do advogado da recorrente acerca da decisão agravada — Imprestabilidade para o fim colimado — Interlocutória recorrida que concedeu a liminar initio litis — Termo a quo do lapso recursal — Juntada aos autos do mandado de citação — Intelecção do art. 241 do CPC — Necessidade da cópia da juntada ou de certidão evidenciando a sua inocorrência — Violação à fé pública dos atos praticados pelo escrivão — Não configuração — Recurso improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo no Agravo de Instrumento n. 2002.011556-3, da comarca da Capital/Estreito (Vara Cível), em que é agravante Banco Bradesco S.A., sendo agravados Valdir José Carriço e Nilda da Silveira Carriço:

ACORDAM, em Câmara de Férias Civil, por votação unânime, improver o recurso.

Custas legais.

I – Relatório

Trata-se de agravo previsto no § 1º do art. 557 do CPC interposto por Banco Bradesco S.A. contra decisão, de fls. 148/150, que negou seguimento ao agravo de instrumento manejado contra Valdir José Carriço e Nilda da Silveira Carriço, em razão de a certidão de intimação apresentada, noticiando que a causídica do recorrente foi intimada em determinado dia, ser inservível para evidenciar a tempestividade da irrisignação, posto que, em se tratando de deferimento

de liminar *initio litis*, o termo a quo do lapso recursal é a juntada do mandado de citação aos autos.

O agravante sustenta, em síntese, que a certidão de fl. 18 evidencia que a sua procuradora foi intimada em 3/6/02, sendo o recurso protocolado tempestivamente e, se alguma falha houve, foi decorrente de erro judicial.

A certidão da oficial de justiça, por possuir fé pública, é suficiente para comprovar a tempestividade do agravo, de modo que, pelo princípio da efetividade e instrumentalidade, o processo deva ser conhecido.

Não houve retratação por este Relator, sendo o feito apresentado em mesa para julgamento.

É o necessário escorço.

II – Voto

O presente recurso imerece guarda, pois a certidão colacionada aos autos, que apenas menciona o dia em que a procuradora do agravante foi intimada da decisão objurgada, não é suficiente para evidenciar a tempestividade da insurgência recursal.

Isso porque, na espécie, a liminar foi concedida *initio litis*, de modo que o termo *a quo* do lapso recursal, de acordo com o artigo 241, incs. I e II, do Código de Processo Civil, por se tratar de citação pelo correio ou pelo Oficial de Justiça, dá-se com a juntada ao feito do aviso de recebimento ou do mandado cumprido.

Diante desse quadro, é imprescindível a cópia da juntada do mandado ou do AR aos autos para a verificação da tempestividade do agravo, o que não foi observado pelo agravante, inviabilizando a aferição do dia da intimação do recorrente (e não de sua procuradora).

Ademais, se porventura o mandado de citação ainda não foi juntado aos autos principais, caberia ao recorrente colacionar certidão atestando tal fato, para que inexistam dúvidas acerca da tempestividade do agravo.

Nesse sentido, já decidiu o excelso Pretório:

“O prazo para a resposta se conta a partir da juntada dos autos do AR assinado pelo destinatário”(in RTJSTF 100/449).

Adequado e idêntico ao caso que ora se analisa mostra-se o acórdão da lavra do eminente Des. Trindade dos Santos:

“Agravo inominado (art. 557, § 1º, do CPC) — Interposição contra decisão que nega seguimento a agravo de instrumento, em razão de sua intempestividade — *Pretensão à contagem do prazo a contar da data da intimação do procurador da agravante, desprezada a data da intimação pessoal da insurgente* — *Impossibilidade* — *Decisão negatória de seguimento*

mantida — *Insurgência recursal desatendida*.

“A intimação pessoal da parte demandada, acerca da concessão de tutela antecipatória em ação ordinária de revisão de cláusula contratual, ainda mais quando não tinha ela procurador constituído nos autos, é que fixa o termo inicial da interposição do recurso de agravo de instrumento. Essa intimação pessoal não pode ser ignorada para tal efeito nem substituída por posterior intimação do procurador judicial que se apresenta nos autos para em nome da agravante atuar” (in Agravo Inominado (art. 557, § 1º, do CPC) no Agravo de Instrumento n. 99.004562-5, da Capital).

Assim, não se podendo efetuar a segura e legítima verificação da tempestividade deste recurso por outros elementos dos autos, ante a ausência de peça considerada obrigatória, deve, pois, ser mantida a negativa de seguimento ao presente agravo.

Ademais, não há falar em erro judicial na elaboração da certidão, pois o ônus da correta e adequada instrução do recurso é exclusivamente do agravante.

Por fim, a deficiência na formação do instrumento não pode ser corrigida posteriormente, pois, em razão da preclusão consumativa, o preenchimento dos requisitos do art. 525 do CPC deve ser contemporâneo ao protocolo da irresignação, não podendo ser invocados os princípios da instrumentalidade e da efetividade para afastar a incidência da lei.

Sobre o assunto, lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“3. Destinatário da norma. Na redação revogada (ex-CPC, 523, parágrafo único), o destinatário daquela norma era o serventuário, de modo que o agravante não poderia ser apenado pelo traslado defeituoso, quando faltasse peça obrigatória ao instrumento.

“Hoje, entretanto, a norma tem como destinatário o próprio agravante, já que a ele compete instruir a petição de interposição do agravo com as peças obrigatórias e as facultativas.

“Assim, faltando uma das peças obrigatórias, o agravo não poderá ser conhecido, por não preencher o pressuposto de admissibilidade da regularidade formal” (in Código de Processo Civil Comentado e legislação processu-

al civil extravagante em vigor, São Paulo, RT, 5ª ed., 2001, pág. 1.022).

III – Decisão

Do exposto, por votação unânime, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Des. Fernando Carioni.

Florianópolis, 9 de julho de 2002.

Silveira Lenzi,
Presidente, com voto;
José Carlos Carstens Köhler,
Relator.

AÇÃO RESCISÓRIA

AÇÃO RESCISÓRIA N. 1988.090221-9, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento

Ação rescisória — Inventário — Carga litigiosa inerente ao procedimento contencioso — Herdeiro menor — Art. 1.774 do CC — Partilha judicial — Cabimento da actio — Cotas sociais — Apuração de haveres — Necessidade — Mero laudo de avaliação — Insuficiência — Valor irrisório — Equívoco manifesto — Error in procedendo — Violação de literal disposição de lei — Preterição de formalidade essencial — Procedência do pleito rescisório.

Ainda que na sentença atacada tenha constado a expressão “homologo, por sentença, o plano de partilha...”, ela não se apresenta como meramente homologatória, tendo em vista a existência de herdeiro menor e a carga litigiosa inerente ao procedimento contencioso do inventário. Tratando-se de partilha judicial, provimento jurisdicional de mérito sujeito à coisa julgada material, é plenamente

te viável o ataque via ação rescisória.

Sendo o de cujus integrante de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, a qual prevê sua continuidade mesmo no caso de morte do sócio, mediante a habilitação dos herdeiros, é indispensável a apuração de haveres (art. 993, parágrafo único, II, do CPC), sendo insuficiente o laudo do avaliador judicial, sobretudo quando atribuído às cotas sociais valor flagrantemente irrisório.

Provada a violação de literal disposição de lei e a preterição de formalidade essencial, ante a ausência da apuração de haveres, julga-se procedente o pleito rescisório.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 1988.090221-9, da comarca de Itajaí, em que é autora Manon dos Santos e réus Maria Margareth dos Santos e Marco Aurélio dos Santos:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, julgar procedente o pedido formulado.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Manon dos Santos deflagrou ação rescisória contra Maria Margareth dos Santos e seu filho Marco Aurélio dos Santos, visando à rescisão de sentença homologatória de partilha em processo de inventário.

Alegou ser filha de Nilto dos Santos, que faleceu em 9/1/94, deixando bens a inventariar, viúva meeira (ré) e herdeiros (autora e réu).

Estando a autora fora do país, na época desse fato, outorgou procuração a sua mãe, sendo que esta substabeleceu a advogado para patrocinar a causa, o qual se limitou a firmar o esboço de partilha em petição conjunta com os procuradores dos ora réus, no respectivo inventário.

Asseverou ter a ré, inventariante naquela oportunidade, ocultado bens e simulado valores, mormente o referente às cotas da Empresa Marazul Ltda., da qual era sócio o *de cujus*.

Na avaliação judicial, às cotas da citada empresa foi atribuído valor três vezes inferior ao dos direitos sobre uma TV a cabo, 13 vezes menor do que o de uma linha telefônica e 17 vezes mais baixo do que o de um título de clube, revelando total desacordo com a verdadeira importância patrimonial daquele bem.

Alegando dolo da ré, na sua atuação como inventariante, bem como violação de literal disposição de lei, ante a inexistência de apuração de haveres quanto às cotas da sociedade comercial (art. 993, parágrafo único, II, do CPC), requereu a rescisão da sentença e a prolação de novo julgamento (fls. 2/10).

Citados, os réus apresentaram resposta, na forma de contestação, argüindo, preliminarmente, prescrição, em razão do esgotamento do prazo anual para a propositura da ação anulatória de partilha, esta a única cabível na espécie.

No mérito, asseveraram não estar configurada nenhuma das hipóteses para a rescisão do julgado, pugnando, ao final, pela improcedência do pleito formulado (fls. 121/133).

O Ministério Público interveio no feito, defendendo o cabimento da ação rescisória e opinando pelo seu prosseguimento (fls. 138/146).

A autora foi intimada para manifestar-se sobre a contestação, deixando, porém, *fluir in albis* o prazo que lhe foi assinalado.

As partes foram intimadas para especificação das provas.

Os réus requereram a ouvida de testemunha e o depoimento pessoal da autora, sendo que esta nada requereu (fls. 162/163).

Indeferiu-se a produção das provas requeridas, por serem desnecessárias ao julgamento da lide (fl. 168).

Remetidos os autos à Procuradoria-Geral de Justiça, esta opinou pela extinção do processo, sem julgamento de mérito, por falta de interesse processual e, no mérito, pela improcedência do pedido (fls. 174/177).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

II — Voto

É possível o julgamento antecipado da lide, a teor do art. 491, 2ª parte, c/c o art. 330, II, do Código de Processo Civil, tendo em vista a desnecessidade da produção de prova em audiência.

Regularmente intimada, a autora deixou de especificar as provas que pretendia produzir, a fim de comprovar a totalidade dos fatos expostos na

petição inicial. Assim, imputa-se exclusivamente à autora o prejuízo decorrente da não comprovação dos fatos constitutivos de seu direito, por outras provas, além da documental já acostada aos autos.

De outro lado, o depoimento pessoal da autora e a ouvida de testemunha, provas estas requeridas pelos réus, são dispensáveis, considerando a matéria ventilada na defesa e o conjunto probatório que já integra o caderno processual.

1. Preliminar: cabimento da ação rescisória

As assertivas dos réus quanto ao não cabimento da ação rescisória e à ocorrência da prescrição são improcedentes.

Basta atentar às normas aplicáveis à espécie para concluir-se que o provimento jurisdicional aqui abordado constitui sentença de mérito, acobertada pela coisa julgada, que apenas pode ser atacado via ação rescisória.

De acordo com o art. 1.774 do Código Civil, “será sempre judicial a partilha, se os herdeiros divergirem, assim como se algum deles for menor, ou incapaz”. Nos autos do processo de inventário figurou como parte, na condição de herdeiro, menor impúbere (fl. 37). Assim, é forçoso reconhecer a natureza judicial da partilha ultimada nos autos do inventário, mesmo porque este, consoante o Código de Processo Civil, trata-se de procedimento especial de jurisdição contenciosa.

Por isso, ainda que na sentença atacada tenha constado a expressão “homologo, por sentença, o plano de partilha...”, ela não se apresenta como meramente homologatória, constituin-

do-se provimento jurisdicional de mérito sujeito à coisa julgada material.

Destarte, é plenamente viável o seu ataque via ação rescisória, com fundamento no art. 485 e seus incisos, bem como no art. 1.030, ambos do Código de Processo Civil, sobretudo porque não esgotado o biênio legal para a propositura da *actio*.

Observa Humberto Theodoro Júnior:

“Quanto à partilha judicial, sua base não é a vontade das partes, e sim do juiz. Dentro de um processo contencioso, o juiz pode e deve ouvir as partes; pode mesmo acolher a vontade de uma delas e até obter delas um pronunciamento uniforme sobre a matéria a deliberar. A solução final, todavia, será o fruto de sua autoridade judicante” (Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento, 28ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002, vol. 3, pág. 256).

E complementa Ernane Fidelis dos Santos:

“O Código, por outro lado, seguindo a linha do princípio que adotou, veio a se contentar com a simples possibilidade de controvérsia na partilha, como se dá em todos os procedimentos de jurisdição contenciosa. Irrelevante, portanto, que as partes tenham concordado simplesmente com o esboço. Desde que não tenha havido a partilha nos moldes estabelecidos pelo art. 1.773 do Código Civil, ela será sempre julgada por sentença, sujeita à coisa julgada e à ação rescisória, sem necessidade de divergência efetiva, como, a contrário, poderia parecer na linguagem do art. 1.774 do

Código Civil” (*apud* Theodoro Júnior, *op. cit.*, pág. 256).

Colhe-se da jurisprudência:

“Inventário – Homologação de esboço de partilha apresentado pelo inventariante, sem anuência de dois herdeiros, um dos quais *menor* – Qualidade de viúva-meeira e suficiência de poderes de representação processual – *Necessidade de partilha judicial – Artigo 1.774 do Código Civil – Recurso parcialmente provido*” (grifou-se) (TJSP – Ap. Cív. n. 238.181-1 – rel. Des. Correia Lima).

Destarte, afasta-se a preliminar suscitada pelos réus.

2. Mérito

No mérito, verifica-se a procedência do pedido da autora. Ainda que não tenham restado comprovados todos os fatos que serviram de fundamento para o pleito inicial, exsurge da prova documental acostada aos autos a ocorrência de violação de literal disposição de lei (art. 485, V, do CPC), bem como preterição de formalidade legal essencial, requisitos esses suficientes para a rescisão do julgado.

Consoante as primeiras declarações, prestadas pela inventariante (aqui ré) e documentos que acompanharam o petitório, o *de cujus* era proprietário de 27.500 (vinte e sete mil e quinhentas) cotas, no valor de Cz\$ 10,00 (dez cruzados) cada, devidamente integralizadas, totalizando Cz\$ 275.000,00 (duzentos e setenta e cinco mil cruzados), referentes à empresa Marazul Tecnoplástica Ind. e Com. Ltda. (fls. 36/39 e 54/57).

Não obstante ser o autor da herança sócio de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, em ne-

nhum momento do processo procedeu-se à respectiva apuração de haveres, restando descumprida a norma do art. 993, parágrafo único, II, do Código de Processo Civil, que dispõe:

“Dentro de 20 (vinte) dias, contados da data em que prestou o compromisso, fará o inventariante as primeiras declarações, das quais se lavrará termo circunstanciado. No termo, assinado pelo juiz, escrivão e inventariante, serão exarados:

“I — o nome, estado, idade e domicílio do autor da herança, dia e lugar em que faleceu e bem ainda se deixou testamento;

“II — o nome, estado, idade e residência dos herdeiros e, havendo cônjuge supérstite, o regime de bens do casamento;

“III — a qualidade dos herdeiros e o grau de seu parentesco com o inventariado;

“IV — a relação completa e individual de todos os bens do espólio e dos alheios que nele forem encontrados, descrevendo-se:

“a) os imóveis, com as suas especificações, nomeadamente local em que se encontram, extensão da área, limites, confrontações, benfeitorias, origem dos títulos, número das transcrições aquisitivas e ônus que os gravam;

“b) os móveis, com os sinais característicos;

“c) os semoventes, seu número, espécies, marcas e sinais distintivos;

“d) o dinheiro, as jóias, os objetos de ouro e prata, e as pedras preciosas, declarando-se-lhes especificadamente a qualidade, o peso e a importância;

“e) os títulos da dívida pública, bem como as ações, cotas e títulos de sociedade, mencionando-se-lhe o número, o valor e a data;

“f) as dívidas ativas e passivas, indicando-se-lhes as datas, títulos, origem da obrigação, bem como os nomes dos credores e dos devedores;

“g) direitos e ações;

“h) o valor corrente de cada um dos bens do espólio.

“Parágrafo único. O juiz determinará que se proceda:

“I — ao balanço do estabelecimento, se o autor da herança era comerciante em nome individual;

“II — a apuração de haveres, se o autor da herança era sócio de sociedade que não anônima” (grifou-se).

De acordo com a primeira alteração do contrato social (fl. 56), cada cota passou a ter o valor de CZ\$ 10,00 (dez cruzados), a partir de 2/7/87. No laudo de avaliação judicial dos bens, realizado em 20/6/94, cerca de 7 (sete) anos depois, atribuiu-se a cada cota o valor de CR\$ 10,00 (dez cruzeiros reais), desconsiderando-se a troca de moedas e a situação financeira da sociedade para detectar a efetiva participação do *de cuius* no patrimônio social.

A respeito do tema, ensina Humberto Theodoro Júnior:

“Quando se tratar de comerciante individual, ou se sócio de sociedade que não a anônima, as declarações do inventariante deverão ser seguidas de um exame avaliatório ordenado pelo juiz para que se faça um balanço do estabelecimento comercial, no primeiro caso, ou uma apuração de haveres, no segundo (art. 993, parágrafo único).

(...)

“A apuração compreenderá não apenas um exame de valores contáveis, mas também um levantamento do valor real e exato da participação do *de cuius* sobre o acervo societário” (*op. cit.*, págs. 238).

E aduz Ernane Fidélis dos Santos:

“Se o falecido fazia parte de sociedade que não a anônima, duas hipóteses poderão ocorrer: ou a sociedade se desfará com relação ao espólio, ou prosseguirá com o sucessor. Na primeira, há de se fazer o procedimento de liquidação na forma comum, inclusive sem importar em privilégio de foro para o espólio; na segunda, avalia-se a quota do falecido, através de apuração de haveres, se não houver acordo entre os interessados. Neste último caso, procede-se ao balanço, que servirá apenas para aferir o valor real da quota, devendo a sociedade permitir a perícia, como dever de colaboração com a Justiça (arts. 339 e 341)” (Manual de direito processual civil, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, vol. 3, pág. 104).

In casu, o *de cuius* fazia parte de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, cujo contrato social, conforme a segunda alteração contratual, previa a não dissolução da sociedade, na hipótese de falecimento de um dos sócios, determinando sua continuidade na pessoa dos herdeiros, legalmente habilitados no processo de inventário ou testamento.

Assim, era indispensável a apuração de haveres, para avaliar o valor atual e efetivo de cada cota e seu somatório, pertencentes ao *de cuius*.

A propósito, quanto à finalidade da apuração de haveres, convém citar:

“Apuração de haveres. Necessidade de levantamento contábil amplo e atualizado. Execução extinta.

“A apuração dos haveres do sócio dissidente demanda um levantamento contábil amplo e atualizado, a ensejar pagamento justo e real do valor das cotas de cada um, como se a empresa estivesse totalmente dissolvida, só que somente em relação àquele que se retira.

“Assim, engloba a apuração de haveres um balanço geral do ativo e passivo da sociedade, sem exclusão dos elementos incorpóreos ou imateriais, com base no qual será possível determinar, de maneira aproximada, o estado patrimonial da empresa e, pois, o valor da quota a reembolsar” (Ap. Cív. n. 97.012675-1, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Devido à ausência dessa providência e a um lamentável equívoco da avaliadora judicial, as 27.500 (vinte sete mil e quinhentas) cotas da empresa Marazul, pertencentes ao falecido, foram avaliadas num total de CR\$ 275.000,00 (duzentos e setenta e cinco mil cruzeiros reais), ao passo que uma singela linha de TV a cabo foi estimada em CR\$ 700.000,00 (setecentos mil cruzeiros reais).

Observe-se, ademais, somente a inventariante (aqui ré) foi intimada para manifestar-se sobre o laudo de avaliação, com o qual concordou (fl. 76), inexistindo pronunciamento da ora autora.

O absurdo da avaliação é evidente, assim como o prejuízo para os herdeiros, entre os quais a autora,

posto que referidas cotas, em razão da partilha, couberam à viúva meeira, ora ré (fl. 81). Indubitavelmente, as cotas valem muito mais que a ínfima quantia arbitrada no laudo. Dessa forma, visivelmente a ré recebeu valores superiores ao seu quinhão.

Conclui-se, portanto, que as cotas de uma empresa dedicada à fabricação e comercialização de produtos plásticos, com 32 (trinta e dois) funcionários (fl. 164), foram avaliadas, com manifesto amadorismo, em valor flagrantemente irrisório, com total desrespeito às formalidades legais previstas em lei.

As assertivas dos réus sustentando a desnecessidade da apuração de haveres são improcedentes, porquanto, ao contrário do que afirmaram, não se tratava, na espécie, partilha amigável, mas sim judicial, ante a potencial carga litigiosa da demanda, ínsita ao procedimento contencioso, e a imposição legal decorrente do art. 1.774 do Código Civil.

A respeito da necessidade da apuração de haveres, colhe-se dos tribunais pátrios:

“Recurso de agravo — Inventário — Determinação de realização de perícia para apuração de haveres do *de cujus*, ex-sócio da empresa. Aplicabilidade do disposto no art. 993 do CPC. Improvimento do recurso” (TJMG — AG n. 112.182/1 — rel. Des. Rubens Xavier Ferreira).

Ainda:

“Sociedade por cotas de responsabilidade limitada — Morte de sócio — Inventário — Apuração de haveres. Cabível quando o *de cujus* fazia parte de uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada.

Essa apuração deve se aproximar do resultado que poderia ser obtido com a dissolução total, isto é, de forma ampla, com plena verificação, física e contábil, dos valores do ativo e atualizados os ditos haveres, em seu valor monetário. Alteração contratual a ser dirimida noutra via. Provimento parcial deste agravo” (TJRJ — AI n. 217/93 — rel. Des. Perlingeiro Lovisi).

A alegação de dolo da ré, em sua atuação como inventariante, carece de comprovação. Mesmo porque, nas primeiras declarações, não houve simulação de valores das cotas, às quais foi tão-somente atribuído o valor constante do contrato social.

Entretanto, pela ausência da apuração de haveres, no lugar da qual se realizou uma equívoca avaliação, resta provada a violação de literal disposição de lei, assim como a preterição de formalidade essencial, tornando inarredável a rescisão da sentença, por força dos arts. 485, V, e 1.030, II, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, afasta-se a preliminar e, no mérito, julga-se procedente o pleito da autora, rescindindo a sentença prolatada nos autos do inventário, determinando a realização da apuração de haveres referente às cotas sociais da empresa Marazul, após o que deverá ser feita nova partilha.

Condenam-se os réus ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 800,00 (oitocentos reais), a teor do § 4º do art. 19 do Código de Processo Civil.

Fica a autora autorizada a levantar o depósito inicial.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Câmara, por votação unânime, afastar a preliminar e, no mérito, julgar procedente o pedido da autora, rescindindo a sentença prolatada nos autos do inventário, determinando a realização da apuração de haveres referente às cotas sociais da empresa Marazul Tecnoplástica Ind. e Com. Ltda., após o que deverá ser feita nova partilha.

Em conseqüência, arcam os réus com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios,

estes arbitrados em R\$ 800,00 (oitocentos reais), e fica a autora autorizada a levantar o depósito inicial.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmos. Sr. Des. José Volpato. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Jeronimo de Oliveira.

Florianópolis, 10 de setembro de 2002.

Carlos Prudêncio,
Presidente, com voto;
Wilson Augusto do Nascimento,
Relator.

EMBARGOS INFRINGENTES

EMBARGOS INFRINGENTES N. 2001.022284-1, DE MARAVILHA

Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra

Embargos infringentes — Razões recursais dissociadas do voto vencido — Não conhecimento.

“Os embargos de infringência, tendo por objetivo a prevalência de voto vencido em julgamento colegiado, a fim de ser conhecido, deve conter fundamentação adequada. Em outros dizeres, o reclamo infringente deve ter suas razões em perfeita sintonia com o teor do voto vencido. Destarte, não estando as razões dos embargos de infringência em perfeita sintonia com os termos do voto vencido, o recurso é inepto, posto equivaler tal situação a insurgência desamparada de motivação” (EI n. 2001.006012-4, de Guaramirim).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2001.022284-1, da comarca de Maravilha, em que é embargante Banco Volkswagen S.A., sendo embargado Orlando Shoji Kono:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Comercial, por votação unânime, não conhecer do recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Ação de busca e apreensão promovida por Banco Volkswagen S.A. contra Orlando Shoji Kono, objetivando reaver a posse de veículo alienado fiduciariamente, em razão do inadimplemento do financiado (fls. 2/4).

Deferida a liminar (fl. 20) e expedido o mandado de busca, apreensão e citação (fls. 21/24), o demandado informou que o veículo financiado foi vendido e que se encontra no Estado do Paraná, conforme certidão de fl. 24v.

Decorrido o prazo de suspensão do processo (fls. 30/32), o autor postulou a conversão da busca e apreensão em depósito para que o réu fosse condenado a entregar o veículo ou pagar o equivalente em dinheiro, sob pena de prisão (fls. 37/41).

Na sentença, o Magistrado considerou “incabível a cominação de prisão na espécie, uma vez que o bem alienado já pertencia ao patrimônio do devedor, quando da celebração do contrato, e, possuindo o credor nota promissória exequível referente à mesma dívida, falta-lhe interesse processual em converter a busca e apreensão frustrada em ação de depósito” (fl. 44).

Irresignado, o demandante apelou, sustentando a possibilidade de conversão da busca e apreensão em depósito, nos termos do art. 4º do Decreto-Lei n. 911/69; a constitucionalidade do aludido diploma legal; a existência de interesse processual; a legalidade da prisão civil. Ao final, postulou o provimento do recurso “para o fim de ser declarada a nulidade da sentença de primeiro grau, determinando o retorno dos autos, com prosseguimento do feito, convertendo-se a ação de busca e apreensão em ação de depósito, e fazendo-a prosseguir em seus ulteriores termos, eis que devidamente comprovado o embasamento legal e o interesse processual do apelante” (fl. 58).

Contra-arrazoado o recurso, os autos, preparados, ascenderam a esta Corte, e, aqui, a colenda Quarta Câmara Civil negou provimento ao apelo, restando vencida a Desa. Maria do Rocio, que votou no sentido de prover o recurso (fl. 67).

As razões da decisão estão condensadas na ementa do v. acórdão da lavra do Des. Trindade dos Santos:

“Alienação fiduciária em garantia. Busca e apreensão. Bem não localizado. Conversão em ação de depósito. Falta de interesse processual. Extinção. Sentença confirmada. Apelo desprovido. Existência de voto vencido.

“Nos ajustes de crédito garantidos por alienação fiduciária, inexistente contrato típico de depósito, fazendo-se totalmente descabida a prisão civil do pseudodepositário, não há lugar para a utilização, pela credora, da ação específica de depósito, pois esta tem como um de seus pilares básicos, exatamente, a possibilidade da prisão civil do depositário para, com força coativa, obri-

gá-lo à devolução do bem ou do seu equivalente em dinheiro.

“Fazendo-se incabível a decretação da segregação civil do devedor, contando o credor com título executivo referente ao mesmo débito, ausenta-se da sua pretensão em converter a busca e apreensão frustrada em ação de depósito o indispensável interesse processual, pela não integração dos pressupostos da necessidade e da utilidade do provimento judicial pretendido”.

A Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta declarou voto vencido nos seguintes termos:

“Dissenti da douda maioria por entender viável a conversão da ação de busca e apreensão em depósito, ainda que não cominada a prisão civil, posto que tal cominação não é essencial à ação de depósito.

“A propósito:

‘A prisão civil, na visão constitucional, tem por objeto um contrato real, o de depósito, não avença pessoal que decorre do contrato de alienação fiduciária, como instituto destinado a oferecer maior segurança às operações de crédito no mercado de títulos e valores.

‘Pode-se entregar legitimação ao credor fiduciário para a ação de depósito, para o alcance da garantia (art. 902, I, do CPC) e para o procedimento executório (art. 906 do CPC), em face do poder legiferante ordinário. Não tem, contudo, o credor da dívida civil, decorrente de empréstimo fiduciário, legitimação para pedir a prisão do devedor insolvente (art. 902, § 1º, do CPC), em face da limitação constitucional da coerção física (art. 5º, LXVII, da CF)’ (RT 721/139).

“Ou ainda:

‘Civil e processual civil. Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Conversão em depósito. Bem furtado. Prisão civil afastada. Prosseguimento da ação. Execução nos próprios autos.

‘Sempre que se verificar a impossibilidade justificada da restituição da coisa depositada objeto da alienação fiduciária em garantia pela ocorrência do caso fortuito ou força maior (por roubo ou furto, v.g.), a sentença que a reconhecer deverá afastar a infidelidade do depositário e a possibilidade de prisão civil.

‘Contudo, como o intuito satisfativo do credor, na alienação fiduciária, é o de receber o valor da dívida, e não o próprio bem objeto do depósito, desde que reconhecido o crédito, pode o credor promover, nos próprios autos, a subsequente execução contra o devedor, valendo a sentença que o fixar como título executivo judicial, prestigiando-se os princípios da economia, da celeridade e da efetividade processuais.

‘Recurso conhecido e parcialmente provido’ (REsp n. 154.420, rel. Min. César Asfor Rocha, j. 24/11/98).

“Estas, em síntese, as razões da divergência”.

A instituição financeira opôs embargos infringentes, asseverando que o ponto de divergência reside na “possibilidade ou não da prisão civil do depositário infiel, na alienação fiduciária, regulada pelo Decreto-Lei n. 911/69, e sua recepção ou não pela Constituição Federal” (fl. 102).

Admitidos os embargos (fl. 103), o embargado não apresentou impugnação (fl. 109).

II — Voto

Depreende-se das razões recursais que, excluídas as remissões a um recurso especial (do cabimento do recurso, fl. 98) e a uma ação reintegratória (dos requerimentos, fl. 102), os embargos versam apenas sobre “a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, na alienação fiduciária” (das conclusões, fl. 102).

Em decorrência do disposto no art. 530 do Código de Processo Civil, segundo o qual os embargos infringentes restringem-se à matéria objeto da divergência, o recurso somente pode ser conhecido quando apresentar fundamentação adequada, o que significa, em última análise, que as suas razões devem guardar perfeita sintonia com o conteúdo do voto vencido.

Não é o que se verifica nos autos, pois o embargante defendeu a legalidade da prisão civil do depositário infiel, sem fazer qualquer menção à viabilidade de conversão da busca e apreensão em depósito, questão esta que representa o ponto fundamental da discordância.

Mesmo quando abordam a possibilidade de prisão do devedor inadimplente, os embargos não se coadunam com o posicionamento do voto minoritário, manifestado no sentido de que a cominação da prisão civil não é essencial à ação de depósito.

Em seus comentários a respeito do assunto, Theotonio Negrão anota:

“Os embargos infringentes só podem ser conhecidos quando suas razões estiverem apoiadas no voto dissidente e pretenderem fazer prevalecer, no novo julgamento, o ponto de vista defendido pelo juiz vencido (Bol.

n. 5/91 do TFR – 3ª Região, pág. 50)” (Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor, 31ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, pág. 566).

Com essas considerações, conclui-se que os argumentos expendidos nas razões dos embargos, por estarem dissociados dos fundamentos do voto vencido, equivalem à ausência de motivação, tornando, assim, inepto o recurso.

No mesmo sentido, é a jurisprudência desta Corte:

“Embargos infringentes. Razões recursais totalmente disassociadas do teor do voto vencido. Reclamo recursal não conhecido.

“Os embargos de infringência, tendo por objetivo a prevalência de voto vencido em julgamento colegiado, a fim de ser conhecido deve conter fundamentação adequada. Em outros dizeres, o reclamo infringente deve ter suas razões em perfeita sintonia com o teor do voto vencido. Destarte, não estando as razões dos embargos de infringência em perfeita sintonia com os termos do voto vencido, o recurso é inepto, posto equivaler tal situação a insurgência desamparada de motivação” (EI n. 2001.006012-4, de Guaramirim, rel. Des. Trindade dos Santos).

“Embargos infringentes. Contrato de abertura de crédito em conta corrente. Descaracterização como título executivo extrajudicial. Divergência quanto à extinção de ofício do processo, não sendo a inicial instruída com memória do cálculo. Petição de embargos que sustenta, todavia, a exigibilidade daquele contrato. Razões dissociadas do voto vencido. Não conhecimento” (EI n. 99.002952-2, de São José, rel. Des. Gaspar Rubik).

Do corpo deste acórdão, extrai-se:

“Deflui disso que o recurso, a par de conter fundamentação, deve tê-la em perfeita sintonia com os termos do voto vencido, posto que, através dele, critica a parte insurgente o que foi decidido, e nos moldes em que o foi, objetivando precipuamente a obtenção de uma decisão diversa.

“Não é a hipótese em tela, uma vez que, repita-se, o embargante pretende a reforma do r. acórdão para que seja declarada a liquidez, certeza e exigibilidade do contrato de abertura em conta corrente que embasa a executacional.

“Inquestionavelmente, pois, as razões do recurso interposto encontram-se desvinculadas do teor do voto vencido espancado.

“E, no entendimento da doutrina e jurisprudência, argumentações re-

curais não sintonizadas à perfeição com tal declaração de voto equivalem a recurso destituído de motivação, tornando-o, portanto, inepto”.

III — Decisão

Ante o exposto, não se conhece do recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos, Cercato Padilha, Eládio Torret Rocha, Nelson Schaefer Martins, Fernando Carioni e Torres Marques.

Florianópolis, 12 de junho de 2002.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente, com voto;
Cláudio Barreto Dutra,
Relator.

EMBARGOS INFRINGENTES N. 2002.004708-2, DE TUBARÃO

Relator: Des. Monteiro Rocha

Embargos infringentes — Indenização por dano moral — Execução de quantia indevida por estabelecimento bancário — Código de defesa do consumidor bancário — Serviços prestados com segurança e confiabilidade — Inexistência — Integral prevenção e reparação de danos morais — Quantificação pelo regime aberto — Livre arbítrio — Dano moral fixado pelo juiz singular de acordo com o disposto no art. 1.531 do Código Civil — Critério inadequado — Quantum indenizatório minorado no recurso de apelação — Redução demasiada — Votos vencedores fixando indenização em patamar abaixo dos parâmetros judiciais aceitos — Indenização arbitrada pelo voto vencido em montante superior — Prevalência do voto divergente — Recurso conhecido e provido.

O art. 1.531 do Código Civil não serve para quantificar danos morais.

A quantificação dos danos morais, pelo regime aberto, deve ser fixada pelo livre arbítrio judicial, tendo como parâmetros na convicção do juiz a posição econômica e social das partes, a intensidade do dolo ou da culpa do agente, a repercussão da ofensa e principalmente uma reprimenda pecuniária que atente para os aspectos punitivo-retributivos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2002.004708-2, da comarca de Tubarão, em que são embargantes John Victor Mueller e Edson Aparecido da Fonseca e embargados o Banco Nacional S.A. e Unibanco — União de Bancos Brasileiros S.A.:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Civil, por maioria de votos, conhecer do recurso e provê-lo para o fim de estabelecer, como valor indenizatório, a quantia de cem mil reais para cada um dos autores.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

John Victor Mueller e Edson Aparecido da Fonseca ajuizaram contra Banco Nacional S.A. e Unibanco — União de Bancos Brasileiros S.A. ação de indenização por ato ilícito, consistente no ajuizamento de ação de execução por quantia certa, quando os estabelecimentos bancários tinham ciência de que os embargantes nada deviam à primeira instituição requerida (posteriormente incorporada pela segunda), embora com ela houvessem firmado contrato de empréstimo bancário, na condição de avalistas da empresa Itagrês Revestimentos

Cerâmicos S.A., da qual são proprietários.

Sentenciando o feito, o Juiz titular da 2ª Vara Cível da comarca de Tubarão julgou procedente, em parte, o pedido indenizatório, condenando os requeridos ao pagamento de indenização por danos morais no montante de R\$ 419.707,50, a ser dividido igualmente por ambos os autores.

Irresignados, os autores, ora embargantes, apelaram postulando a majoração do *quantum* indenizatório para o valor postulado na inicial, correspondente a dez vezes o valor indevidamente executado pelas instituições requeridas.

Inconformados com a prestação jurisdicional, os réus, ora embargados, pugnaram pela reforma do decisório de primeiro grau objetivando a improcedência da prefacial ou a redução do valor condenatório.

A Segunda Câmara Civil, julgando ambos os recursos, decidiu, por maioria de votos, prover parcialmente o recurso da instituição financeira para reduzir o valor fixado a título de danos morais ao importe de R\$ 15.000,00 para cada um dos autores, vencido o Des. Anselmo Cerello, que os fixava em R\$ 100.000,00 para cada um dos autores; e, por unanimidade

de votos, *desprover o apelo formulado pelos autores*.

Ao venerando acórdão, pelos autores e pelos réus, foram opostos embargos declaratórios, os quais, julgados em uma única sessão, foram rejeitados por unanimidade de votos.

Objetivando fazer prevalecer o valor indenizatório sustentado no voto vencido, os autores opuseram embargos infringentes, os quais, após recebidos, foram contra-arrazoados pelas instituições financeiras embargadas.

É o relatório.

II — Voto

A divergência é limitada ao voto discrepante, o qual reduzia a indenização fixada pelo Juízo de primeiro grau para R\$ 100.000,00 para cada autor, enquanto que a douda maioria entendeu ser suficiente à reparação dos danos havidos o total de R\$ 15.000,00 para cada um dos autores.

Alegam os embargantes que a Segunda Câmara Civil apreciou o pedido como sendo decorrente de protesto indevido de título cambiário quando, na realidade, trata-se de cobrança de dívida já paga. Obtemperam que, aplicando-se a jurisprudência dominante, ter-se-ia como valor indenizatório a quantia correspondente a cem vezes o valor da dívida executada indevidamente.

O escopo dos embargos infringentes — processo de âmbito restrito à divergência — é fazer prevalecer o voto dissidente, que se restringe ao *quantum* fixado a título de danos morais. Portanto, não se discute a existência do dano em si, que foi provado de forma escorreita.

A propósito, esses embargos infringentes partem do pressuposto de que a indenização é devida e de que a execução pretendia cobrar, indevidamente, a quantia de R\$ 209.853,75. Aliás, a cobrança indevida, como observou o Togado *a quo*, é fato incontroverso no processo.

O regime aberto de quantificação por dano moral adotado no Brasil enseja ao magistrado o livre arbítrio — mediante convicção baseada nos elementos probatórios —, ao passo que nos países que adotam o regime fechado, a quantificação do dano moral deve estar alicerçada em tarifas estipuladas na legislação e na jurisprudência.

O Juiz singular, na ausência de parâmetro legislativo para quantificação dos danos morais, quantificou-os, aplicando o art. 1.531 do Código Civil, segundo o qual “aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se, por lhe estar prescrito o direito, decair da ação”.

Inaplicável ao dispositivo legal *supra* a hipótese *sub examine*, na qual se pretende a reparação por danos morais porque no ordenamento jurídico pátrio os danos morais são fixados pelo livre arbítrio judicial, dentro do regime aberto de quantificação indenizatória. Nesse sentido, aliás, é o disposto no Código Civil Pátrio, no capítulo referente à liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos (arts. 1.537 a 1.553).

O art. 1.553 da Lei Substantiva Civil determina que “nos casos não previstos neste Capítulo (Liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos), se fixará por arbitramento a indenização”.

Em decorrência do dispositivo *supra*, verifica-se que a quantificação do dano moral, objeto dos autos, não pode submeter-se à disciplina do art. 1.531 do Código Civil, mas sim por arbitramento, o qual deverá ter como parâmetros as posições econômica e social do ofensor e do ofendido, a intensidade do dolo ou culpa do agente, a gravidade, a repercussão da ofensa, mas principalmente no fato de que a pena pecuniária imposta dissuada o ofensor a reincidir no mesmo ilícito.

O parâmetro da posição econômica e social do ofensor e do ofendido não pode ser levado a extremos, tendo em vista que um mesmo ilícito praticado contra pessoas de diferentes posições no mundo econômico e social será quantificado, como indenização moral, de maneira diferenciada. Esse entendimento fará com que pessoas mais abastadas recebam indenizações mais expressivas, enquanto que às mais humildes sejam conferidos valores indenizatórios em menor patamar.

A jurisprudência pátria, ao examinar casos envolvendo indenização por dano moral, tem afirmado o posicionamento de que na quantificação indenizatória o juiz deverá levar em conta o aspecto teleológico da pena imposta, conforme se vê nos entendimentos abaixo:

“Dano moral. Objetivo punitivo/reparador da sanção pecuniária” (rel. Des. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, *in* Apelação Cível n. 70001042977,

de Sarandi, j. unânime em 8/5/02, pela 9ª Câmara Civil do TJRS, negaram provimento ao recurso).

“Dano moral. *Quantum* da indenização. Critérios de fixação.

“Ação de indenização por danos morais. Valor que atende aos dois objetivos: a) reparação do mal causado e b) coação para que o autor do dano não o venha a repetir. Sentença mantida. Apelo improvido” (rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann, *in* Ap. Cív. n. 70003018702, de São Leopoldo, j. unânime em 9/5/02, pela 10ª Câmara Civil do TJRS, negaram provimento ao recurso).

Uma pena pecuniária que tenha caráter repressivo-retributivo-educativo, a ponto de fazer com que o ofensor não incida no mesmo ilícito praticado é o parâmetro mais importante na quantificação do dano moral. Para que esse objetivo seja efetivado, indispensável é a análise da condição econômica do lesante no concernente à sua possibilidade de efetuar o pagamento indenizatório determinado judicialmente.

Aliás, não foi por outro motivo que o nosso sistema jurídico acolheu o entendimento de que a indenização moral deve ser a mais completa possível, indenização esta que está erigida na condição de direito fundamental e cláusula pétrea (art. 5º, X, da CF/88).

No caso *sub judice*, o estabelecimento requerido possui condições econômicas e financeiras muito superiores às dos requerente; o estabelecimento requerido não cumpriu o art. 15, § 2º, da Resolução n. 2.878/2001, do Conselho Monetário Nacional, que determina que os serviços bancários preservem a integridade, a confiabili-

dade, a segurança e o sigilo das transações realizadas com clientes e usuários; o estabelecimento requerido também infringiu a mesma Resolução segundo a qual “os estabelecimentos bancários e financeiros devem adotar medidas que objetivem assegurar a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, causados a seus clientes e usuários” (art. 1º, V); o ilícito praticado pelo estabelecimento ofensor causou restrições de crédito aos requerentes, restrições estas que afetam o seu dia-a-dia; o ajuizamento da ação executiva importou na impossibilidade de obtenção de crédito para os requerentes; tal ilícito é muito mais grave que a maioria dos danos morais decorrentes de abalo de crédito porque demonstrada, por parte do estabelecimento requerido, atitude eivada de flagrante má-fé, principalmente pela interposição de recurso contra sentença homologatória (fls. 120/123), que extinguiu a ação executiva a pedido da própria instituição financeira (*vide* fl. 111). Ora, se reconhecia, como de fato reconhece, a inexistência de inadimplemento contratual por parte dos autores avalistas, o estabelecimento bancário deveria ter tomado todas as providências no sentido de que a execução fosse obstada, inclusive revogando os poderes que foram concedidos ao procurador que insistiu na execução do crédito cobrado.

Verifica-se, portanto, que o estabelecimento bancário não vem cumprindo a determinação do Conselho Monetário Nacional no tocante à sua qualidade dos serviços que presta, mais especialmente no que se refere à sua segurança. Realmente, se o estabelecimento bancário objetivasse o cumprimento dos requisitos determina-

dos pela Resolução n. 2.878, do CMN, nenhum dano moral o estabelecimento bancário teria impingido à empresa requerente.

Por outro lado, flagrantes são as restrições de crédito sofridas pelos requerentes ensejando-lhes prejuízo (fls. 48/52).

O valor indevidamente executado era de R\$ 209.853,75. Por que, então, a indenização respectiva tem de limitar ao deferimento de R\$ 15.000,00 para cada autor? Parece, *data venia*, mais condizente com o solidarismo jurídico, que deve permear todas as relações contratuais, a condenação em quantia superior à adotada pela douda maioria; aliás, o *quantum* sugerido no voto vencido do eminente Des. Anselmo Cerello demonstra-se apropriado.

Com efeito, a quantia fixada de quinze mil reais mostra-se demasiadamente parcimoniosa, ante os valores executados indevidamente, o grau de intensidade culposa por parte do estabelecimento infrator, o abalo de crédito sofrido pelos requerentes, e principalmente pela necessidade de se impor uma pena pecuniária que objetive realmente atender os princípios teleológicos que a guiam.

Sopesados os critérios para a quantificação indenizatória, fixo os danos morais em R\$ 100.000,00 para cada um dos autores, na forma do voto dissidente do eminente Des. Anselmo Cerello, valor este a ser corrigido a partir do trânsito em julgado da decisão.

No tocante aos honorários advocatícios, fixo-os em 20% sobre o valor condenatório, mais juros legais e correção monetária, tudo a partir da sentença de primeiro grau.

É o meu voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por maioria de votos, conhece-se dos embargos infringentes para dar-lhes provimento, fixando-se o *quantum* indenizatório em R\$ 100.000,00 para cada um dos autores, vencido o Des. Mazoni Ferreira que desprovê o recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Luiz Carlos Freyesleben, Jorge Schaefer Martins, Orli Rodrigues, Wilson Augusto do Nascimento e José

Volpato de Souza e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira.

Florianópolis, 11 de setembro de 2002.

Carlos Prudêncio,
Presidente com voto;
Monteiro Rocha,
Relator.

Declaração de voto vencido do Des. Mazoni Ferreira:

As razões de meu voto estão no acórdão de fls. 457/465.

Em 23/9/02.

Mazoni Ferreira

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.014531-6, DA CAPITAL

Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra

Embargos de declaração — Contradição, omissão e obscuridade — Afirmções incomprovadas — Desnecessidade de manifestação quanto à globalidade das questões apresentadas pelas partes — Embargos rejeitados.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração opostos ao acórdão proferido no Agravo de Instrumento n. 2001.014531-6, da comarca da Capital, em que é embargante Banco BMC S.A., sendo embargados Makenji Importação e Comércio Ltda., Mário Kenji Iriê e Regina Celi Zaquine Iriê:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, rejeitar os embargos.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Banco BMC S.A. opôs embargos de declaração ao acórdão proferido no agravo de instrumento interposto contra Makenji Importação e Comércio Ltda., Mário Kenji Iriê e Regina Celi Zaquine Iriê.

Primeiramente asseverou haver equívoco na decisão ao referir-se à Central de Risco do Banco do Brasil quando o correto seria Central de Risco do Banco Central.

Levantou alguns pontos, aduzindo haver omissão, obscuridade e contradição no acórdão quanto:

1. ao período em que o processo ficaria suspenso, no qual não seria computada a multa discutida;

2. à data considerada como *di-es ad quem* para a interposição de recurso contra a primeira decisão, tendo formulado vários questionamentos pretendendo desconfigurá-la (arts. 234 a 239, 242 e 526, todos do CPC e art. 5º, LIII, da CF);

3. à falta de análise da afirmação segundo a qual o embargante não teria sido intimado sobre a juntada de

documentos e prática de atos pelo juiz incompetente, durante o período de suspensão do processo, conforme determina o art. 266 do CPC, infringindo o princípio do contraditório;

4. à alegação de que não estariam comprovados os prejuízos que teriam advindo à parte, em relação aos atos praticados pelo juízo incompetente, diante do primeiro despacho ter sido o que antecipou a tutela fixando multa;

5. ao acórdão ter decidido, em agravo de instrumento, sobre a responsabilidade do banco quanto à inscrição nos nomes dos devedores nos bancos de dados, sem a observância do devido processo legal e da ampla defesa, em afronta aos arts. 126 do CPC e 5º, LIV, da CF. Acrescentou não ter ficado claro da necessidade de discussão e produção de provas em ação ordinária, diante de ter havido uma decisão de mérito da questão, ou se a matéria estaria preclusa; vindo a ressaltar que no agravo foi a primeira oportunidade em que se falou em culpa do banco no evento;

6. à expedição de ofício determinando a exclusão dos nomes dos inadimplentes dos cadastros de restrição ao crédito, que se contradizia com o corpo do acórdão quando dispõe sobre a necessidade de ser produzida prova sobre a matéria;

7. à não constar do aresto as declarações verbais apresentadas pelo Relator na sessão, relativas à demonstração da existência de convênio entre o Poder Judiciário do Estado de São Paulo e o Serasa;

8. à não terem sido especificados quais seriam os outros órgãos, além do SPC, nos quais teriam sido

anotados os nomes dos devedores, diante de ter havido referência apenas a este na decisão;

9. ao acórdão ter sido confuso quando disse que a execução foi aparelhada em junho de 2001 e a inscrição efetivada em fevereiro de 2001.

Apresentou, ainda, argumentações sobre pontos decididos no julgamento, ora rebatendo-os, ora esmiuçando-os, pretendendo um exame mais aprofundado das referidas questões.

Nesse contexto, aduziu que a contagem do prazo para a interposição do recurso se iniciaria da intimação sobre os termos da decisão e não do trânsito em julgado desta, pelo que a recontagem do prazo deveria ser efetuada da intimação do juízo competente sobre o recebimento, ratificação ou prática de qualquer ato, a partir do qual recomençaria o cômputo do prazo.

Esclareceu não ter afirmado ser necessária a ratificação expressa dos atos praticados pelo juízo incompetente, sendo suficiente qualquer intimação relativa ao andamento do feito.

Quanto à inscrição nos organismos de proteção ao crédito, aduziu não estar a matéria preclusa, porquanto não teria sido dada ciência, ainda, ao embargante, sobre a suposta inscrição, sustentando a necessidade do contraditório. Questionou qual teria sido a ordem descumprida a que se referiu o acórdão, e juntou documentos novos pretendendo provar não ter sido o banco o responsável pela inscrição de nenhum dos três embargados no Serasa.

Asseverou que o aresto anulou todas as decisões e atos realizados depois da remessa dos autos ao foro

distrital, mas não englobou a petição de fl. 121 e a decisão de fl. 141, o que deveria ter sido efetuado e acarretaria a suspensão da incidência da multa sobre este período.

Requeru o acolhimento dos embargos, postulando, ao final, o efeito infringente ao julgado (fls. 365/376).

II — Voto

A análise do acórdão (fl. 350 do agravo) mostra que houve equívoco ao constar no relatório: Central do Risco do Banco do Brasil, quando o correto seria Central de Risco do Banco Central. No entanto, diante do erro não interferir no conteúdo do julgado e do nome do órgão ter sido utilizado de forma correta à fl. 14, corrige-se-o nesta oportunidade.

Os embargos são conhecidos, porque próprios e tempestivos. No entanto, devem ser rejeitados.

Os embargantes opuseram-nos aduzindo ter ocorrido omissão, obscuridade e contradição no aresto.

Primeiramente, cumpre lembrar que o acórdão embargado refere-se a um agravo de instrumento interposto contra duas decisões, a primeira na qual foi concedida a liminar e estabelecida multa pelo seu descumprimento, e a segunda que majorou a multa, determinando a prisão.

O interlocutório que deferiu a liminar diante da presença dos requisitos legais (fls. 104/106), transitou em julgado. Não interposto recurso no prazo legal, a matéria restou preclusa.

Quanto aos dias em que o feito estaria suspenso, não sendo computada a multa estabelecida, inexistiu manifestação expressa no aresto quanto à matéria, pois houve tão-somente re-

ferência à suspensão do processo para fins de contagem do prazo recursal da primeira decisão, não havendo, portanto, o que ser esclarecido.

Inexiste, da mesma forma, obscuridade quanto ao *dies a quo* e *dies ad quem* para a interposição do recurso contra a primeira decisão, sendo suficiente a atenta leitura do histórico efetuado para ficar evidenciada a intempestividade do agravo em relação àquela.

Com relação às alegações de que o embargante não teria sido intimado sobre os atos realizados pelo juiz incompetente no período da suspensão, ficou claro que, em face do Togado ser relativamente incompetente, os atos foram ratificados tacitamente, enquanto que os praticados depois da chegada dos autos ao juiz competente, em relação aos quais não foi observado o contraditório, foram anulados.

Em nenhum momento na decisão afirmou-se não ter sido comprovados os prejuízos que a primeira decisão teria causado ao banco, mesmo porque, consoante já alinhado, aquela restou preclusa.

Cabe ainda lembrar que o primeiro interlocutório agravado, o que concedeu a medida, derivou de um juízo de cognição superficial inerente às liminares e, muito embora a matéria estivesse preclusa, esta Câmara entendeu, quando da análise do agravo, ter sido o banco o responsável pela inscrição dos devedores nos cadastros de inadimplentes.

Por óbvio não se fala aqui em julgamento de mérito, mas na presença do *fumus boni iuris* relativamente à análise da liminar.

Absurdas, portanto, as afirmações de que o aresto teria decidido sobre a responsabilidade do banco no agravo de instrumento, em desrespeito ao contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Da mesma forma, sem fundamento a alegação de que a contradição nesse ponto residiria em primeiro ter-se afirmado da necessidade de produção de provas e posteriormente decidido a questão, de forma a justificar a inadmissibilidade de expedição de ofício para tanto. Ademais, trata-se de ação cautelar que visa a apenas assegurar a eficácia do processo principal e referidas questões serão discutidas na ação ordinária proposta.

É notório que o acórdão é a síntese do julgamento apresentado oralmente na sessão, devendo registrar os fundamentos principais do julgado. Desnecessário que nele constem todos os argumentos apresentados para rechaçar a tese do recorrente, desde que contenha motivos suficientes para decidi-la.

Com relação à inscrição dos devedores nos cadastros de inadimplentes, esta Câmara entendeu que, não acostados documentos suficientes para comprovar o registro nos demais órgãos, restou evidenciada a inclusão unicamente no Serasa, motivo pelo qual se referiu apenas a este no acórdão.

Inocorreu confusão ao entender-se que a execução proposta em junho de 2001 é relativa à mesma dívida que deu causa à inscrição dos cadastros de restrição efetuada em fevereiro de 2001. O acórdão é patente ao discorrer sobre o assunto.

No que tange à apresentação de novos documentos pretendendo demonstrar não ter sido o banco o responsável pela inclusão de quaisquer dos devedores nos cadastros de inadimplentes, ressalte-se que o agravo deve limitar-se à matéria analisada na decisão agravada e, diante do não conhecimento do agravo em relação ao primeiro interlocutório, fica impedida a reanálise das questões lá discutidas no presente recurso.

Acresça-se a isso que os embargos de declaração não são o meio hábil para postular a reforma do aresto com base em documentos novos.

Suficientes, por conseguinte, as explanações apresentadas no acórdão que, muito embora tenha considerado algumas questões preclusas, discorreu sobre elas a título elucidativo para poder chegar à conclusão.

Inexistindo qualquer omissão, obscuridade ou contradição, conclui-se que o embargante utilizou-se dos embargos pretendendo rediscutir inúmeras matérias e obter novo e repetitivo pronunciamento desta Câmara.

Nesse contexto apresentou extensas e infundadas alegações que, mesmo com o fim de prequestionamento, não têm o condão de impor efeito infringente ao julgado.

Some-se a isso que “o juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos” (RJTJESP 115/207).

Pode-se inferir que o pretendido pelo embargante é a modificação do conteúdo do julgado, inadmissível pela via eleita.

A respeito, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“Os embargos declaratórios, a pretexto de esclarecer ou completar o julgado, não têm por objetivo renovar a discussão, corrigir ou emendar os fundamentos da decisão. Também não cabem para elucidação ou exigir maior explicitação do voto” (STJ, REsp n. 6.784-0/RS, rel. Min. Milton Pereira).

E ainda, deste Tribunal:

“Embargos de declaração — Vício inexistente — Rejeição.

‘Se a parte dissente dos fundamentos esposados no aresto embargado, cumpre-lhe questioná-los na via recursal própria, não se prestando os embargos declaratórios para rediscussão da matéria objeto da lide’ (EDAC n. 98.004608-4, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Eder Graf, j. 1^o/9/98)” — (*in* Embargos de Declaração n. 96.002443-3, rel. Juiz Nilton Macedo Machado).

III — Decisão

Diante do exposto, rejeitam-se os embargos.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Eládio Torret Rocha e Fernando Carioni.

Florianópolis, 27 de agosto de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente e Relator.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

HABEAS CORPUS

HABEAS CORPUS N. 2002.011092-8, DE TUBARÃO

Relator: Des. Gaspar Rubik

Habeas corpus — Réu revel preso durante a instrução processual — Prolação de sentença condenatória sem realização prévia de seu interrogatório — Violação ao art. 185 do Código de Processo Penal — Vício insanável — Anulação do decisum — Segregação, contudo, mantida, porque decorrente, também, de outra prática delictiva — Ordem parcialmente concedida.

“A autodefesa prevalece no ato do interrogatório (art. 188) e, somada à defesa técnica, formam a unidade defensiva. A não-realização do ato implica, pois, falta de pressupostos de validade do processo (CF, art. 5º, LIV e LV), não provocando tão-só presunção de prejuízo, mas séria vacilação quanto à justeza da condenação. A nulidade aflora absoluta e, portanto, insanável (art. 564, III, e)” (RT 667/288).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 2002.011092-8, da comarca de Tubarão (Vara Criminal), em que é impetrante Irineu João Rios, sendo paciente Francisco Henrique Locks:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, conceder parcialmente a ordem.

Custas de lei.

O Dr. Irineu João Rios impetra o presente *habeas corpus* em favor de Francisco Henrique Locks, que alega estar sofrendo constrangimento ilegal

porque, tendo sido preso durante a instrução processual, depois de já ter sido decretada sua revelia por não ter comparecido para interrogatório, foi condenado a 2 (dois) anos de reclusão pela prática do delito capitulado no art. 155, *caput*, do Código Penal, sem que o MM. Juiz de Direito sentenciante procedesse àquele ato, o que caracteriza evidente cerceamento de defesa, malferidor dos princípios do contraditório e da ampla defesa, e causa de nulidade insanável.

Solicitadas e prestadas informações pela autoridade indigitada

como coatora, o pedido foi levado a julgamento, na seção respectiva, pronunciando-se oralmente a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Paulo Antônio Günther, pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.

A nulidade apontada na impenção, causadora de cerceamento de defesa e malferidora dos princípios constitucionais aludidos, realmente está patenteada, de modo que a concessão da ordem é inarredável, porém não por inteiro, porque a prisão do paciente não decorre exclusivamente da sentença condenatória proferida sem observância daquela exigência legal.

Com efeito, pois segundo se apanha dos autos, o paciente, citado pessoalmente (fl. 8, verso), deixou de comparecer à audiência designada para seu interrogatório (14/6/99). Na oportunidade, o MM Juiz inquiriu os co-autores e decretou sua revelia (fl. 9), nomeando-lhe defensora dativa. Mais tarde, contudo, foi ele “requisitado” à Administração do Presídio Público da Comarca e compareceu à audiência para oitiva das testemunhas de acusação, que se realizou em 28/11/02 (fls. 10 e 15), quando foi dada por encerrada a instrução, por não ter a defesa requerido prova testemunhal, e, em seguida, após apresentadas as alegações finais, proferida a sentença.

Ora, se durante o *iter* processual o paciente não só esteve preso, como também presenciou a produção da prova, não há aceitar a ponderação da autoridade impetrada, nas informações que prestou, de que ele “não se apresentou espontaneamente

e, estando suficientemente esclarecidos os fatos, optei pela não realização do interrogatório” (fl. 43).

É que “o interrogatório, sendo ato fundamental, mesmo que não imprescindível, deve ser realizado em qualquer momento do procedimento, a fim de que o acusado, no exercício de sua defesa pessoal, possa apresentar diretamente a sua versão a respeito do fato, influenciando sobre o convencimento do juiz. Por isso, o art. 185 do CPP diz que, se o réu vier a ser preso, ou comparecer espontaneamente, ou em virtude de intimação, perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado. Por outro lado, o Código estatui no art. 564, III, que há nulidade na falta de interrogatório do réu presente. Cuida-se de nulidade insanável” (Grinover, Ada Pellegrini, *et alii*. As Nulidades no Processo Penal. 6ª ed., RT, São Paulo: 1998, págs. 83/84).

A jurisprudência não discrepa:

“Há violação ao art. 185 do Código de Processo Penal quando o réu não é interrogado, mesmo que preso no período que medeia entre a lavratura da sentença e o julgamento da apelação, até porque o interrogatório é meio de prova” (HC n. 76206/SC, rel. Min. Maurício Correa, j. em 19/5/98).

“Não interessa à Justiça julgar sem ouvir o réu quando há tempo, ainda, para que isso seja feito. O interrogatório é um dos meios de prova que a lei contempla. Sua omissão injustificada acarreta a nulidade do processo” (RT 547/328).

Nesse sentido, consultar: Ap. Crim. n. 00.006348-7, de São Miguel

do Oeste, rel. Des. Torres Marques, j. em 22/8/00; Ap. Crim. n. 99.021224-6, de Chapecó, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 8/2/00; Ap. Crim. n. 00.000982-2, da Capital, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 18/4/00; Ap. Crim. n. 29.760, de Brusque, rel. Des. Cláudio Marques, j. em 29/11/93; entre outros.

Sobre o assunto esclarece, ainda, Ada Pellegrini Grinover:

“Já a autodefesa, não podendo ser imposta ao acusado, é considerada renunciável por este, mas essa renunciabilidade não significa sua dispensabilidade pelo Juiz. De sorte que o cerceamento de autodefesa, mutilando a possibilidade de o acusado colaborar com seu defensor e com o juiz para a apresentação de considerações defensivas, pode redundar em sacrifício de toda a defesa” (*op. cit.*, pág. 77).

Mas, apesar disso, o MM. Juiz, mesmo alertado, porque a nulidade foi argüida quando do oferecimento das alegações derradeiras, deixou, ainda assim, passar uma oportunidade de ouro para evitar a prolação de uma sentença contaminada por tal vício mortal. E, por outro lado, por ter sido oportuna a argüição, não há falar em preclusão.

Flagrante a nulidade, inexistente óbice a que por ordem mandamental se a pronuncie, anulando-se o ato ferido de morte. A respeito, colhe-se de saudável orientação doutrinária, expressa na lição da erudita Ada Pellegrini Grinover:

“(…) não exclui o interesse de agir, pela falta de adequação, a previsão legal de recurso específico para atacar o ato apontado como restritivo ou ameaçador de liberdade do pacien-

te: é que o *habeas corpus* constitui remédio mais ágil para a tutela do indivíduo e, assim, sobrepõe-se a qualquer outra medida, desde que a ilegalidade possa ser evidenciada de plano, sem necessidade de um reexame mais aprofundado da justiça ou injustiça da decisão impugnada.

“Majoritário na jurisprudência o entendimento segundo o qual o *writ* pode ser pedido mesmo na pendência de apelação ou outro recurso contra decisão judicial, pois inadmissível fique o réu preso ou ameaçado de prisão enquanto se processa, mais demoradamente, o remédio recursal ordinário (STF, RT 584/467; STJ, RSTJ 30/121; TJSP, RJTJSP 37/215, 106/481, RT 634/289 etc.). A restrição que se faz, nesse ponto, não diz respeito à inadequação da via do *habeas corpus* (interesse de agir), mas à impossibilidade de reexaminar com maior profundidade o conjunto probatório que serviu de base a uma condenação ou, ainda, por exemplo, nulidade relativa, dependente de demonstração de prejuízo (STF, RT 544/469; TACrimSP, RJD 8/183; TJSP, RJTJSP 132/555 etc.)” (Recursos no Processo Penal. 3ª ed., RT, São Paulo: 2001, págs. 352/353).

Ressalva, entretanto, há de ser feita, no sentido de que a concessão da ordem é apenas parcial, com o fim exclusivamente declarado, ou seja, para anular a sentença e determinar a realização do interrogatório, porque, pelo que também se infere das informações prestadas pela autoridade impenetrada, o paciente não se encontra segregado tão-somente em razão do *decisum* objurgado, que lhe negou o direito de recorrer em liberdade, mas também porque foi “preso novamente

em flagrante, quando em liberdade condicional” (fl. 45).

Daí por que não se a concede para que seja expedido alvará de soltura, porque este não poderia ser executado, já que por “al”, ou seja, por outro motivo, o paciente está preso.

Destarte, concede-se a ordem, em parte, para anular a sentença em relação ao paciente, a fim de que se proceda ao seu interrogatório, oportunizando-se às partes, após, complementarem, querendo, suas alegações finais e prosseguindo-se nos ulteriores

termos, mantida, no entanto, sua segregação cautelar.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Souza Varella e Solon d’Eça Neves, e proferiu parecer oral, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 25 de junho de 2002.

Souza Varella,
Presidente para o acórdão;
Gaspar Rubik,
Relator.

HABEAS CORPUS N. 2002.016147-6, DE LAGES

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Habeas corpus. Quadrilha. Direito de apelar em liberdade. Paciente primário e portador de bons antecedentes, assim reconhecidos na sentença, e que respondeu solto ao processo. Artigo 594 do Código de Processo Penal. Vedação do benefício sem qualquer fundamentação. Aplicabilidade somente após expostas as razões de convencimento da necessidade da prisão pelo magistrado. Constrangimento evidente. Ordem concedida para assegurar ao paciente o direito de aguardar solto o julgamento de eventual recurso.

Para a vedação ao direito de apelar em liberdade, ainda que invocado o artigo 594 do Código de Processo Penal, é impositiva fundamentação na sentença condenatória, mormente quando o réu respondeu ao processo em liberdade, é primário e portador de bons antecedentes, assim reconhecidos quando da fixação da pena, no mínimo legal.

Oliveira e paciente Josemir Esbecker da Silva:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 2002.016147-6, da comarca de Lages, em que é impetrante Andréa Cristina

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime,

conceder a ordem para assegurar ao paciente o direito de apelar em liberdade.

Na comarca de Lages, 3ª Vara Criminal, Josemir Esbecker da Silva foi condenado pela prática de atentado violento ao pudor, em continuidade delitiva, ao cumprimento de sete anos de reclusão, em regime integralmente fechado, negado o direito de apelar em liberdade.

Por meio de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Dra. Andréa Cristina Oliveira, é pretendida a concessão do direito de recorrer em liberdade, haja vista que respondeu ao processo nessa condição, bem como por não ter restado fundamentada a negativa na sentença. Além disso, aduz que o decreto condenatório está eivado de nulidade, ante a falta de análise da tese desclassificatória apresentada em alegações finais, sendo que sua prisão, antes do trânsito em julgado, constituiria constrangimento ilegal.

A liminar foi indeferida às fls. 45/46.

Nas informações, prestadas às fls. 49/50, esclareceu a autoridade judicial que “a MMA. Juíza de Direito Substituta, ao proferir sentença, condenando o acusado a sete anos de reclusão, negou-lhe o direito de apelar em liberdade, sustentando tratar-se de crime hediondo e determinando a expedição de mandado de prisão, o qual se encontra com o Senhor Oficial de Justiça para ser cumprido”.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Luiz Fernando Sirydakís, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

Segundo dispõe o artigo 594 do Código de Processo Penal, “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime que se livre solto”. Na sentença foram reconhecidos os bons antecedentes e a primariedade, com a fixação da pena-base no mínimo legal. Logo, o artigo invocado não se coaduna com a negativa do direito de aguardar em liberdade o julgamento de recurso que vier a ser interposto. Além disso, referido dispositivo não mais está sendo aplicado na sua interpretação literal, sendo indispensável que, em liberdade o réu no decorrer da instrução, a necessidade de sua prisão seja devidamente fundamentada. Nesse sentido, o já decidido: “O direito de o réu apelar em liberdade, previsto no artigo 594 do Código de Processo Penal, lhe é assegurado, ainda que reincidente, sempre que solto responder ao processo, e na ausência de qualquer circunstância nova, quando da prolação da sentença, capaz de justificar sua segregação para interposição de recurso” (*Habeas Corpus* n. 01.019517-8, de Capinzal, 2ª Câmara Criminal, j. 23/10/01). Ou, como afirmou o Superior Tribunal de Justiça: “À luz da nova ordem constitucional, que consagra no capítulo das garantias individuais, o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), a faculdade de recorrer em liberdade, objetivando a reforma da sentença penal condenatória, é a regra, somente impondo-se o recolhimento provisório do réu à prisão nas hipóteses em que enseja a prisão preventiva, na forma

inscrita no art. 312 do CPP” (DJU de 7/6/99, pág. 132).

Quanto aos crimes hediondos, como é o caso dos presentes autos, cabe citar a doutrina de Julio Fabbrini Mirabete: “Diante da Lei n. 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos e determina outras providências, o benefício da liberdade provisória após a sentença condenatória deixou de ser um direito do réu para adquirir a natureza de faculdade do juiz quando se trata dos delitos nela mencionados. Prevê a referida lei, em relação aos crimes hediondos e de genocídio, tentados ou consumados, e na prática de tortura, do tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins e de terrorismo que o juiz decidirá, fundamentadamente, se o réu poderá apelar em liberdade (art. 2º, § 2º). Dessa forma, ainda que o condenado seja primário ou registre bons antecedentes, a sua liberdade provisória depende do prudente arbítrio do juiz que, se entender ser ela aconselhável, poderá concedê-la, fundamentando suas decisões. Assim, presentes os requisitos e inexistentes os pressupostos que autorizariam a prisão preventiva, o benefício pode ser concedido aos condenados por crimes hediondos ou que lhe são equiparados desde que o magistrado declare as razões por que o concede. Embora a concessão da liberdade provisória seja uma faculdade conferida ao julgador, segundo a

jurisprudência do STJ, deve o juiz fundamentar a decisão, não só quando concede a liberdade provisória, como quando a denega. Diga-se, aliás, que o artigo 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/90, revogou o artigo 35 da Lei de Tóxicos, que sempre condicionava o recurso à prisão do réu na hipótese de condenação por tráfico de entorpecentes e drogas afins (arts. 12, 13 e 14 da Lei n. 6.368 de 21/10/76)” (*Processo Penal*, Atlas, 8ª ed., pág. 651). Assim quando em liberdade o réu, para que seja recolhido à prisão, em decorrência de sentença condenatória, inarredável a necessidade de fundamentação, não bastando a mera referência ao dispositivo que impõe tal condição, como consta da sentença condenatória do paciente.

Em face do exposto, a ordem é concedida para assegurar ao paciente o direito de apelar em liberdade.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Sérgio Roberto Baasch Luz, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakís.

Florianópolis, 20 de agosto de 2002.

Sérgio Paladino,

Presidente;

Maurílio Moreira Leite,

Relator.

HABEAS CORPUS N. 2002.012125-3, DA CAPITAL**Relator: Des. Newton Janke**

Habeas corpus. Homicídio. Excesso de acusação. Qualificadora incompatível com os fatos narrados na denúncia e com a prova. Lei dos crimes hediondos. Possibilidade de concessão da liberdade provisória. Ordem concedida.

1. Se, a um exame perfunctório da prova, for possível verificar que a qualificadora do homicídio inserida na denúncia é incompatível com os fatos apurados e narrados, deve ela ser expurgada, notadamente quando o excesso de acusação produz reflexos no ius libertatis e acarreta constrangimento ilegal.

2. Salvo em casos excepcionais, o ciúme não é motivo torpe, malgrado possa ser injusto.

3. Desbastada a exacerbação da denúncia, arredam-se os efeitos processuais da Lei n. 8.072/90 para, na ausência dos pressupostos do art. 312 do CPP, permitir ao acusado responder ao processo em liberdade.

Vistos, relatados e discutidos este autos de Habeas Corpus n. 2002.012125-3, da comarca da Capital, em que é impetrante Valdir Mendes, sendo paciente Reni Moreira:

ACORDAM, em Câmara de Férias, por decisão unânime, excluir da denúncia a qualificadora do motivo torpe e, em conseqüência, conceder a ordem para que o paciente aguarde o julgamento em liberdade, se por outro motivo não estiver preso.

Custas de lei.

O advogado Valdir Mendes impetra *habeas corpus* em proveito de Reni Moreira, preso em flagrante no processo a que responde na 1ª Vara Criminal da comarca da Capital, como incurso nos arts. 121, § 2º, inc. I (motivo torpe), do Código Penal, e 10 da Lei n. 9.437/97, em razão de, no dia

5/6/02, ter assassinado sua companheira ou ex-companheira, Cristiane Mattos, com o emprego de um revólver portado sem autorização legal.

Ante a decisão denegatória ao pedido de liberdade provisória, sustenta a impetração que o paciente, com 69 (sessenta e nove) anos de idade, formação universitária, primário e com residência definida, padece de constrangimento ilegal porque a custódia que lhe está sendo imposta não tem suporte objetivo em nenhuma das hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal.

Prestadas as informações pela digna autoridade dita coatora, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho, pela denegação da ordem, à vista do óbice erigido no art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, recomen-

dando, entretanto, que o paciente deve permanecer recolhido em prisão especial até o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória.

É o relatório.

O quase septuagenário paciente conviveu com a vítima, de 29 anos de idade, por mais de três anos, resultando desse relacionamento, marcado por alguma turbulência, o nascimento de um filho, atualmente com menos de 2 (dois) anos de idade, gerado após uma reconciliação do casal, reconciliação esta que acabou definitivamente rompida no último trimestre de 2001.

No dia 5 de junho do corrente ano, um dia após comprometer-se de comparecer ao Juizado Especial Criminal em razão de supostas ameaças à vítima (fl. 80), o paciente foi à loja da ex-companheira, e ali fulminou-a com tiros de revólver, a salvo de testemunhas presenciais da cena delituosa.

Esta breve sinopse fática faz-se necessária porque o caso em exame obriga a uma serena e crítica reflexão sobre a aplicabilidade do inc. II do art. 2º da Lei n. 8.072/90, que, uma vez interpretado na frieza de sua literalidade, chancelará clamorosas injustiças e, mais do que isso, autoriza a pensar seriamente que o referido preceptivo legal tangencia a inconstitucionalidade porque, se os tribunais e juízes não lhe derem uma interpretação construtiva e ajustada ao princípio da razoabilidade, o princípio constitucional do tratamento igualitário em face da lei estará irremediavelmente comprometido.

Na hipótese em exame, não há nenhum elemento probatório que, objetivamente, autorize vislumbrar quais-

quer das situações do art. 312 do Código de Processo Penal.

O paciente, após separar-se de fato de sua esposa, radicou-se, há mais de 6 (seis) anos, em Florianópolis, associando-se com um irmão médico numa clínica, onde conheceu a vítima. Ao ser preso, logo após o delito, confessou que pretendia ir a Curitiba, onde reside sua mãe, de 87 anos de idade. Isso, entretanto, em si e por si, não induz presumir que pretenda subtrair-se à persecução penal em curso.

Daí que só por conjecturas poder-se-á dizer ou profetizar que, em liberdade, será uma ameaça à ordem pública, um empecilho à instrução ou que irá escafeder-se à aplicação da lei penal, em caso de uma futura condenação.

Em tais condições, se o paciente, em vez de ser preso em flagrante, tivesse sido detido em razão de decreto de prisão preventiva, faria *jus* à revogação da medida e poderia responder ao processo em liberdade, malgrado a capitulação legal da denúncia, segundo o qual o homicídio foi qualificado pelo motivo torpe.

Como e só porque deixou-se cair em flagrância delituosa, haverá de permanecer preso, ainda que, como dito, não presentes os pressupostos do art. 312 do CPP.

A conclusão que daí advém é que para situações factuais absolutamente idênticas a lei reserva dois pesos e duas medidas. Em última análise, a Lei n. 8.072/90 recomenda e até mesmo premia o autor do delito que se subtrai à prisão em flagrante porque, nesse caso, sua custódia somente poderá resultar de decreto de prisão pre-

ventiva, suscetível de revogação. Se a prisão for em flagrante, o juiz não poderá relaxá-la porque, tratando-se de crime tido como hediondo, a Lei n. 8.072/90 veda a concessão da liberdade provisória.

Se se pretender coerência e respeito ao princípio constitucional do tratamento isonômico em face da lei, das duas alternativas postas há que optar ou por uma ou por outra das seguintes soluções: 1 – nos crimes hediondos ou a eles equiparados, o direito de responder em liberdade ao processo, não presentes os pressupostos do art. 312 do CPP, existirá sempre, pouco importando que a prisão advinha de flagrante ou de decreto de prisão preventiva; 2 – praticado um crime hediondo ou a ele assemelhado, não tendo o agente sido preso em flagrante, o juiz obrigatoriamente decretará a prisão preventiva, mesmo que ausentes aqueles pressupostos da lei processual.

Certamente, ninguém ousará defender e trilhar o segundo caminho.

Como antecipado linhas antes, todas essas considerações têm, fundamentalmente, o propósito de instigar uma reflexão, já feita por muitos, sobre a constitucionalidade do inc. II do art. 8.072/90, malgrado o suporte que, em tese, lhe dá o inc. XLIII da Carta Magna.

Dito isso, é preferível obviar essa tormentosa questão, deixando-a à elevada consideração do Supremo Tribunal Federal, que, a propósito, como intérprete último e máximo da constitucionalidade das leis federais, já proclamou a conformação do questionado dispositivo à Carta Magna.

O caso concreto pode e deve ser resolvido à luz do direito infraconstitucional.

Sob essa ótica, é preciso enfrentar uma questão latente e preocupante que diz respeito ao eventual erro ou abuso na capitulação ou classificação do delito se e quando, em razão disso, há comprometimento ao direito à liberdade.

Em regra, o juiz não pode, ao receber a denúncia, rejeitá-la ou antecipadamente desclassificar o crime nela descrito. Há boas e sobejas razões para que assim não seja dado fazer porque, em caso contrário, o juiz estaria a produzir uma espécie de pré-julgamento, limitando e cerceando o direito à acusação tão legítimo quanto o direito à defesa.

Em favor da acusação, afirma-se, acertadamente, que a errônea capitulação da denúncia não a nulifica porque o réu defende-se dos fatos nela descritos. Se assim é, esse princípio deve também aproveitar ao acusado quando o enquadramento legal equivocado ou abusivo da denúncia acarretar injusto gravame ao *ius libertatis*.

No caso em exame, a denúncia qualificou o homicídio que teria motivação torpe ao fundamento de que “o bárbaro crime foi motivado por ciúmes da vítima e pelo fato desta vir desprezando o denunciado, tendo aquela, recentemente, rompido a coabitação e o relacionamento amoroso com este” (fl. 44).

Sucede que a jurisprudência, salvo em situações excepcionalíssimas, inadmite o ciúme ou mesmo eventual vingança como elemento de motivação torpe ou fútil. Os julgados a

esse respeito são copiosos e podem ser facilmente encontrados nos repertórios pretorianos, cumprindo, apenas a título exemplificativo, colacionar os seguintes precedentes:

“O despeito e o ciúme não representam torpeza, sob o ângulo legal. Torpe é o motivo repugnante, indicativo de alta imoralidade” (RT 393/132).

“Sendo réu e vítima casados, embora na ocasião do evento separados, não se pode cogitar ter sido torpe o móvel do crime, se a intenção do agente era, como se afirma, tentar reconciliação com a vítima, concitando-a a manter consigo congresso carnal” (TJSC, rel. Des. Aloysio Gonçalves, RT 534/390).

“É cristalina a inadequação da qualificadora do motivo fútil. Quem discute por interesse no reatar uma relação conjugal interrompida, e vendo-se rejeitado, pratica um crime, não age por móvel insignificante” (RJTJSP 141/362).

O que se verifica, então, no caso concreto, é que a inserção da qualificadora na denúncia não guarda compatibilidade com os fatos narrados ou com as provas apuradas, significando isto que, nesse ponto, padece de parcial inépcia a recomendar a sua exclusão por inexistir justa causa para tanto.

A respeito desse tema e, inclusive a título de fundamentos da decisão, cumpre transcrever trecho do excepcional acórdão relativo ao julgamento do *Habeas Corpus* n. 12.627/RJ, relatado pelo Min. Félix Fischer, do STJ:

“A acusação penal causa transtornos de tal ordem na vida das pessoas que não é possível aceitar-se

a afirmação, que aparentemente o sistema permite, de que a imputação é só uma proposta, apenas a abertura da via judicial para a devida e definitiva investigação dos fatos, que o princípio da presunção da inocência basta para resguardar o acusado etc. Na verdade, a imputação é em si um sério gravame, como expõem Frederico Marques (*‘Elementos’*, II/163, n. 345), Tourinho Filho (obra citada, pág. 449) e Greco Filho (*‘Manual de Processo Penal’*, págs. 81/82, n. 14), atingindo o *status dignitatis* da pessoa, manchando-lhe a reputação e a consideração social.

“De tal repercussão é, pois, a *opinio delicti* que o Ministério Público espelha na denúncia (ou o ofendido na queixa-crime) que inevitavelmente esse juízo não poderia ficar inteiramente entregue ao poder do articulador da peça acusatória.

“Há de haver, portanto, algum controle, algum poder corretivo da opinião delitiva exposta na acusação. E é certo que o CPP o prevê ditando requisitos formais da denúncia e hipóteses de sua rejeição, união (dos arts. 41 e 43 do CPP) que Tourinho Filho procede (mesma obra, pág. 472).

“Não basta, porém, que esse controle seja meramente formal e nem que ele fique limitado a uma estreita visão das condições da ação, salvo que se enriqueça o interesse de agir com a exigência de apoio fático e objetivo que façam plausível a imputação (Tourinho Filho, obra citada, págs. 453/60), enfaticamente, com texto incisivo e firme em torno do *fumus boni juris*; a este aludem também Frederico Marques, obra citada, pág. 167, n. 349, e, em tom menor, Mirabete (mes-

ma obra, pág. 134, n. 4.6.7), ou que se erija a justa causa (relação entre os fatos objetivamente investigados ou noticiados e a imputação) em verdadeira quarta condição da ação (Afrânio Silva Jardim, 'Direito Processual Penal', 3ª edição, em vários estudos ao longo da obra, como nas págs. 65, 80, 140, 146, 147, 148, 120, 121, 455). Nos comentários de Borges da Rosa, com a atualização procedida, obra atrás citada, há específico texto sobre o tema que vai até, talvez, um pouco além da meta:

'De princípio, convém esclarecer uma tese. Segundo a doutrina, o Ministério Público é o *dominus litis* da ação penal. Esse arbítrio da acusação pública, no entanto, precisa sempre de um lastro, que decorre da atuação probante dos elementos do inquérito. Ao Juiz não ficaria bem o papel de simples apreciador do aspecto formal do requisitório público, como missão do conteúdo deste diante do que lhe pudesse assistir como verdade ou realidade penal. A posição de *dominus litis* do Ministério Público, sem dúvida, não abstrai a crítica do órgão judicante, que, em última análise, é, que confere à denúncia a força de *ius persequendi*. A função do Juiz, portanto, encarna a manifestação de um poder que superintende os efeitos da persecução penal. Sem uma relação mais adequada, pois, entre as duas situações que se entrosam na aplicação da justiça, não é possível harmonizar os dois pólos da *actio poenalis*. Não basta, assim, que a denúncia tenha boa aparência legal, cumprindo que um dos seus requisitos – a exposição do fato criminoso, com todas as circunstâncias – corresponda a uma elucidação e não a uma mera interpretação

das provas do inquérito. Sem um mínimo de afinidade nas relações do inquérito com a formulação do *ius persequendi*, é evidente que se rompe um pressuposto indeclinável de toda a acusação. Ao Juiz, portanto, cabe um papel, atuante e não meramente passivo na apreciação da iniciativa penal (...). É preciso, antes de tudo, ou do *non liquet*, que sucumbe à aplicação do *ius puniendi*, a exigência máxima dos meios probantes que possam consolidar a convicção do crime e da sua autoria. Só aí, então, cessa tranquilamente a função judicante' (TJSP, RT 268/148).

“5. Quando se diz que a denúncia que descreve fato que é crime em tese não pode ser recusada certamente parte-se do pressuposto lógico de que ela está calcada em alguma fonte de informação aceitável. Geralmente dá-lhe base o inquérito policial, que pode ser substituído por outro suporte (CPP, art. 39, § 5º), o que reforça a óbvia consideração de que a imputação deduzida deve escorar-se em algo. Se é preciso um inquérito ou outra fonte de informação, é evidente que a imputação deve relacionar-se com essa base que a ampara, pois do contrário seria inócua a investigação ou a *notitia criminis* fundamentada, como observa Tourinho Filho (obra e página citadas). Faz-se então afirmável a distinção entre requisitos substanciais da denúncia: não basta que ela construa a descrição de um crime, é também necessário que essa elaboração esteja ancorada em alguma fonte; isto é, segundo a pena magistral do Ministro Ozozimbo Nonato, não pode a imputação resultar de criação mental do seu autor. (Essa observação está na base de outras formulações in-

terpretativas, entre as quais a de que embora a denúncia deva, em princípio, descrever a atuação de cada pessoa que concorre para o crime, para permitir o exercício da defesa, não é ela nula se não o faz quando o inquérito policial não oferece informação para a distinção das condutas – pois não é dado ao representante do Ministério Público preencher inventivamente os espaços: só pode ir até os limites objetivos da investigação produzida).

“Isto coloca o tema do abuso do poder de denunciar, que na verdade é onde se arma a questão em debate.

“Devem-se a Fragoso páginas magistrais sobre o assunto, na Rev. Bras. de Crim. e Dir. Pen., vol. 13, págs. 63 e seguintes, especialmente ns. 7 e 8, e na Jurisprudência Criminal, n. 176, págs. 226/28, 4ª edição, com indicação de doutrina e acórdãos.

“Os autores já citados, especialmente Frederico Marques (pág. 162, n. 344), Tourinho Filho (págs. 453 e seguintes) e Borges da Rosa (págs. 129 e seguintes) assinalam que não pode ser recebida a denúncia que se afasta faticamente do inquérito ou de outra fonte de informação que tenha. Na última dessas obras (pág. 145) diz-se expressamente que a exigência de base fática para a imputação objetiva evitar o arbítrio do titular da ação penal.

“6. Nessa linha tem o egrégio STF feito luzir as mais gratificantes páginas da jurisprudência brasileira. Quando assenta que a denúncia que exhibe acontecimento preenchedor de tipo penal deve ser recebida e aclarada a imputação na instrução, a Alta

Corte tem em vista hipótese de imputação adequada à peça que a instrumentaliza: RTJ 105/72 (destaca, além do aspecto formal, o substancial de denúncia ‘calcada em prova indiciária idônea apurada em inquérito policial-militar’); 108/1.029 (a ‘descrição não aberrada dos elementos apurados no inquérito policial a ponto de configurar-se abuso de poder do Ministério Público’); 113/1.032 (‘existência de sérios indícios incriminadores’); DJU de 18/12/81, pág. 12.937, 3ª e 4ª colunas, RHC n. 59.172/PR, 1ª Turma, unânime, (‘com base nos elementos do inquérito’); DJU de 12/5/88, pág. 11.199, RHC n. 665.985/MG, 1ª Turma, unânime (‘...se baseia em fatos apurados no inquérito policial’); DJU de 6/11/87, três precedentes: RHC n. 65.237/GO, e 65.368/SP, da 1ª Turma; n. 65.662/SP, da 2ª Turma; DJU de 1/8/86, pág. 12.889, RHC n. 63.843/MS, 1ª Turma etc.

“7. Esses exemplos já demonstram, pelo argumento a contrário, que se a relação com o inquérito está quebrada a denúncia se perde. Mas os precedentes de afirmação direta e incisiva dessa costura interpretativa não faltam. Em casos de competência originária, o STF rechaçou a acusação – composição plena, sempre por unanimidade: RTJ 111/461 (‘Denúncia que se apóia unicamente no inquérito policial, falecendo a este o mínimo de consistência que justifique a instauração do processo penal’), DJU de 2/8/85, pág. 12.045, 2ª coluna, Inq. n. 199/DF (‘Fato descrito na queixa, contrariado pelo texto publicado’). Ainda: RTJ 94/101 (‘É inepta a denúncia que fundada em meras conjecturas, dissociadas da prova indiciária até então apurada...’), 111/584 (‘Se fato essencial

narrado na denúncia não corresponde ao que se tem como resultante do exame técnico que serviu de base ao próprio oferecimento da acusação...'); 114/1.058 ('Denúncia (...) destoa inteiramente dos elementos de prova colhidos no inquérito policial'); 128/704 ('...diante dos elementos informativos obtidos no inquérito policial...').

“8. Também deita luzes o egrégio STJ destacando, ao manter a ação penal, que a denúncia tinha, em cada caso, apoio no inquérito policial (RHC n. 159/SP, 6ª Turma, DJU de 21/5/90, pág. 4.438); RHC n. 536/PR, 5ª Turma, DJU de 9/4/90, doutrinando, porém, na primeira parte da ementa, que ‘justifica-se o trancamento da ação penal, por falta de justa causa, se o exame do *habeas corpus* demonstra que a denúncia é *mera construção intelectual* (destaque agora feito) do Ministério público’ RHC n. 701/CE, 5ª Turma, DJU de 5/11/90, pág. 12.434, RHC n. 667/SP, 5ª Turma, DJU de 13/8/90, pág. 7.651; RHC n. 2.048, PR, 5ª Turma, unânime, DJU de 8/9/92, pág. 14.370.

“A egrégia Corte já fulminou a ação penal quando a denúncia se afasta da base objetiva que deve fundamentá-la: RHC n. 481/RJ, 6ª Turma, unânime, DJU de 2/4/90, pág. 2.462 ('Denúncia que se funda em mera suposição'); Revista do STJ 18/239 (constando da ementa este trecho: 'Denúncia abusiva por não se ajustar aos fatos noticiados nas peças informativas').

“9. É afirmável, por conseguinte, que a idéia geral, costumeira, comum, de que o Ministério Público é o dono da ação penal pública, e que a imputação deve ser admitida para a

devida comprovação instrutória, cede ao princípio superior que coíbe o abuso de poder quando a acusação se afasta da base objetiva que deve instruí-la, seja o inquérito policial ou outra peça.

“10. Essa formulação irrecusável ganha corpo não só quando haja o divórcio completo entre a acusação e o inquérito policial (ou outra fonte), mas também quando a falta de base seja parcial – de resto, hipótese mais verificável.

“Isto é, o corte do abuso de poder irradia-se também para os casos em que a criação mental, a articulação especulativa do acusado se corporize em parte da imputação, se for importante, grave, capaz de gerar prejuízos e efeitos processuais danosos.

“Ou seja, o exame – não profundo, pormenorizado, discutidor de minúcias – da viabilidade da imputação pode recair sobre parte dela.

“Se o abuso de poder, mesmo parcial, invade a esfera de proteção jurídica da pessoa, há de haver reparo pronto e eficaz.

“11. Pode ocorrer que a investigação (inquérito policial) noticie claramente o preenchimento de certo tipo penal e o acusador enquadre o fato noutro tipo, para além da base objetiva de que dispunha.

“Este *plus* pode ou não gerar desde logo efeitos danosos e abusivos.

“Normalmente não causa grande prejuízo e, então, são manejáveis as idéias gerais e indiscutivelmente corretas de que o Ministério Público é o senhor da ação, cabe-lhe a *opinio delicti*, instituição independente e insuscetível de influência, a capitulação

inicial é provisória e não vinculante, o momento próprio de corrigi-la é na sentença, acodem as variantes dos arts. 383 e 384, e parágrafo do CP.

“Linhas atrás aqui mesmo foi dito isso e indicada alguma doutrina que assim escreve.

“12. Mas a cada passo a realidade surpreende os esquemas rígidos e conduz à necessidade de o Juiz suavizá-los para a devida aplicação da lei.

“Situações há em que, excepcionalmente, algum corretivo tem de ser feito porque há claro, evidente e manifesto excesso de imputação, se disso resulta desvio ou grave prejuízo, pois a titularidade da ação penal e todos os princípios reconhecidos partem da idéia fundamental de que a imputação tenha base e esteja articulada nos limites da notícia fática disponível.

“Por exemplo, se a queixa-crime enquadra a lesão à honra no CP, quando a ofensa tenha sido praticada através da imprensa, uma correção inicial é inevitável, pois aquela classificação conduz a procedimento danoso à defesa, comparadamente com o da lei especial.

“E agora, com a edição da Lei n. 8.072/90, o gravame decorrente da imputação excessiva ganha novas cores e importância. Assim, se o fato for enquadrado num dos crimes de que cuida a lei, vedado está a libertação provisória – a tese da inconstitucionalidade da regra, nesse ponto, não importa deslindar; este Tribunal, através do Órgão Especial, por maioria, rejeitou a inconstitucionalidade – e a prescrição de fiança’.

“E mais adiante:

“15. Vê-se, portanto, que o poder acusatório, como de resto os poderes em geral que as pessoas podem ter, no âmbito da relação, não é exercível de qualquer modo ou em qualquer medida. Tudo, no ordenamento jurídico, regulando relações, definindo posições, sofre e tem de sofrer a limitação do bom uso, do *modus in rebus*, da legitimidade, da pertinência: a defesa tem de ser legítima, o exercício de direito regular etc.

“O Ministério Público é o *dominus litis* no sentido de exclusividade – só essa nobre instituição maneja o desencadeamento da ação penal pública (com a exceção única conhecida); mas não no sentido de *arbítrio*.

“Algum controle, excepcional, não profundo, apenas o suficiente para averiguar a legalidade da imputação, o Juiz há de ter. E isso acaba de ser proclamado em recente e precioso aresto do egrégio STF (1ª Turma, unânime, HC n. 68.926/MG, DJU de 28/8/92, pág. 13.453), constando da ementa este trecho:

‘O oferecimento da denúncia pelo Ministério Público submete-se, após a sua formalização, a estrito controle jurisdicional. Essa atividade processual do Poder Judiciário, exercida liminarmente no âmbito do processo penal condenatório, objetiva, em essência, a própria tutela da intangibilidade do *status libertatis* do imputado.

‘O Código de Processo Penal não reclama explicitude ao ato de recebimento judicial da peça acusatória. O ordenamento processual penal brasileiro não repele, em consequência, a formulação, pela autoridade judiciária, de um juízo implícito de admissibilidade da denúncia’.

“16. Como, porém, se expressa essa superficial e excepcional confrontação entre a imputação e a base objetiva (inquérito, via de regra) que a sustenta?

“Se o abuso do poder de denunciar foi completo, desvio acabado da imputação, se a criação mental é total, certamente é caso de rejeição, seja que se fale em interesse de agir, *fumus boni juris*, justa causa.

“17. Pode ocorrer, no entanto, que a divergência entre a imputação e o fato objetivamente disponível seja parcial, num lance, mas dele resultando o sério gravame, como no caso.

“E pode ser, também, que a diferença entre a imputação possível e a imputação abusiva seja tão grande ou maior do que a própria denunciabilidade, isto é, o abuso parcial pode ser maior feridor do que o abuso total. Por exemplo, a criação mental de uma lesão corporal leve e a criação mental de tráfico de drogas numa relação de consumo próprio: aquela permite fiança, liberdade provisória, não antecipa nada e acaba em nada; esta mantém a prisão, impede a soltura e até que venha o corrigimento da sentença, com a (única) classificação jurídica cabível do fato, privou-se indevidamente a liberdade da pessoa, pelo menos por algumas semanas.

“Daí que aponta o Magistrado Gama Malcher, no seu apreciado Manual de Processo Penal (1/311, n. 211) a possibilidade de o Juiz, ao receber a denúncia, corrigir a classificação do fato.

“Várias situações poderiam ser lembradas, a propósito, como o enquadramento da ofensa do CP ao invés da Lei de Imprensa; a falsidade

documental do CP ao invés da sonegação fiscal, prevista neste caso extinção da punibilidade que naquele não há etc.

“O egrégio STF (RT 631/351) já decidiu realizável o recebimento da acusação contra uns e não contra outros, e para isso é certamente indispensável o exame da relação inquirido/investigação/imputação, solução apoiada por Gama Malcher (mesma obra, linhas adiante).

“Ou seja: Não é propriamente verdadeira, ao menos em toda a extensão, a afirmação de que o Juiz está absolutamente bloqueado de fazer, no recebimento da denúncia, algum exame da imputação, tendo de admitir cegamente o abuso do poder de denunciar.

“E, conforme a relação, pode ter de ser feita alguma correção ou pode ter de ser proferida a rejeição total da denúncia.

“Isto é, pode haver abuso completo do poder de denunciar ou apenas ‘excesso de capitulação’, de que falou o egrégio STF, embora noutro contexto (RT 580/435).

“18. Chega-se, então, à seguinte conclusão: Se a denúncia é aproveitável, embora com excesso de capitulação, porque descreva, na verdade, outra modalidade delitativa, muito mais amena, com reflexos imediatos no *status libertatis*, ou se acusa muito mais gente do que deveria, valendo contra uns imputados e não contra outros, é realizável a correção, com o recebimento da acusação.

“Se, porém, a denúncia não se presta, na descrição do fato, que é, como se sabe, o que verdadeiramente importa, pois é do relato fático que se

defende o réu para desencadear a ação penal, o único caminho é o da rejeição, *tout court*".

A possibilidade de, em sede de *habeas corpus*, corrigir ou rejeitar parcial ou totalmente a denúncia não é motivo de nenhuma perplexidade. Com efeito, diuturnamente os tribunais não hesitam em determinar o trancamento de ações penais quando a denúncia for inepta, o fato não se revestir de tipicidade, estiver extinta a punibilidade, quando a imputação não encontra suporte fático etc.

No caso em exame, uma perfunctória análise da prova revela inexistir lastro para a inserção da qualificadora do motivo torpe que, de resto e sobretudo, revela-se incompatível com os fatos narrados na exordial acusatória.

Ante o exposto, concede-se a ordem para, de ofício, excluir da capi-

tulação da denúncia a qualificadora do delito e, em conseqüência, na ausência dos pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal, deferir ao paciente a liberdade provisória na forma do art. 310 do mesmo diploma legal, determinando que aguarde em liberdade o julgamento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite, lavrando parecer, pela Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 9 de julho de 2002.

Jorge Mussi,
Presidente, com voto;
Newton Janke,
Relator.

APELAÇÕES CRIMINAIS

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.002637-9, DA CAPITAL

Relator: Des. Gaspar Rubik

Tóxico — Tráfico interestadual de cocaína — Prática mediante concurso — Autoria e materialidade comprovadas — Associação eventual caracterizada — Não aplicação, contudo, pela sentença condenatória, da causa especial de aumento de pena prevista no art. 18, III, da Lei n. 6.368/76 — Pena-base, ademais, modificadamente estabelecida, considerado o alto grau de culpabilidade revelado pelos agentes — Apelo ministerial buscando o agravamento da pena provido

Demonstrada a divisão de tarefas entre os partícipes, com a criação de um elo associativo e eventual para a prática do crime de tráfico de entorpecentes, o reconhecimento da majorante prevista no art. 18, III, da Lei n. 6.368/76 é de rigor, vise ele ou não menor de 21 anos ou pessoa que tenha diminuída ou suprimida capacidade de discernimento ou de autodeterminação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.002637-9, da comarca da Capital, em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, sendo apelado Roberto Batista de Oliveira, Nery Clito Vieira Filho e Vilson Sarmento:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso ministerial, para majorar a pena-base fixada, em virtude da culpabilidade acentuada, e para aplicar a causa especial de aumento de pena prevista no art. 18, III, da Lei n. 6.368/76.

Custas na forma da lei.

Na comarca da Capital, o representante do Ministério Público, amparado em auto de prisão em flagrante, ofereceu denúncia contra Nery Clito Vieira Filho, Luiz Carlos Meinschein, Vilson Sarmento, Roberto Batista de Oliveira e Íris Moraes, dando os homens como incursos nas sanções do art. 12 c/c o art. 18, III, da Lei n. 6.368/76, e a mulher nas sanções do art. 12, § 2º, III, c/c o art. 18, III, da referida lei, porque os dois primeiros se uniram com o objetivo de abastecer os usuários de cocaína da grande Florianópolis, negociando, o segundo, a compra de grande quantidade da referida substância tóxica com os traficantes do município de Ladário, no Estado do Mato Grosso do Sul. Como modo de efetivar o com-

binado, associaram-se ambos, ainda, a Vilson Sarmento, partindo os três para aquela localidade com o veículo de Íris Moraes, que seria utilizado como forma de pagamento, cabendo, a cada um dos pactuantes, uma parte do valor obtido com a posterior venda dos entorpecentes. Para trazer a referida substância até esta Comarca, utilizaram-se dos serviços de Roberto Batista de Oliveira, que ingeriu 83 (oitenta e três) cápsulas que continham aproximadamente 900g (novecentos gramas) de cocaína, conforme laudos de constatação de fls. 23 e 24 e termo de apreensão de fl. 27. Tão logo este desembarcou na rodoviária desta Cidade, foi recebido pelo denunciado Nery Clito Vieira Filho, oportunidade em que foram ambos abordados por dois policiais integrantes da Divisão de Entorpecentes da Diretoria Estadual de Investigações Criminais (Deic), e presos em flagrante delito.

Recebida a exordial acusatória, todos os acusados foram citados e interrogados, exceção feita a Luiz Carlos Meinschein, em relação ao qual o processo foi desmembrado (fl. 135), por ter sido dado como encontrado-se em lugar incerto e não sabido e de ter sido, por tal razão, determinada a sua citação editalícia.

Após regular instrução do feito, que foi encerrada com as alegações finais, apresentadas após a oitiva de testemunhas da acusação e da defe-

sa, sobreveio sentença pela qual o MM. Juiz de Direito absolveu, com fundamento no art. 386, VI, do CPP, a Wilson Sarmiento e Íris de Moraes, e condenou Nery Clito Vieira Filho a 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 80 (oitenta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, e Roberto Batista de Oliveira a 3 (três) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, desde que comprovada uma ocupação profissional lícita, e ao pagamento de 66 (sessenta e seis) dias-multa, no mesmo valor individual, por infração ao art. 12, § 2º, III, c/c o art. 18, III, ambos da Lei n. 6.368/76.

Inconformados com tal desfecho, o Dr. Promotor de Justiça e os réus Nery Clito Vieira Filho e Roberto Batista de Oliveira interpuseram hábeas e tempestivos recursos que, após contra-arrazoados, ascenderam a esta Casa, aqui merecendo parecer da Dra. Walkyria Ruicir Danielski em nome da douta Procuradoria-Geral de Justiça, o qual foi acolhido por esta Câmara que, no julgamento que se seguiu, sendo relator o ilustre Desembargador Nilton Macedo Machado, à unanimidade proveu aqueles interpostos pelo Dr. Promotor de Justiça e por Roberto Batista de Oliveira para acolher as preliminares de nulidade da sentença neles argüidas, e determinando, em conseqüência, que outra decisão fosse prolatada com análise de todas as teses apresentadas em sede de alegações finais.

Nova sentença então proferida, sanadora da nulidade, condenou Nery Clito Vieira Filho a 4 (quatro) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, e ao pagamento de 60 (sessenta) dias-multa, cada qual

no valor mínimo e em conformidade com o artigo 38 da Lei n. 6.368/76; Roberto Batista de Oliveira a 3 (três) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, estes fixados no mínimo legal, e Wilson Sarmiento à pena privativa de liberdade de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime integralmente fechado, e ao pagamento de 55 (cinquenta e cinco) dias-multa, no mesmo valor individual, todos por infração ao art. 12 da Lei n. 6.368/76 reiterada a absolvição da acusada Íris Moraes.

Insatisfeito também com o teor dessa prestação, tornou a apelar o representante do Ministério Público, dessa feita, porém, para pleitear a elevação da pena pena-base, em virtude da quantidade de droga apreendida, bem como a aplicação da causa de especial aumento de pena constante no art. 18, III, da Lei n. 6.368/76.

Fluído *in albis* o prazo para o oferecimento de contra-razões pelos defensores constituídos, que foram regularmente intimados, os autos ascenderam a este grau, e aqui a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em pronunciamento do Dr. Paulo Antônio Günther, opinou pelo conhecimento e provimento do apelo.

É o relatório.

A despeito de não ter sido contra-arrazoado, o recurso é conhecido, posto que “não induz nulidade a circunstância de o advogado constituído do réu não haver contraditado o recurso do Ministério Público” (Julio Fabbri Mirabete. Código de Processo Penal Interpretado. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, pág.1.305).

Aliás, o colendo Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento

“...de que, tendo em vista os termos do *caput* do artigo 601 do CPP (com razões ou sem elas), não acarreta nulidade o fato de, havendo advogado devidamente constituído, deixar este de apresentar razões de apelação ou contra-razões a ela, desde que devidamente intimado para fazê-lo” (HC n. 69.562/SP – Rel. Min. Moreira Alves – RTJ 149/838).

Também o egrégio Superior Tribunal de Justiça já assentou que:

“I — Não há nulidade na intimação, pelo Diário Oficial, do defensor constituído, para que oferecesse contra-razões à apelação ministerial.

“II — Não acarreta nulidade o fato de o advogado constituído do réu não haver contraditado a apelação interposta pelo Ministério Público. Precedentes do Pretório Excelso. *Writ* denegado” (HC n. 17413/SP – Rel. Min. Felix Fischer – j. 18/12/2001 – DJ 4/3/2002).

Neste Tribunal o pensamento não é diferente:

“Crime contra a saúde pública — Tráfico de entorpecentes — Cocaína — Condenação — Recurso ministerial objetivando a modificação do regime de pena fixado no r. *decisum*, de inicialmente para integralmente fechado, de acordo com o disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90; (...) — Defensor que, embora intimado, não oferece as contra-razões ao recurso da acusação — Conhecimento do inconformismo do *Parquet*, pois não constitui empeco a circunstância de o defensor constituído dos réus não haver contraditado o recurso ministerial (...)” (Ap. Crim. n. 98.016243-2, de La-

ges, rel. Des. Alberto Costa, j. em 22/2/00).

E em dele se conhecendo, no mérito se o provê, pois embora respeitável, não consoa com a melhor exegese legal o entendimento sufragado pelo MM. Juiz *a quo*, de que a causa especial de aumento de pena prevista no art. 18, III, da Lei n. 6.368/76 somente “se destina aos delitos em que a associação é efetivada com menores de 21 (vinte e um) anos ou incapazes, ou visa à ação delituosa menores de 21 (vinte e um) anos ou incapazes”, a par de que na espécie tem inteiro cabimento porque, ao contrário do que sustentou S. Exa., é de se ter por caracterizada, não uma mera co-autoria, mas uma associação eventual entre os apelados (fls. 456/457).

Com efeito, pois ao comentar o mencionado dispositivo legal, que, por sinal, se apresenta de uma clareza solar, em face do emprego, pelo legislador, da conjunção alternativa, assim pontifica o erudito Vicente Greco Filho:

“A terceira causa de aumento de pena de um a dois terços encerra, na verdade, duas hipóteses bastante distintas. A primeira determina a majoração quando qualquer dos crimes da lei decorre de associação; a segunda, quando a pessoa visada for menor de 21 anos.

“Numa, justifica-se o aumento em virtude da maior periculosidade dos agentes; noutra, em virtude da especial proteção que merecem os menores de idade. As situações são objetivamente distintas” (Tóxicos: prevenção — repressão: Comentários à

Lei n. 6.368, 21.10.1976', 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, pág. 126).

Já no que concerne ao segundo aspecto, a jurisprudência deste Tribunal *ex abundantia* assim tem proclamado:

"Se o crime capitulado no artigo 12 da Lei de Tóxicos restou caracterizado e para a sua prática concorreram duas ou mais pessoas, assim procedendo para um fim único, cabe o acréscimo da causa especial de aumento prevista no inciso III do artigo 18 da Lei n. 6.368/76" (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 00.022836-2, de Itajaí, rel. Des. Maurílio Moreira Leite, j. em 19/12/00).

"Apelação criminal.

"Tráfico ilícito de entorpecentes. Réus presos em flagrante delito com 105kg de maconha acondicionada em 146 tijolos prensados e armazenados num fundo falso de uma saiveiro.

(...)

"Associação. Artigo 18, inciso III, da Lei n. 6.368/76. Majorante configurada.

'A majorante prevista no art. 18, III, da Lei n. 6.368/76, ocorre quando a associação criminosa é meramente eventual, configurativa de simples concurso de agentes (co-autoria ou participação), sem que haja quadrilha previamente organizada, pois nesta última hipótese a *societas criminis* consubstancia crime autônomo, previsto no art. 14 do mesmo diploma legal. Recurso conhecido e provido' (STJ – Recurso Especial n. 32.339-7)" Apelação Criminal (Réu Preso) n. 00.017586-2, de Içara, rel. Des. Genésio Nolli, j. em 12/12/00).

"I — Narcotraficância — Prova concludente — Crime caracterizado. Aumento decorrente da associação (art. 18, III, da Lei Antitóxicos). Recursos desprovidos.

'1. A associação eventual ou *concursum delinquentium*, causa majorante da pena nos delitos de entorpecentes, prevista na lei extravagante, equivale ao concurso de pessoas no direito penal codificado.

'2. O legislador extremou no inciso III do art. 18 da Lei n. 6.368/76 duas hipóteses distintas: de um lado, decorrer o delito de associação criminosa, e, de outro, visar a menores ou hipossuficientes.

'3. Se houve o crime definido no art. 12 da Lei de Tóxicos, e para praticá-lo associaram-se duas ou mais pessoas — embora assim tenham procedido para o fim único — da prática de um só crime, cabe o acréscimo da qualificadora prevista no item III do art. 18 da mesma Lei' (STF, RTJ 157-199/200)" (Ap. Crim. n. 96.011973-6, de Rio do Sul, rel. Des. Álvaro Wandelli).

Ora, no caso, da farta prova contida nos autos resulta estreme de dúvida que Nery, Roberto e Vilson estavam ligados por um laço de associação eventual com o fito de viabilizar a venda de cocaína a terceiros, senão vejamos:

Nery Clito Vieira Filho declarou em Juízo (depoimento de fls. 60/62) que, em virtude de estar passando por dificuldades financeiras, envolveu-se com tráfico de cocaína, mas que negava qualquer associação com os demais envolvidos; que conheceu Íris por intermédio de sua esposa, sabendo que esta também passava por difi-

culdades financeiras, pedindo-lhe para ajudá-la a vender seu carro; que Íris não sabia “que o carro afinal seria trocado por drogas” e “que só contou para Íris que havia trocado o carro por drogas depois que a transação foi feita”; que cerca de três meses antes dos fatos encontrou seu conhecido Luiz Carlos Meinschein e ofereceu o Ford KA de Íris, e este disse que não tinha interesse, mas que em Corumbá/MS conhecia alguém que poderia comprá-lo ou fazer “negócio bom”; que nesse momento desconfiou que seria troca por drogas. E, quanto a Vilson Sarmiento, afirmou que só comentou que iria viajar para Mato Grosso do Sul, tendo este lhe pedido uma carona para Campo Largo/PR, mas que não tem certeza se o destino foi esse; que após deixarem Vilson em Campo Largo/PR, seguiu com Luiz Carlos Meinschein até Corumbá/MS, e que, após, continuaram a viagem com destino a Ladário/MS, onde encontraram o “conhecido” de Luiz Carlos Meinschein que propôs trocarem o Ford KA por 1 (um) quilo de cocaína. Afirmou ainda que deixou o carro em Ladário e voltou sozinho para Florianópolis; que Roberto Batista de Oliveira o contactou por telefone dizendo que iria trazer a cocaína até esta Cidade, e que deveria então aguardá-lo na rodoviária na data e horário combinado; no momento em que Roberto desembarcou do ônibus e aproximou-se dele, foi imediatamente preso pela polícia; que Roberto trazia a cocaína na forma de cápsulas ingeridas, e que a sua intenção era vender o entorpecente para pagar o carro a Íris, auferindo, ainda, um lucro de dois a três mil reais.

Roberto Batista de Oliveira, no mesmo sentido, descreveu em parte o

iter criminis, acrescentando que “foi contactado em Corumbá/MS por um indivíduo de alcunha ‘Mingo’, o qual lhe propôs que transportasse um quilo de cocaína para Florianópolis/SC, sendo que receberia pelo transporte a importância de R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais); que ‘Mingo’ lhe entregou a cocaína encapsulada em dedos de luvas cirúrgicas; que também recebeu dois números de telefone para contactar quando chegasse em Florianópolis/SC; que um dos números era de Nery ou vulgo ‘Jarrão’; que se não conseguisse localizar Nery, deveria ligar para um tal de Vilson; que este avisaria Nery”. Salientou, ainda, que no meio do caminho ligou para Nery; que ao chegar na rodoviária, Nery estava esperando por ele, e que ao se aproximar dele foi abordado e preso por policiais (fl. 64).

Já o sentenciado Vilson Sarmiento, diferentemente dos demais envolvidos, negou sua participação, e deu uma nova versão aos fatos, mas sem amparo nas demais provas angariadas, dizendo em Juízo:

“Que conhece o acusado Nery Clíto Vieira Filho há aproximadamente cinco ou seis anos; que sabia que Nery cumpria pena por tráfico de drogas; que o interrogando não conhece Luiz Carlos Meinschein e nunca viajou com Nery ou com Luiz Carlos; que nega ter ido até a cidade de Ladário com os dois para negociarem cocaína; que nega também ter pego carona com Nery em um Ford Ka até a cidade de Campo Largo/PR; que, às vezes, Nery ligava para o interrogando mas apenas para conversar como amigo; (...) que não sabe dizer porque seu nome e nº de telefone estão anotados no verso do calendário encontrado em

poder de Roberto Batista de Oliveira; que já foi preso e processado antes e está cumprindo pena por tráfico de maconha” (fl.100).

Conquanto negue ele que tenha concorrido para o delito, é indifereçável, consoante se infere das interceptações telefônicas, que mantinha associação com os co-partícipes Nery e Roberto. Às fls. 201/202 dos autos de transcrição de fita magnética de áudio, Sandra (esposa de Vilson), em conversa com Rosana (esposa de Nery), demonstrou preocupação com a viagem do marido, e pediu-lhe o número do telefone para que pudesse entrar em contato com ele. Rosana afirmou que tinha o número, mas alegou que não poderia fornecê-lo, e para tranquilizá-la disse que quando Nery ligasse, pediria para dar o recado para Vilson também ligar para sua esposa.

E Rosana, segundo se colhe de fl. 225, disse para Sandra que ligou para Nery e que falou com a sobrinha de Beto, sendo que esta disse que Nery mandou avisar que estava tudo bem e que logo estariam voltando. Sandra, a seu turno, afirmou ter recebido uma ligação de Vilson.

As declarações dos policiais que investigaram o caso também não destoam daquelas feitas por Nery Clito Vieira Filho e Roberto Batista de Oliveira.

O Delegado Alfredo João Ballstaedt disse, em Juízo, que requisitou judicialmente a interceptação dos telefones usados por Nery, uma vez que era ele conhecido por traficar maconha; que após algumas interceptações identificaram um tal de “Guachaim”, descobrindo mais tarde tratar-se de

Luiz Carlos Meinschein e que este dizia ter contato com pessoas de Ladário/MS para aquisição de cocaína; que descobriu em uma das conversas a participação de uma terceira pessoa, chamada Vilson, que acompanhou Nery na viagem a Ladário/MS para trocar o Ford KA por cocaína; que no período em que estes estavam em Ladário, Íris e a esposa de Nery demonstraram bastante preocupação com o carro, aquela indagando quando deveria registrar a ocorrência do desaparecimento; que Luiz Carlos Meinschein ficou em Ladário para cuidar da maneira como a droga iria chegar em Florianópolis; que os traficantes (Mingo e Roberto) pretendiam mandar a droga em um veículo Passat, só que chegaram à conclusão de que o carro não tinha condições mecânicas de fazer a viagem, resolveram, então, mandar a droga por um “Mula” (Roberto Batista de Oliveira), o qual, porque Luiz Carlos Meinschein estava usando drogas frequentemente, deveria vir sozinho; que então mandou que policiais fossem até Blumenau para verificar a lista de passageiros para que pudessem fazer um reconhecimento visual de Roberto; que no momento em que prenderam Roberto, este declarou que estava trazendo quase um (1) quilo de cocaína no estômago. Ainda destacou que Vilson Sarmiento mantinha permanente contato com Nery (antes e depois da viagem), sendo que em uma das interceptações telefônicas foi dita a data em que chegaria a droga e os problemas que estavam ocorrendo com o vício de “Guachaim” em Ladário/MS, além de frisar que “no dia da viagem, Nery se encontrou com Vilson Sarmiento e ‘Guachaim’ em um posto de gasolina nas proximidades da Polícia Rodoviária

Federal, na Serraria, São José/SC” (fls. 184/186).

No mesmo teor o depoimento do policial Evandro Ricardo Valente, destacando que foi por meio das escutas realizadas pelo delegado que ficou sabendo que “Guachaim” acompanharia Nery e Vilson na viagem para Ladário/MS, sendo que “Guachaim” seria pego no posto de gasolina Catarinão, próximo a Polícia Rodoviária e, que em conversa com o próprio “Guachaim” momentos antes dele partir em viagem com Nery e Vilson, este falou que estava esperando um amigo e que iriam até Ladário/MS para trocar um carro por cocaína; que foi quem identificou a presença de Roberto em Blumenau, seguindo o ônibus até Florianópolis, e que, ao descer do ônibus, Roberto caminhou na direção de Nery e imediatamente ambos receberam voz de prisão (pág. 187).

Como visto, demonstrada claramente a divisão de tarefas entre os partícipes, eis que criado um elo associativo com o intuito de adquirir o entorpecente em Ladário/MS, transportá-lo para Florianópolis, para que então fosse vendido. Tal conduta está descrita na primeira parte do inciso III do art. 18 da Lei n. 6.368/76.

Demonstrada, desse modo, a clara atuação delituosa e o vínculo associativo, ainda que de caráter eventual, voltado para a prática do crime de tráfico de entorpecentes, o reconhecimento da causa de especial aumento prevista no artigo 18, III, da Lei n. 6.368/76 é medida que se impõe.

E, analisando a gravidade do delito, a quantidade de cocaína apreendida (1.042,2g), a ameaça que traz

à sociedade e a intenção de obter lucro fácil, observa-se um maior grau de culpabilidade dos agentes, estando, portanto, a r. sentença a carecer de reparo também no tocante à fixação da pena-base, como, aliás, tem-se decidido:

“Pena criminal — Tráfico ilícito de entorpecentes — Pena-base fixada acima do mínimo legal — Ré primária — Circunstâncias judiciais desfavoráveis — Grande quantidade de maconha e cocaína — Influência na elevação da reprimenda — Possibilidade — Manutenção.

“A primariedade do réu não basta para justificar a fixação da pena-base no mínimo legal quando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP são desfavoráveis.

“A quantidade da droga influi na fixação da pena, para que se diferencie o pequeno do grande traficante” (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 01.000131-0, de Itajaí, rel. Des. Irineu João da Silva, j. em 24/4/01).

“É relevante, em se tratando de crime de tráfico de entorpecentes, a consideração do fato de ser grande a quantidade do material tóxico apreendida, revelando, dessa forma, a necessidade de maior severidade na quantificação da pena, como forma de prevenir a reiteração da prática delituosa” (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 00.017466-1, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Solon d’Eça Neves, j. em 6/2/01).

No tocante à aplicação da pena especificamente em relação ao sentenciado Nery Clito Veira Filho, observa-se que as circunstâncias judiciais não lhe são inteiramente favoráveis, como já constatou o ilustre Magistrado *a quo*, ao

destacar que foi quem arquitetou e mais contribuiu para a consumação do grave delito, ao que se acrescenta o registro do elevado grau de sua culpabilidade, em virtude da grande quantidade de substância entorpecente apreendida, além de apresentar maus antecedentes (certidão de fls. 44/45v.) e possuir má conduta social, eis que envolvido com drogas. Dessa forma, o provimento ao recurso no particular é para fixar-se a pena-base em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, cada qual no valor mínimo previsto no art. 38 da Lei de Tóxicos.

Na segunda fase, presentes a agravante da reincidência (art. 61, I, CP), conforme a certidão de fl. 48, pela qual a pena deve ser majorada em 6 (seis) meses, e a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, d, CP), conforme o depoimento de fls. 60/62, pela qual deve a pena ser reduzida em 3 (três) meses, a reprimenda se eleva para 4 (quatro) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

Por fim, incidindo a causa de especial aumento de pena prevista no art. 18, III, da Lei n. 6.368/76, uma vez que o tráfico deu-se de forma associativa, eleva-se a pena em um terço, totalizando-a em 6 (seis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 80 (oitenta) dias-multa, no valor mínimo previsto no art. 38, § 1º, da Lei de Tóxicos, mantido o regime integralmente fechado.

No que diz respeito a Roberto Batista de Oliveira, embora conclua-se, de igual análise das circunstâncias judiciais, que é também elevado o grau de sua culpabilidade, como grande a quantidade de substância tóxica em

seu poder apreendida, verifica-se, ao reverso, que, fora o fato delituoso pelo qual está sendo apenado, nada mais há que deponha contra sua conduta social que esteja a exigir reprimenda mais exacerbada. Assim, sua pena-base é fixada em patamar mais baixo, de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, cada qual no valor mínimo previsto no art. 38, § 1º, da Lei n. 6.368/76.

Na segunda fase, presente a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, d, do Código Penal), conforme os depoimentos de fls. 11 e 63/64, a pena é diminuída em 3 (três) meses, perfazendo o total de 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão.

Entretanto, por incidir a causa de especial aumento prevista no art. 18, III, da Lei n. 6.368/76, uma vez que o tráfico deu-se de forma associativa, eleva-se a pena em um terço, totalizando 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 66 (sessenta e seis) dias-multa, no valor mínimo previsto no art. 38, § 1º, da Lei de Tóxicos, mantendo-se o regime integralmente fechado.

Finalmente, no que tange a Vilson Sarmiento, tendo em vista que as circunstâncias judiciais não lhe são no todo favoráveis, visto que possui elevada culpabilidade, por conta da quantidade de entorpecentes que visava a comercializar, que apresenta péssimos antecedentes (fls. 440, 441 e 443) e que possui má conduta social, eis que envolvido com tráfico de drogas, é fixada a pena-base em 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 55 (cinquenta e cinco) dias-multa, no valor

mínimo previsto no art. 38 da Lei de Tóxicos.

Na segunda fase, presente a agravante da reincidência, conforme a certidão de fl. 441, aumenta-se a pena em 6 (seis) meses, perfazendo o total de 4 (quatro) anos e 3 (três) meses de reclusão.

Entretanto, por incidir a causa especial prevista no art. 18, III, da Lei n. 6.368/76, uma vez que o tráfico deu-se de forma associativa, eleva-se a pena em um terço, totalizando 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 73 (setenta e três) dias-multa, cada qual no valor mínimo previsto no art. 38, § 1º, da Lei de Tóxicos, mantido o regime integralmente fechado.

Em síntese, é acolhido o apelo do *Parquet*, ajustando e fixando as reprimendas impostas a Nery Clito Vieira Filho, em 6 (seis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime integralmente fechado, e pagamento de 80 (oitenta) dias-multa, no valor mínimo previsto no art. 38, § 1º, da Lei de Tóxicos; a Roberto Batista de Oliveira em 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime integralmente fechado, e pagamento de 66 (sessenta e seis) dias-multa, também no valor mí-

nimo previsto no art. 38, § 1º, da Lei de Tóxicos; e, finalmente, a Vilson Sarmiento, em 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime integralmente fechado, e pagamento de 73 (setenta e três) dias-multa, igualmente no valor mínimo previsto no art. 38, § 1º, da Lei de Tóxicos, todos por infração ao art. 12 c/c 18, III, ambos da Lei n. 6.368/76.

À vista, pois, de todo o amplamente exposto é que a Câmara, sem discrepância de votos, dá provimento ao recurso do Ministério Público para elevar as reprimendas impostas aos apelados Nery Clito Vieira Filho, Roberto Batista de Oliveira e Vilson Sarmiento na forma acima especificada.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Genésio Nolli, que dele participou juntamente com o Exmo. Sr. Des. Souza Varella, ambos com votos vencedores, tendo exarado parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 11 de junho de 2002.

Gaspar Rubik,
Presidente para o acórdão e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.008486-2, DE ITUPORANGA

Relator: Des. Sérgio Paladino

Apelação criminal. Nulidade da sentença que conferiu aos fatos narrados na denúncia capitulação diversa da atribuída pelo promotor de justiça. Inocorrência. Hipótese prevista no art. 383 do CPP. Prescindibilidade de manifestação da defesa. Preliminar rejeitada.

A norma inscrita no art. 383 do Código de Processo Penal autoriza o juiz a dar ao fato definição jurídica diversa da que lhe conferiu a denúncia — emendatio libelli —, visto que o réu defende-se da narrativa que nela se contém. A nova tipificação que vier a lhe emprestar em consequência da instrução processual não constitui cerceamento de defesa, se os elementos que a ensejarem constatarem da peça vestibular.

Furto. Ausência de testemunhas presenciais. Desnecessidade. Conjunto probatório que demonstra com segurança a ocorrência do crime e indica a autoria. Pretendida absolvição. Inviabilidade.

Nos crimes contra o patrimônio, o agente, via de regra, opera na clandestinidade, longe do olhar de possíveis testemunhas, ou do proprietário da coisa a ser subtraída. Em virtude disso, a condenação, não raro, assenta seu alicerce em indícios que, examinados em conjunto, fornecem ao julgador elementos de persuasão.

Concurso de agentes. Absolvição do co-réu. Descaracterização. Desclassificação do delito para furto simples. Adequação da reprimenda.

Se a prova revela que tanto a iniciativa, quanto a execução do furto couberam isoladamente a uma única pessoa, não se caracteriza a qualificadora do concurso de agentes se o indigitado co-réu apenas utilizou-se da res furtiva para adquirir produto no comércio.

Honorários de advogado. Defensor dativo. Fixação. Observância do preceito inscrito no art. 12 da Lei Complementar n. 155/97.

Faz jus o advogado nomeado para promover a defesa dativa aos respectivos honorários, cujo arbitramento observará o que dispõe o art. 12 da Lei Complementar n. 155/97.

Prescrição da pretensão punitiva do Estado. Lapso decorrido entre a data do recebimento da denúncia e a da publicação da sentença. Extinção da punibilidade. Questão de ordem pública. Decretação de ofício.

Verificando-se que entre a data do recebimento da denúncia e a da publicação da sentença transcorreu lapso suficiente para si-derar a pretensão punitiva do Estado pela superveniência da pres-

crição retroativa, em face da pena concretizada, impõe-se, de ofício, a respectiva decretação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.008486-2, da comarca de Ituporanga (Vara Única), em que são apelantes Adevilson Paulo Athanásio e Edemar Loche e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, de ofício, absolver Edemar Loche; dar parcial provimento a ambos os recursos, ao de Edemar Loche para arbitrar os honorários devidos ao assistente judiciário que lhe foi nomeado, e ao de Adevilson Paulo Athanásio para extirpar da condenação a qualificadora do concurso de agentes, adequando-se a reprimenda, e, como corolário, de ofício, decretar-se a extinção da respectiva punibilidade, pela prescrição.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Ituporanga, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Adevilson Paulo Athanásio e Edemar Loche, atribuindo-lhes a prática do crime capitulado no art. 171, *caput*, do Código Penal.

Segundo narra a exordial acusatória, no dia 11 de dezembro de 1997, os denunciados, após perceberem que a vítima Marcos da Silva afastava-se da sua oficina mecânica, deixando-a sem vigilância, nela adentraram e subtraíram o cheque n. 247.499, emitido pela Prefeitura Municipal de Ituporanga, no valor de R\$ 42,00 (quarenta e dois reais) e nominal a Cleusa de Fátima Allein da Silva, esposa de Marcos. De posse da referida cártula, dirigi-

ram-se ao posto de Irio Eger, onde abasteceram o veículo Corcel II que conduziam, com R\$ 22,00 (vinte e dois reais) de álcool, recebendo o valor remanescente em dinheiro. Em assim agindo, induziram em erro o proprietário do posto, fazendo-o crer que se tratava de pagamento regular, causando-lhe prejuízo e obtendo vantagem indevida.

Decretada a revelia do denunciado Adevilson, nomeou-se-lhe defensor (fl. 32).

Após o interrogatório de Edemar (fls. 33/34) e a apresentação das respectivas defesas prévias, foram ouvidas seis das testemunhas arroladas na denúncia, tendo o Dr. Promotor de Justiça desistido da oitiva da remanescente (fls. 44/49). Na mesma audiência procedeu-se ao interrogatório do réu Adevilson (fl. 50).

Como as partes não requereram diligências complementares, vieram aos autos as suas derradeiras alegações, por memoriais, na ordem legal.

Entregando a prestação jurisdicional, o Dr. Juiz de Direito conferiu aos fatos definição jurídica diversa da apresentada na peça de acusação, em virtude do que os réus restaram condenados pelo cometimento do crime capitulado no art. 155, § 4º, inciso IV, combinado com o art. 155, § 2º, e com o art. 29, todos do Código Penal, impondo a Adevilson as penas de 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, e 5 (cinco) dias-multa, e a Edemar, as de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, igualmente em re-

gime aberto, e ao pagamento de 8 (oito) dias-multa. As penas privativas de liberdade foram substituídas por restritivas de direito, porquanto atendidas às condições estabelecidas no art. 44 do Código Penal.

Inconformados com o veredito, ambos apelaram. Adevilson objetivando a absolvição, ao argumento de que inexistem provas para sustentar o decreto condenatório, ao passo que Edemar argüiu a nulidade da sentença, por conferir qualificação jurídica diversa aos fatos narrados na denúncia, sem o necessário aditamento da exordial acusatória e oportunidade para ampla defesa, postulando, quanto ao mérito, a exclusão do concurso de agentes, considerando-se configurada unicamente a situação descrita no art. 155, § 2º, do Código Penal, bem como que se reconheça a atenuante da confissão espontânea prevista no art. 65, III, d, do mesmo estatuto, asseverando, outrossim, haver-se consumado a prescrição, pleiteando, por derradeiro, a fixação de honorários advocatícios.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta Corte.

Instada a pronunciar-se, fê-lo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Paulo Antônio Günther, pelo desprovemento do recurso.

É o relatório.

A preliminar de nulidade da sentença suscitada nas razões do apelo interposto por Edemar não procede.

Com efeito, o Dr. Juiz de Direito conferiu aos fatos narrados na denúncia capitulação diversa da apresentada pelo Dr. Promotor de Justiça, louvan-

do-se da autorização outorgada pelo preceito inscrito no art. 383 do Código de Processo Penal, assim interpretado por Fernando da Costa Tourinho Filho, *verbis*:

“O dispositivo em análise revela o princípio do *jura novit curia*. Se o Juiz conhece o direito, evidente que a errada classificação do crime feita na denúncia ou queixa não constitui obstáculo à prolação de sentença condenatória, ainda que a pena a ser imposta seja mais grave. Afinal de contas o réu não se defende da capitulação do fato, mas do próprio fato. Na denúncia ou queixa o acusador expõe o fato. Se estiver errada sua capitulação, nem por isso deve o Juiz anular o processo, tal como acontecia anteriormente, mesmo porque o que se exige é a correlação entre o fato contestado e a sentença. (...) Diz-se até que, no caso, há uma verdadeira *emendatio libelli*, já que o Juiz, aí, se limita, simplesmente, a corrigir a classificação do crime. É por esta razão que se o Promotor ou querelante, na denúncia ou queixa, não indicar o dispositivo legal violado, nem por isso haverá nulidade, porquanto a classificação é feita pelo Juiz” (Código de processo penal comentado, vol. 1, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, pág. 575).

A situação prevista no cânone legal *supra* é diferente da refletida no art. 384 do CPP, que trata da *mutatio libelli*, aplicável à hipótese em que o julgador percebe, durante a instrução, a existência de circunstância elementar capaz de alterar a qualificação jurídica dos fatos, e sobre a qual não pôde o acusado manifestar-se no curso do processo, em virtude de não constar explícita ou implicitamente da denúncia, caso em que, nos termos da lei, torna-se

mister a baixa dos autos, para que se lhe enseje o exercício do direito à ampla defesa, compreendendo a produção de provas, e não a de que se ocupa o art. 383 antes esmiuçado e que aqui se verifica.

Vê-se nitidamente que o caso retratado no processo indica a ocorrência de mero equívoco na capitulação atribuída aos fatos na peça vestibular, tendo em vista que a narrativa nela consignada não conduzia ao enquadramento legal que lhe conferiu o Dr. Promotor de Justiça, isto é, revelava o cometimento de furto, não de estelionato, conforme a capitulação do *dominus litis*.

Portanto, inexistente nulidade a proclamar.

No tocante ao mérito, os autos fornecem elementos suficientemente seguros da responsabilidade penal exclusiva de Adevilson pelo furto do cheque pertencente a Marcos da Silva.

As declarações prestadas por Manoel Francisco de Pinho, cuja oficina vizinha com a da vítima, evidenciam que Adevilson procurou por Marcos no dia do evento, enquanto Edemar permaneceu no veículo de que ambos os réus utilizaram-se (fl. 47).

O passo seguinte de Adevilson foi revelado na acareação judicial a que foram submetidos os acusados, oportunidade em que Edemar não só confirmou que estiveram na oficina de Marcos, como também que Adevilson retornara ao veículo, no qual Edemar o aguardava, portando a folha de cheque furtada, dizendo que a havia encontrado no chão (fl. 51). Ato contínuo, dirigiram-se ao posto de Irio Eger para empregar o fruto do crime na compra de combustível, detalhe ates-

tado pelas declarações do frentista que atendeu Adevilson e Edemar, e da proprietária do estabelecimento, a qual confirmou o recebimento do cheque furtado como pagamento pelo combustível adquirido (fls. 45 e 44, respectivamente).

Conclui-se, assim, que Adevilson, após perceber que a oficina de Marcos encontrava-se desprovida de vigilância, esperou que o trabalho voltasse a absorver a atenção de Manoel, para nela adentrar e subtrair algo de valor que viesse a encontrar.

Decerto que não planejaram previamente a perpetração do ilícito, porquanto a oportunidade só apareceu após obterem a informação, por Manoel, da fragilidade da vigilância do estabelecimento da vítima, tanto que atuaram isoladamente quer no tocante à iniciativa, quer no concernente à execução do delito.

Com efeito, Adevilson saiu do local do evento após apoderar-se de um cheque do Banco do Brasil, no valor de R\$ 42,00 (quarenta e dois reais), no qual figurava como beneficiária Cleusa de Fátima Allein da Silva — esposa de Marcos —, emitido pela Prefeitura Municipal de Ituporanga. Em seguida, com o fito de desvencilharem-se rapidamente do produto do furto, os réus rumaram a um posto, onde abasteceram o veículo de que se utilizavam, servindo-se para tal de R\$ 22,00 (vinte e dois reais), recebendo de troco R\$ 20,00 (vinte reais).

A participação de Edemar cingiu-se ao ato final do *iter criminis*, pois o delito já se havia consumado no instante em que a *res furtiva* foi subtraída, saindo da esfera de vigilância da vítima. Ademais, a qualificadora do

concurso de agentes configura-se quando a reunião de duas ou mais pessoas assegura a eficácia da conduta criminosa, impondo maior temor à vítima, ou garantindo o sucesso da empreitada. Nenhuma das alternativas verifica-se no caso concreto, pois o furto ocorreu enquanto o estabelecimento de Marcos estava vazio, havendo Adeilson conseguido sozinho e tranquilamente apossar-se do cheque.

Portanto, não obstante a subtração tenha ocorrido à revelia de testemunhas presenciais — o que é comum nos delitos contra o patrimônio —, revela-se inequívoca a autoria de Adeilson, cuja demonstração avulta do conjunto probatório, tanto no que se refere à particularidade de ter estado na oficina da vítima no dia do evento, quanto no que tange ao furto da cártula, usada incontinentemente no comércio local, cuja solidez ampara a condenação.

Assim, comprovado que o furto foi cometido unicamente por Adeilson, impõe-se a absolvição, de ofício, de Edeimar, com fundamento nos arts. 617 e 386, inciso IV, do Código de Processo Penal. Em face disso, resta descaracterizada a qualificadora do concurso de agentes, reconhecida pela sentença, resultando como tipificado o delito capitulado no art. 155, *caput*, do Código Penal, tornando-se mister que se proceda à adequação da reprimenda.

No que pertine à decisão absolutória, prolatada a despeito de pedido expresso do apelante, registre-se, por oportuno e consoante o escólio de Fernando da Costa Tourinho Filho, que “o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum* não pode ter no pro-

cesso penal a mesma extensão que lhe é dada no cível. E por uma razão muito simples: na relação processual penal, ocupando o pólo contrário ao da defesa, está o Estado *qua* Administração, e este, a toda evidência, não tem o menor interesse na manutenção de uma sentença injusta” (Código de processo penal comentado, volume 2, 3ª ed., rev., mod. e ampl., São Paulo, Saraiva, 1998, pág. 361).

Como corolário da absolvição de Edeimar, ficaram prejudicados os argumentos que articulou no apelo relativamente ao mérito da condenação que lhe fora imposta.

Quanto à reprimenda infligida a Adeilson, como a pena-base foi fixada no mínimo legal, à míngua de recurso do representante do Ministério Público, não se pode agora, sob pena de *reformatio in pejus* (art. 617 do CPP), reavaliar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP de forma desfavorável ao réu, motivo pelo qual fica mantida em 1 (um) ano de reclusão.

Inexistem agravantes ou atenuantes, e, por outro lado, a sentença reconheceu a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 2º do art. 155 do CP, o que — ressalvado o entendimento pessoal do relator em sentido diverso — não enseja alteração, em respeito ao princípio que veda a reforma para pior. Portanto, preservada a redução por força da referida causa de diminuição, na proporção estabelecida no veredito — metade —, a pena fica definitivamente quantificada em 6 (seis) meses de reclusão.

A dosimetria da pena pecuniária, cumulativamente com a pri-

vativa de liberdade, deve observar idêntico procedimento. Inicialmente fixada no mínimo legal — 10 (dez) dias-multa —, submete-se à redução resultante da incidência da causa especial de que trata o § 2º do art. 155 do Código Penal. Em virtude disso, fixa-se-a em 5 (cinco) dias-multa, cada qual à razão de um trigésimo do salário mínimo contemporâneo do fato.

Contudo, verificando-se que entre a data do recebimento da denúncia — 30 de agosto de 1998 (fl. 2) — e a da publicação da sentença — 26 de novembro de 2001 (fl. 79 verso) — transcorreu lapso superior a 2 (dois) anos, suficiente para siderar a pretensão punitiva do Estado pela superveniência da prescrição retroativa, tendo-se em conta a pena concretizada — de 6 (seis) meses de reclusão —, por força do preceituado no art. 110, § 1º, combinado com o art. 109, inciso VI, ambos do Código Penal, impõe-se a respectiva decretação.

Por derradeiro, faz jus o advogado nomeado para promover a defesa de Edegar Loche aos respectivos honorários, cujo arbitramento observará o que dispõe o art. 12 da Lei Complementar n. 155/97, *verbis*:

“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 honorário da OAB/SC, em URH's (Unidade Referencial de Honorários) cuja tabela faz parte do anexo desta Lei, em razão da espécie do procedimento”.

Dita tabela estipula que a defesa em processo de rito ordinário — hipótese de que aqui se cuida — será remunerada com 15 (quinze) URH's, motivo pelo qual procede-se à respectiva quantificação nesse montante.

Ante o exposto, de ofício, absolveu-se Edegar Loche, deu-se parcial provimento ao recurso que inter pôs para arbitrar os honorários devidos ao assistente judiciário que lhe foi nomeado, bem como ao de Adevilson Paulo Athanásio, para extirpar da condenação a qualificadora do concurso de agentes, adequando-se a reprimenda; como corolário, de ofício, decretou-se a extinção da respectiva punibilidade, pela prescrição.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Sérgio Roberto Baasch Luz, emitindo parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 24 de setembro de 2002.

Sérgio Paladino,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.014046-0, DA CAPITAL**Relator: Des. Sérgio Paladino**

Apelação criminal. Roubo e extorsão qualificados pelas circunstâncias. Autoria e materialidade sobejamente comprovadas. Pretendida absolvição. Inviabilidade.

Comprovadas a autoria e a materialidade dos delitos narrados na exordial acusatória, impõe-se a condenação do acusado.

Roubo e extorsão. Alegado erro na classificação jurídica das condutas. Pretensão a que ambas sejam consideradas idênticas e enquadradas como furto. Impossibilidade. Ações que se amoldam perfeitamente à descrição típica constante dos arts. 157, § 2º, incisos I e II, e 158, § 1º, do Código Penal.

Se a prova revela a ocorrência dos crimes de roubo e extorsão — ambas as condutas perfeitamente ajustadas aos respectivos tipos penais —, praticados mediante grave ameaça, não é possível desclassificá-los para furto simples.

Pena. Agravante. Comprovada reincidência do réu. Irrelevância do fato de não ser específica e da denúncia a ela não se referir.

Verificada a reincidência do acusado, é irrelevante a circunstância de ser ou não específica, para que se a considere como agravante, carecendo de importância, igualmente, a inexistência de alusão na denúncia.

Pena. Causa especial de aumento. Concurso de agentes. De-sejada exclusão, ao argumento de que absolvido o co-réu. Impossibilidade, ante a constatação de que o comparsa, no que concerne à prática dos crimes pelos quais foi condenado, não era o denunciado como co-réu. Irrelevância da não identificação do cúmplice com vistas à aplicação da respectiva causa de aumento.

Se a sentença deixa claro que o comparsa do acusado, nos crimes pelos quais foi condenado, era pessoa diversa da apontada na denúncia como co-réu, a absolvição deste não reflete na configuração da causa especial de aumento de pena consubstanciada no concurso de agentes, para cujo reconhecimento tampouco é imprescindível a identificação do cúmplice.

Pena. Causa especial de aumento. Arma de fogo. Almejado afastamento à consideração de que não apreendida. Irrelevância. Qualificadora mantida.

A caracterização do roubo qualificado pelo emprego de arma prescinde da respectiva apreensão, se a prova testemunhal demonstrar inequivocamente a circunstância.

Pena. Crime continuado. Pretendido reconhecimento entre roubo e extorsão. Impossibilidade. Art. 71, caput, do Código Penal. Delitos de mesma natureza, mas de espécies distintas.

Em que pese ao fato de a extorsão e o roubo constituírem-se em crimes do mesmo gênero, não são da mesma espécie, circunstância que obsta o reconhecimento da continuidade delitiva entre eles.

Pena. Concurso formal. Pretendido reconhecimento. Inadmissibilidade em face da comprovada prática de mais de uma ação. Exegese do art. 70, caput, do Código Penal.

Obsta o reconhecimento do concurso formal de crimes a comprovada perpetração de mais de uma conduta.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.014046-0, da comarca da Capital (3ª Vara), em que é apelante Fabiano Sucupira e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Na comarca da Capital, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Fabiano Sucupira, por infração ao art. 158, § 1º, praticado duas vezes; ao art. 157, § 2º, incisos I e II, e ao art. 157, § 2º, inciso I, todos do Código Penal, e contra José Paulo de Souza, pela prática dos crimes capitulados nos arts. 157, § 2º,

inciso I, e 158, § 1º, por duas vezes, também do estatuto repressivo.

Narra a exordial acusatória, *ipsis verbis*:

“Visando assenhorearem-se do patrimônio alheio, mediante violência, os denunciados praticaram roubos e extorsões em postos de combustíveis neste Município e em São José.

“No dia 14/8/95, por volta das 5h20min, no Posto Pop, localizado na Rua Max Schram, 2.586, Estreito, neste Município e Comarca, o denunciado Fabiano Sucupira chegou ao referido posto conduzindo um veículo Fusca, cor verde, placa 0628, oportunidade em que, após sair do automóvel, abordou o frentista João Gonçalves de Araújo e, ameaçando-o com um revólver, constrangeu a vítima a lhe entregar dinheiro e cheques, evadindo-se do local na posse tranqüila da res.

“Posteriormente, no dia 21/8/95, por volta das 23h, no ‘Auto Posto Pop Canto’, localizado na Rua Cel. Pedro de Moura, 1.060, bairro Canto, neste Município e Comarca, o denunciado Fabiano Sucupira, conduzindo um veículo Gol, placa LWV 8806, chegou no referido estabelecimento e, juntamente com outro elemento não identificado, apanhou um revólver para o frentista Jalmo João de Souza que, sob esta grave ameaça, foi levado até o escritório onde Fabiano e seu comparsa subtraíram a quantia de R\$ 700,00 (setecentos reais); uma televisão e outros objetos menores.

“No dia 24/8/95, por volta das 4h, no Posto Itaguaçu, no bairro Abraão, neste Município e Comarca, o denunciado José Paulo de Souza, *animus furandi*, abordou o frentista Alexandre Braz de Lima desferindo-lhe um soco na boca, momento em que ambos travaram luta corporal e o denunciado procurava subtrair-lhe o dinheiro. Durante a luta, o denunciado José Paulo sacou de uma faca e encostou na barriga da vítima, tendo esta conseguido defender-se e o denunciado deixado o local, não conseguindo a subtração por circunstâncias alheias à sua vontade.

“No dia 30/8/95, por volta das 4h15min, no Posto de Serviços Abraão, na Av. Coletora Continental, neste Município e Comarca, o denunciado José Paulo aproximou-se do frentista Antônio Valdir de Lima e, fazendo uso de dois revólveres, constrangeu a vítima a lhe entregar a quantia de R\$ 60,00 (sessenta reais).

“Neste mesmo dia e hora, no Auto Posto Crespo, localizado na Rua Leoberto Leal, em Barreiros, São José-SC, a vítima Daniel João Anselmo,

frentista do referido estabelecimento, foi abordado pelo denunciado Fabiano Sucupira que, mais uma vez com ameaça de revólver, subtraiu cerca de R\$ 190,00 (cento e noventa reais) em dinheiro e mais um relógio de pulso.

“Por fim, no dia 31/8/95, por volta das 5h30min, no Big Posto, localizado na Rua Constâncio Krummel, 1.010, Praia Comprida, São José-SC, o denunciado Fabiano Sucupira abordou o frentista Fernando Valdir Duarte que, mediante grave ameaça com revólver, foi levado ao escritório do posto onde foi constrangido a entregar a quantia de R\$ 700,00 (setecentos reais) ao denunciado Fabiano. A todo instante, o primeiro denunciado contava com o efetivo apoio de José Paulo, o qual aguardava do lado de fora dando cobertura” (fls. 2/3).

Decretada a prisão preventiva dos acusados, foram interrogados (fls. 121 e 235) e, em seguida, como não houvessem apresentado defesa prévia, procedeu-se à ouvida das testemunhas arroladas na denúncia (fls. 258/260 e 260 verso, 290/292 e 312).

Durante a instrução, ante o comparecimento espontâneo de José Paulo aos atos processuais, o Dr. Juiz de Direito revogou a custódia (fl. 262), restabelecendo-a posteriormente, em razão de não ter comparecido à solenidade para a qual havia sido regularmente intimado (fl. 289).

De outra parte, em atenção ao seu estado de saúde, o Dr. Juiz de Direito desconstituiu a prisão preventiva de Fabiano atendendo pedido formulado em audiência (fl. 311).

Encerrada a fase instrutória, José Paulo foi submetido a exame de sanidade mental, autuado em apenso,

cujo laudo concluiu pela imputabilidade do réu.

Como as partes não requereram diligências complementares, vieram aos autos, por memoriais, e na ordem legal, as derradeiras alegações. Entrementes, foi restabelecida a liberdade provisória de José Paulo (fl. 348).

Entregando a prestação jurisdicional, o Dr. Juiz de Direito julgou parcialmente procedente a denúncia e condenou Fabiano Sucupira ao cumprimento de 12 (doze) anos de reclusão e ao pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, incisos I e II, e ao art. 158, § 1º, combinados com o art. 69, todos do Código Penal. Por outro lado, absolveu José Paulo de Souza de todas as imputações que lhe foram feitas.

Inconformado, Fabiano Sucupira apelou, pretendendo a absolvição, ao argumento de que o elenco probatório se apresenta frágil para sustentar o decreto condenatório. Sustenta, ademais, que houve equívoco do julgador ao classificar as condutas desenvolvidas como roubo e extorsão, requerendo que sejam consideradas idênticas e enquadradas como furto. No tocante à pena, aduz que a reincidência, a par de não estar comprovada, precisa ser específica e constar da denúncia; e que não podem prevalecer, no caso concreto, as causas especiais de aumento consubstanciadas no concurso de agentes — haja vista a absolvição do co-réu — e no emprego da arma de fogo — instrumento que não foi apreendido. Postula, por derradeiro, o reconhecimento da ocorrência de crime continuado ou de concurso formal.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta Corte. Em seguida, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Luiz Fernando Sirydakís, opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Não procede a insurreição por qualquer de seus fundamentos, a começar pela pretensão absolutória, em virtude da demonstração quer da materialidade, quer da autoria dos dois crimes contra o patrimônio pelos quais foi condenado, com supedâneo na prova testemunhal.

Jalmo João de Souza, frentista do Auto Posto Pop Canto, apontou com precisão o local do evento ao prestar informações na qualidade de vítima, tendo relatado que no dia 21 de agosto de 1995, em torno das vinte e três horas, Fabiano, armado com um revólver e acompanhado de pessoa não identificada, infundindo-lhe grave temor, subtraiu do caixa do posto a quantia aproximada de R\$ 700,00 (setecentos reais), além de um televisor e objetos menores não especificados (fls. 127 e 292), havendo reconhecido, sem hesitação, o apelante como o autor do delito.

Nos crimes contra o patrimônio, as declarações da vítima assumem significativa relevância probatória, constituindo-se, não raro, no único elemento de convicção de que dispõe o juiz, visto que são habitualmente perpetrados às escondidas e à revelia de testemunhas. Por isso, quando se apresentam coerentes e harmônicas com o conjunto probatório, revestem-se de especial robustez, conferindo base sólida à condenação.

De outro vértice, a extorsão cometida com o emprego de arma está patenteada por intermédio das declarações da vítima e do depoimento de uma testemunha, dos quais extrai-se que Fabiano — reconhecido na audiência —, na madrugada de 31 de agosto de 1995, constrangeu o frentista do Big Posto, Fernando Rodrigo Duarte, mediante grave ameaça, exercida com dois revólveres, a entregar-lhe em torno de R\$ 650,00 (seiscentos e cinquenta reais) (fls. 260 e 312).

Delineadas e comprovadas as condutas praticadas pelo apelante, não procede o pleito que visa a que se as considere idênticas e que se as classifique como furto, primeiramente porque, embora semelhantes, numa das situações está configurada a subtração da *res*, para cuja realização o meio empregado foi a grave ameaça, por intermédio da qual o agente intimidou, atemorizou e, assim, impediu a reação da vítima, que se viu despojada dos bens que estavam sob sua vigilância, ao passo que na outra, o constrangimento psíquico infligido ao sujeito passivo fê-lo agir, entregando ao agente o proveito injusto que almejava.

A diferença entre o roubo e a extorsão — não obstante a carência de utilidade prática, porquanto as penas cominadas na lei para um e outro crime, mesmo qualificados, são iguais — é esclarecida com propriedade na obra de Luiz Régis Prado, em transcrição do escólio de Gisuppe Maggiore, cujo excerto reproduz-se a seguir:

“Estabelecendo a diferença entre extorsão e roubo, ensina Maggiore que este último ‘é um típico furto violento, e tem todas as características

do furto mais o elemento violência. O ladrão subtrai por si mesmo, usando de violência, uma coisa de quem a tem em seu poder; o autor da extorsão faz com que este a entregue mediante violência e ameaça. Logo, no roubo a conduta da vítima consiste em tolerar; na extorsão, em fazer ou não fazer (*facere aut non facere*)” (Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 2, parte especial, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000, pág. 406, nota de rodapé n. 6).

De outra parte, restando sobejamente evidenciada a grave ameaça, exercida com o emprego de arma de fogo, incabível cogitar-se da ocorrência de furto.

No que pertine à aplicação da pena, insurge-se o réu contra a incidência da agravante prevista no art. 61, inciso I, do Código Penal, circunstância comprovada — diversamente do alegado nas razões do recurso — por intermédio da certidão de fl. 239, da qual consta que em 4 de maio de 1992 transitou em julgado uma condenação por furto. Como os delitos pelos quais está sendo responsabilizado neste processo foram praticados em 21 e 31 de agosto de 1995, era ao tempo destes reincidente, consoante o estatuído no art. 63 do Código Penal, *verbis*:

“Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

Por outro lado, constatada a reincidência, afiguram-se irrelevantes, se o objetivo é reputá-la agravante, o fato de não ser específica — exigência prevista unicamente nos arts.

44, § 3º, e 83, inciso V, do Código Penal, e no art. 5º da Lei n. 8.072/90 —, bem como a falta de alusão na denúncia, visto que tal circunstância não interfere na classificação jurídica da conduta criminosa.

Nesse sentido, assentou a jurisprudência:

“O reconhecimento de agravante não dá nova definição jurídica ao crime, não se fazendo, pois, necessária a descrição na denúncia, nem seu aditamento (art. 385 do CPP)’ (RJDTACrim 8/258)” (Mirabete, Julio Fabbrini, Código de processo penal interpretado, 8ª ed. atual., São Paulo, Atlas, 2001, pág. 177).

Deseja ainda o apelante a exclusão das causas especiais de aumento, consubstanciadas no concurso de agentes, ao argumento de que o co-réu restou absolvido, e no emprego de arma, à consideração de que não foi apreendida. Ora, o Dr. Juiz de Direito reconheceu como cúmplice do recorrente outro indivíduo que não o co-réu, razão pela qual a absolvição deste não reflete na classificação jurídica da conduta daquele. Assinale-se, ainda, que o fato de o comparsa não haver sido identificado não elide a configuração do concurso de pessoas, circunstância revelada pela prova testemunhal.

Proclamou a jurisprudência, quanto à primeira:

“A falta de identificação do parceiro não afasta o reconhecimento da aludida qualificadora’ (TJSP — AC — Rel. Jarbas Mazzoni — RT 736/629)” (Franco, Alberto Silva; Silva Júnior, José; Betanho, Luiz Carlos; Stoco, Rui; Feltrin, Sebastião Oscar; Guastini, Vicente Celso da Rocha, e Ninno,

Wilson, Código penal e sua interpretação jurisprudencial, volume 2: parte especial, 7ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, pág. 2.623).

No mesmo sentido:

“A absolvição de um dos acusados pela prática de roubo não impossibilita o reconhecimento da qualificadora do concurso de pessoas, se existir prova convincente quanto à menção de outra pessoa, juntamente com o agente condenado, na realização do delito’ (TJSP — AC — Rel. Almeida Sampaio — j. 17/11/1997 — RT 749/657)” (*Idem*, pág. 2.526).

Igualmente não tem amparo o pretendido afastamento da circunstância especial de aumento de pena referida no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, em face de não ter sido apreendida a arma utilizada para a perpetração dos crimes, uma vez que o seu emprego foi referido em todas as declarações.

Esta Câmara, em hipótese semelhante, assentou:

“Roubo com emprego de arma comprovado nos autos — Conjunto probatório fincado nas palavras da vítima e de testemunhas — Qualificadora do emprego de arma caracterizada, pois embora não apreendida, foi confirmado seu uso pela vítima” (Ap. Crim. n. 2000.022966-6, de Palhoça, rel. Des. Alberto Costa).

Não merece acolhimento também o pleito do apelante com vistas ao estabelecimento do nexo de continuidade entre os delitos de roubo e de extorsão — em rota de colisão com o preceito inscrito no art. 71 do Código Penal —, porquanto, não obstante pertençam ao mesmo gênero —

crimes contra o patrimônio —, diferem quanto à espécie, abrangendo o primeiro a subtração e o constrangimento, ao passo que o segundo o constrangimento e a obtenção de vantagem indevida.

A propósito, decidiu a Excelsa Corte:

“Os crimes de roubo e extorsão não são crimes da mesma espécie, pelo que não ensejam continuidade delitiva, mas, sim, concurso material. Precedentes do STF’ (STJ — 6ª T. — HC n. 10.375 — Rel. Fernando Gonçalves — j. 4/11/1999 — DJU 29/11/1999, pág. 208, e RT 775/567)” (Franco, Alberto Silva; Silva Júnior, José; Betanho, Luiz Carlos; Stoco, Rui; Feltrin, Sebastião Oscar; Guastini, Vicente Celso da Rocha, e Ninno, Wilson, Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, volume 2, parte especial, 7ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Ed.

Revista dos Tribunais, 2001, pág. 2.575).

A tese da ocorrência do concurso formal (art. 70, *caput*, do Código Penal), por seu turno, é insustentável diante da constatação de que duas foram as condutas criminosas realizadas pelo agente, separadas por intervalo de 10 (dez) dias.

Ante o exposto, negou-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Newton Janke, emitindo parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Dr. Luiz Fernando Sirydakis.

Florianópolis, 24 de setembro de 2002.

Sérgio Paladino,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2001.016300-4, DE BOM RETIRO

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Furto qualificado. Autoria e materialidade comprovadas pelos depoimentos dos co-réus. Taxista que, tendo prévio conhecimento das intenções dos meliantes, transporta-os até outra cidade, onde o furto seria praticado, tendo, posteriormente, levado a res furtiva de volta ao município de origem, onde providenciou sua entrega às pessoas indicadas. Desclassificação para favorecimento real. Inviabilidade. Participação consciente que antecedeu o evento, sendo fundamental para a consumação do delito. Condenação mantida. Improvimento.

Inviável se torna a desclassificação para o crime de favorecimento real, a conduta de taxista que, sabendo de antemão das inten-

ções dos meliantes, os conduz até a cidade onde foi praticado o furto, transportando, posteriormente, a res furtiva ao município de origem, onde providenciou sua entrega às pessoas indicadas pelos co-autores. Nesse caso, diante de seu envolvimento ativo e fundamental para a consumação do delito, a condenação pelo furto qualificado, em co-autoria, é medida que se impõe.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2001.016300-4, da comarca de Bom Retiro, em que é apelante Josué Damasceno 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 Bom Retiro, Adriano Borges de Jesus, Marcos Roberto Zabel e Josué Damasceno foram denunciados pela prática dos delitos descritos no artigo 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal, este último; arts. 288, parágrafo único, 157, §§ 1º e 2º, I, II e V, e 155, § 4º, I e IV (cinco vezes, em continuidade delitiva), do mesmo diploma, o segundo; e artigos 288, parágrafo único, 155, § 4º, incisos I e IV (cinco vezes, em continuidade delitiva), 157, §§ 1º e 2º, I, II e V, e 157, § 3º, última parte, na forma tentada, e artigo 10 da Lei n. 9.437/97, o primeiro.

Narra a inicial que, “no mês de maio deste ano de 1999, os denunciados Adriano Borges de Jesus e Marcos Roberto Zabel, em companhia dos adolescentes P. C. de S. e D. C. de O., parecendo sob o comando destes últimos, associaram-se em quadri-

lha, para o fim de cometerem crimes, com utilização de arma de fogo, tanto que locaram o apartamento em que foram presos (apartamento n. 106, do Edifício 409, da Rua n. 1.201, localizada em Balneário Camboriú), que passou a ser o ponto de esconderijo da quadrilha.

“1 — Assim é que no dia 26 de maio, por volta das 4 horas, os denunciados Marcos e Adriano, em companhia dos adolescentes, através de um colega do adolescente D., desconhecido, que conduzia um veículo GM/Monza, se dirigiram para a cidade de Bombinhas, comarca de Tijucas, indo até o estabelecimento comercial Submarine — Escola de Mergulho, situado na servidão do trapiche n. 2, centro daquela Cidade, que nos fundos mantém um escritório de advocacia, também de propriedade da vítima Déborah Marina Moreira.

“No local, os adolescentes efetuaram uma escalada, destelhando a loja e, através de um furo que fizeram no sótão, tiveram acesso ao interior, enquanto que Marcos e Adriano aguardavam no lado de fora.

“Os adolescentes retiravam do local os objetos subtraídos, passando-os para os denunciados Marcos e Adriano, que os levavam para o veículo GM/Monza já mencionado, sendo que, do local, foram subtraídos 20 conjuntos de neoprene, vinte e cinco

sacolas para equipamentos de mergulho, outras roupas de neoprene (vinte e cinco pares de meias), peças de computador, incluindo impressora, scanner, no break, alguns CDs com programas de computação e um aparelho de telefone, cor preta, sendo parte recuperada e devolvida à vítima, conforme termo de reconhecimento e entrega de fl. 46 destes autos.

“Enquanto subtraíam as coisas alheias, que já se encontravam no veículo empregado para o crime, levadas pelo denunciado Marcos, o denunciado Adriano rendeu mediante grave ameaça, com um revólver calibre 32, o vigilante Moisés José Mafra, que por ali passava com uma motocicleta e notara a conduta delituosa.

“Após a rendição, cujo objetivo foi assegurar a impunidade do crime, amarraram e tamparam a visão do motoqueiro, levando-o através do veículo GM/Monza até a Praia de Estaleiro, restringindo, assim, a sua liberdade, onde o soltaram, tendo o adolescente P. deixado a motocicleta que ele conduziu, também neste local.

“2 — Já na madrugada de 29 de maio de 1999, os denunciados Marcos e Adriano e os adolescentes chegaram nesta cidade de Bom Retiro, vindos de Balneário Camboriú com o taxista e denunciado Josué, que tinha conhecimento da intenção criminosa dos agentes e anuiu à conduta.

“Nesta Cidade, o denunciado Josué deixou os denunciados Marcos e Adriano, juntamente com os adolescentes, próximo do cemitério local, ficando na espera do cometimento dos delitos para retornarem para Balneário Camboriú.

“Sob o comando do adolescente P., que é natural desta Cidade, os denunciados Marcos e Adriano e os adolescentes, se dirigiram até o Sindicato Rural de Bom Retiro, local onde também funciona a Epagri e a Cidasc, situados na Rua Teófilo Deucher, 96, e, após o adolescente D. ter arrombado a porta, subtraíram um computador, uma televisão, um videocassete, um receptor de antena parabólica, uma carteira preta da Cidasc, além de dinheiro e vários talões de cheques preenchidos e em branco, de propriedade do Sindicato e também de propriedade da Epagri, consoante termo de apreensão de fls. 28/30 e entrega de fls. 37/38 dos autos.

“Efetuado o furto qualificado, o denunciado Marcos e o adolescente P. foram buscar o denunciado Josué, com o intuito de colocarem os objetos no táxi. Como não o encontraram, o adolescente e o denunciado Marcos resolveram furtar a lanchonete situada na Avenida 24 de Outubro, de propriedade da vítima Edson Luiz Kuhl, sendo que o adolescente arrombou a porta, enquanto que Marcos fazia a segurança, sendo subtraídos do local os documentos pessoais, talonário de cheques em branco, doces, cigarros, além de dinheiro. O denunciado Adriano e D., depois passaram no local onde também subtraíram doces.

“Retornando ao Sindicato, o denunciado Marcos e o adolescente P. se encontraram com o denunciado Adriano e, com o adolescente D., que já tinham localizado o denunciado Josué, inclusive carregando o táxi com os objetos subtraídos daquele local, tendo o denunciado Josué, por seus motivos, deixado o grupo, retornando para Bal-

neário Camboriú, levando consigo, entretanto, os objetos subtraídos.

“Então, a pé, os denunciados Marcos e Adriano, juntamente com os adolescentes, se dirigiram para o Posto de Gasolina situado na Avenida 24 de Outubro, n. 680, de propriedade da vítima Paulo Manoel Schlichting, onde anexa fica a borracharia de propriedade da vítima Carlos Eduardo Schlichting.

“Neste último local, enquanto os denunciados Marcos e Adriano prestavam a segurança, o adolescente D. arrombou a janela da borracharia, subtraindo uma alavanca de uso do estabelecimento (encontrada na agropecuária), além de uma carteira com documentos e dinheiro.

“No mesmo instante, ainda sob a vigilância e segurança dos denunciados Marcos e Adriano, o adolescente P. rompeu e danificou um vidro da janela e a porta do escritório do Posto de Gasolina, subtraindo diversos cheques preenchidos além de importância em dinheiro, apreendidos (termo de fls. 28/30 destes autos) e devolvidos à vítima (termo de reconhecimento e entrega de fls. 35/36).

“Destes locais, os denunciados Marcos e Adriano, junto com os adolescentes, foram até a Casa Agropecuária da vítima Valdir de Lins — local onde também se situa a loja da esposa da vítima, que vende bijouterias — situadas na Praça 7 de Setembro, onde, mediante arrombamento, os adolescentes adentraram na referida loja e subtraíram do local alguns documentos pessoais, talonários de cheques em branco, aproximadamente R\$ 300,00 em dinheiro (subtraídos de um cofre arrombado mediante o uso

de um pé-de-cabra), além de CDs, peças de bijouterias, relógios de pulso e estojos para jóias (estes últimos da loja de sua esposa), enquanto que Marcos e Adriano faziam a segurança, sendo alguns bens apreendidos e devolvidos (fl. 33).

“Os denunciados e os adolescentes saíram apressados do local, em virtude de terceira pessoa ter presenciado o fato, com quem, inclusive, o denunciado Adriano chegou a conversar, buscando distraí-lo. Para a fuga, tentaram subtrair um veículo VW/Fusca, que, com problemas, não pôde ser utilizado e, onde foram encontrados os CDs subtraídos da casa agropecuária.

“Sem locomoção e descobertos, os denunciados e os adolescentes saíram correndo do local, tendo Marcos e Adriano se encaminhado para o trevo da BR 282, enquanto que os adolescentes ficaram para trás. Já no trevo, apareceram os adolescentes que solicitaram a ajuda do denunciado Adriano, por este estar armado com um revólver calibre 38, para subtraírem um veículo GM/Monza que teriam encontrado.

“Assim, os adolescentes e Adriano foram para a Rua Cônego Adriano, onde o veículo de propriedade de Albino Gonçalves Padilha, cuja posse naquele momento era exercida por seu irmão Argeu, estava estacionado na frente da residência de Edson Westphal, com o rádio ligado e com a chave na ignição.

“No momento estavam armados o adolescente D. (com um revólver calibre 32) e o denunciado Adriano, com a arma acima aludida.

“Quando subtraíam o veículo, os ocupantes do mesmo saíram da citada casa, tendo o adolescente D. dito que era um assalto, revólver em punho, assim como o denunciado Adriano, ambos sabedores da seriedade da situação e possibilidade de um disparo, por qualquer um deles, a qualquer momento.

“Neste instante, a vítima Edson Luiz Moretti, pensando se tratar de alguma brincadeira, foi alvejada com um tiro na cintura, sofrendo as lesões leves descritas no laudo pericial de fl. 64, disparado pelo adolescente D., que ainda disparou outras duas vezes contra a vítima Orli de Souza, que tentava se refugiar.

“Os adolescentes e Adriano fugiram com o automóvel, encontrando o denunciado Marcos no trevo que conduziu o veículo até o mesmo ser abandonado próximo de Santo Amaro da Imperatriz, onde rumaram com um táxi, se dirigindo para o seu apartamento, onde foram presos.

“No momento da prisão, o denunciado Adriano portava o revólver calibre 38, marca Taurus, numeração ilegível, com 5 cartuchos, conforme termo de fl. 27, sem possuir autorização e em desacordo com as normas legais” (fls. 2/7).

No momento procedimental pertinente, todos resultaram condenados. A Josué foi fixada pena de dois anos de reclusão, em regime aberto, mais dez dias-multa, no valor unitário de dez por cento do salário mínimo, pela prática do crime definido no artigo 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal. A pena privativa de liberdade foi substituída por restritiva de direitos, consistente em prestação de ser-

viços à comunidade, pelo prazo de um ano, mais multa.

Adriano foi apenado com oito anos, dez meses e vinte dias de reclusão, em regime fechado, mais vinte e um dias-multa, por infração ao disposto nos artigos 157, §§ 1º e 2º, incisos I, II e V, 155, § 4º, incisos I e IV (cinco vezes), e 157, § 2º, incisos I e II, todos do Código Penal, e um ano de detenção, e dez dias-multa, pela posse ilegal de arma de fogo.

A pena de Marcos ficou dosada em oito anos, dez meses e vinte dias de reclusão, em regime fechado, mais vinte e um dias-multa, por enquadramento nos artigos 157, §§ 1º e 2º, incisos I, II e V, 155, § 4º, incisos I e IV (cinco vezes), ambos do Código Penal.

Da sentença, apenas Josué apelou. Nas razões apresentadas, é pretendida a absolvição, com fundamento no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal. Alternativamente, requer a desclassificação do furto qualificado para o crime de favorecimento real (artigo 349 do Código Penal), com a conseqüente substituição da pena aplicada por multa.

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. Vilmar José Loef, manifestou-se, em preliminar, pela remessa dos autos à origem para que o condenado Adriano Borges de Jesus fosse intimado da sentença por edital e, no mérito, posicionou-se pelo conhecimento e improvemento do recurso.

Por força do despacho de fls. 601/603, os autos retornaram à comarca de origem, a fim de que Adria-

no e seu defensor, bem como o advogado de Marcos, fossem intimados da sentença.

Cumpridas as formalidades, retornou o processo a esta Instância.

É o relatório.

O presente recurso, porque próprio e tempestivo, é conhecido, mas não merece provimento.

Segundo o que se extrai do conjunto probatório, o apelante, na qualidade de motorista de táxi, conhecedor das intenções dos co-réus da prática de furtos, conduziu-os, armados, da cidade de Balneário Camboriú a Bom Retiro, onde os deixou perto do cemitério, ficando no aguardo de telefonema para combinar o retorno. Posteriormente, encontrou-se com um dos meliantes, o qual acondicionou a *res furtiva* em seu veículo. E, na posse do produto da subtração, retornou a Balneário Camboriú, onde, seguindo orientação dos co-réus, deu início à entrega dos bens às pessoas por eles determinadas.

Ora, não tivesse o recorrente a intenção de cooperar na prática do furto, conduzindo-os ao local e transportando os objetos subtraídos até Balneário Camboriú, teria procurado auxílio policial tão logo percebesse a intenção dos co-réus, visivelmente armados com revólveres. Mas não o fez, mesmo ficando sozinho durante a consumação, no aguardo do telefonema para o retorno.

Os depoimentos dos co-réus, assim como o do próprio apelante, dão a exata noção do ocorrido.

Marcos Roberto Zabel afirmou, em todas as oportunidades em que foi ouvido que, para a condução até o lo-

cal do furto, utilizou-se dos serviços de Josué, conhecido seu, o qual tinha ciência das suas intenções. Às fls. 261/262 esclareceu que “o acusado Josué tinha pleno conhecimento da intenção do interrogando e de seus companheiros de cometer um furto no posto de gasolina de Bom Retiro, onde, segundo o menor P. C., conhecido por Bebê, informara que havia um cofre; que o pagamento da corrida de Josué seria com dinheiro do furto; quando a mercadoria foi carregada, o interrogando, não estava presente; que segundo o interrogando, ficou sabendo através do acusado Adriano, Josué transportou a mercadoria furta da de Bom Retiro para a cidade de Balneário Camboriú; não é verdade que a irmã do interrogando (Marlene Zabel) tenha obtido a mercadoria junto a Josué; que o interrogando se limitou a orientar Marlene a procurar pela mercadoria do furto junto ao taxista Josué, mas, segundo sua mãe, Marlene não manteve contato com Josué; que a própria Marlene confirmou ao interrogando que não chegou a manter contato com Josué; enquanto o interrogando esteve preso em Balneário Camboriú, fez um contato através do telefone celular de um preso com Josué; na oportunidade, o interrogando informou que sua irmã Marlene entraria em contato a fim de obter a mercadoria; no dia seguinte, através de novo contato telefônico, Josué informou ao interrogando que havia vendido a mercadoria, uma vez que havia ‘suja-do’; a essas alturas, a polícia já sabia que o interrogando e seus companheiros haviam estado em Bom Retiro e, na oportunidade, utilizado-se de um táxi Kadett branco; que o interrogando reafirma que tem absoluta certeza que

sua irmã não pegou a mercadoria furtada e que havia sido transportada por Josué”.

Como se vê, Josué, mesmo após a prisão de Marcos, permaneceu em contato, a fim de encaminhar o produto do furto, chegando, inclusive, a vendê-lo, para evitar a apreensão pela polícia.

Josué, inicialmente, negou tivesse prévio conhecimento da intenção dos co-réus. Entretanto, quando interrogado pela segunda vez, resolveu melhor esclarecer os fatos: “...pegou os passageiros que posteriormente identificou como sendo os acusados Adriano Borges e Marcos Roberto, e os adolescentes D. e ‘Bebezão’; o destino era Alfredo Wagner, contudo, ao chegarem a Alfredo Wagner, no trevo, os passageiros orientaram que o interrogando tocasse até Bom Retiro; que deixou os passageiros próximos a uma serraria e de um colégio e, em seguida, saiu para dar uma volta na cidade; que, uma hora após, o interrogando retornou ao local onde havia deixado os passageiros, e não encontrou ninguém; quando procurava a saída para a cidade nas proximidades da praça central de Bom Retiro, encontrou o acusado Adriano e o menor D.; que indicaram onde o interrogando deveria ir para carregar a mercadoria e os outros dois passageiros; que, então, seguiram até em frente ao sindicato rural; que o produto do furto estava enrolado em panos de cortina; que, inicialmente, o interrogando se recusou a transportar aquele material, mas lhe foi mostrado um revólver e, então, Adriano e Marcos Roberto carregaram o produto do furto no carro do interrogando; que, após carregarem o produto, que estava separado, os acusados retornaram

ao interior do sindicato à procura de outros produtos; que, nesse momento, o interrogando deixou o local rumando para Balneário Camboriú, sozinho; no dia seguinte, o interrogando recebeu uma ligação da irmã do acusado Marcos, dizendo que iria buscar o produto transportado para pagar o advogado de Marcos, que já estava preso; que então o interrogando entregou algumas peças de computador (possivelmente dois teclados, duas impressoras, dois vídeos, um gabinete); que a irmã do acusado foi até a casa do interrogando utilizando-se de um Gol branco; que, na semana seguinte, o interrogando recebeu a visita de um taxista, portando um bilhete, indicando que deveria entregar o restante do produto ao mesmo; que este taxista entregou a quantia de R\$ 200,00 referente à corrida que o interrogando fez até Bom Retiro...” (fls. 259/260).

Adriano Borges de Jesus afirmou que Josué os conduziu até Bom Retiro, sendo que, lá chegando, parou “atrás do cemitério e iria ficar esperando pelos quatro, e o taxista tinha o celular dele e o D. também tinha um e P. C. outro; que eles iriam telefonar para o taxista, para dizer onde é que o taxista devia apanhá-los (...) o depoente e D. acharam o taxista numa praça e levaram o taxista até o sindicato e lá carregaram o táxi com as mercadorias roubadas; que, neste momento, não estava sabendo onde estavam Marcos e P. C.; que o taxista saiu e quando viu os objetos roubados, só dizia que iria embora, mas, quando saiu de lá, o taxista sabia que viriam para Bom Retiro para furtar, mas ele pensava que era dinheiro; que o taxista sabia que aquilo que estava sendo coloca-

do no seu carro era produto de furto...” (fl. 195v.).

Dessa forma, não há dar guarida à pretensão absolutória do apelante, nem mesmo à desclassificatória para o delito de favorecimento real, tendo em vista sua franca participação no evento delituoso, sem a qual não teria se consumado, eis que transportou os réus na ida, e, na volta, trouxe o produto do furto, ficando responsável por seu encaminhamento às pessoas indicadas pelos co-denunciados.

Nesse sentido a orientação jurisprudencial: “Exceção feita às normas de co-autoria e de receptação, caracteriza-se o favorecimento real pela prestação a delinqüente auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime. Exigindo tal tipo penal a existência de um delito anterior, não há falar na infração do art. 349 do CP, mas, sim, em co-autoria de roubo

qualificado, na conduta de quem, dando cobertura, apóia outro meliante na efetivação da subtração, conduzindo-o em seu veículo depois da prática do crime” (TACrim-SP — Rel. Manoel Pedro Pimentel — JUTACrim 28-71/72).

Dessa forma, correta a sentença condenatória enquadrando-o como co-autor do furto qualificado.

Diante de todo o exposto, portanto, o recurso é conhecido e improvido.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Sérgio Roberto Baasch Luz, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 6 de agosto de 2002.

Maurílio Moreira Leite,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.003389-8, DE TIMBÓ

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Apelação criminal. Autoria e materialidade comprovadas. Confissão dos agentes quanto aos fatos descritos na peça acusatória. Conjunto probatório sólido quanto às condutas típicas. Recurso não provido para um e parcialmente provido para o outro.

Falsificação de documento público que embora considerada grosseira por policial habituado com o documento original não o é para as pessoas leigas. Delito configurado.

“Falsificação grosseira é aquela evidente, clara, que a todos se faz sentir. É a perceptível pelo leigo, é a feita sem nenhum cuidado, com rasuras e alterações grosseiras” (TJSP, Ap. Crim. n. 108.225-3/5, rel. Renato Nalini).

Fato descrito na denúncia diverso da qualificação legal do crime por ela indicada. Pena menos grave prevista para a nova capituloção. Inteligência dos arts. 383 e 617 do CPP. Nova definição jurídica que se impõe.

O recurso de apelação do réu devolve ao Tribunal o julgamento da matéria, podendo ser dada nova definição jurídica ao fato descrito na peça acusatória em benefício do réu, quando inexistente recurso ministerial.

Crime contra a ordem tributária. Comerciante que mantém produto em estoque sem o respectivo registro contábil de entrada, possibilitando posterior venda sem emissão de nota fiscal e consequente supressão do pagamento de ICMS. Prática do crime previsto no art. 2º, inciso I, da Lei n. 8.137/90, configurada.

Crime contra o meio ambiente. Aquisição e armazenamento de produto de origem vegetal (palmito) sem licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento (art. 46, Lei n. 9.605/98).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.003389-8, da comarca de Timbó, em que são apelantes Elzevir Elvino Nardelli e Celso Ademir Floriani e apelada a Justiça Pública, por sua Promotora:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer e julgar improcedente o recurso de Celso Ademir Floriani e procedente em parte o de Elzevir Elvino Nardelli, estendendo-se a decisão desclassificatória ao réu não apelante, Cecílio Klug.

Custas legais.

Na comarca de Timbó, 2ª Vara Cível e Criminal, Elzevir Elvino Nardelli, Celso Ademir Floriani e Cecílio Klug foram denunciados pela prática dos crimes definidos nos artigos 46,

caput, da Lei n. 9.605/98, 1º, inciso V, da Lei n. 8.137/90 e 297 do Código Penal.

Relata a denúncia de fls. 2/4:

“No dia 20 de abril de 2001, por volta das 14 horas, em regular processo de fiscalização, a guarnição da Polícia Ambiental, composta pelos policiais José dos Santos, Marcos Joel Niues Luiz e Marcos Aurélio Dum-ke, constatou que o primeiro denunciado armazenava em sua empresa 283 (duzentos e oitenta e três) cabeças de palmito *in natura*; 258 (duzentos e cinquenta e oito) vidros de palmito em conserva de 900g cada, sem rótulo, e 29 (vinte e nove) vidros de palmito em conserva de 3kg (laudo pericial de fl. 25).

“Solicitada a documentação que autorizava o armazenamento do produto nativo e a nota fiscal devida

em razão da aquisição do produto, o primeiro denunciado apresentou o documento fiscal de fl. 10, de emissão do produtor rural Denilso Santo Machado de Souza, com o respectivo selo do órgão ambiental do Estado do Paraná.

“Verificada a legalidade da documentação, resultou constatado que dito documento fiscal havia sido forjado, assim como o carimbo do órgão ambiental.

“Empreendidas várias diligências, resultou apurado que o primeiro denunciado agia mancomunado com os denunciados Celso Ademir Floriani e Célio Klug, o primeiro responsável pela falsificação dos selos e o segundo pelo fornecimento das notas fiscais frias, oriundas do Estado do Paraná, assim procedendo com o fim de lesar os cofres públicos e causar danos ao meio ambiente, através da extração ilegal de produto vegetal.

“Com o seu agir, incidiram os denunciados nas sanções dos arts. 46, *caput*, da Lei n. 9.605/98, 1º, inciso V, da Lei n. 8.137/90 e 297, *caput*, do Código Penal, em concurso material (...).”

No momento procedimental pertinente, restaram todos condenados. Elzevir e Cecílio, por infração ao artigo 46 da Lei n. 9.605/98, à pena de 6 meses de detenção, além de 10 dias-multa, e, como incurso nas sanções do artigo 1º, inciso V, da Lei n. 8.137/90, à pena de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, individualmente. Celso foi condenado por infração ao artigo 297 do Código Penal, com pena dosada em 2 anos de reclusão, além de 10 dias-multa. Elzevir restou absolvido quanto ao delito previsto no

artigo 297 do Código Penal e Celso o foi no que respeita aos crimes capitulados nos artigos 46 da Lei n. 9.605/98 e 1º, inciso V, da Lei n. 8.137/90.

Quanto ao réu Elzevir Elvino Nardelli, a pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 5 salários mínimos, a serem recolhidos ao Fundo dos Bens Lesados. Quanto a Celso Ademir Floriani, foi concedida suspensão condicional da pena, nos termos do artigo 77 e seguintes do Código Penal, mediante condições. E, por fim, no que refere ao réu Cecílio Klug, a pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, no valor de 2 salários mínimos, a serem recolhidos ao Fundo dos Bens Lesados. Determinado regime prisional aberto para todos os réus.

Da decisão todos foram intimados pessoalmente (fls. 205v.). Os advogados foram cientificados da sentença condenatória por intermédio de publicação no Diário da Justiça (certidão de fl. 203).

Com o resultado não se conformaram os Drs. Defensores dos acusados Celso Ademir Floriani e Elzevir Elvino Nardelli. Interpuseram recurso às fls. 220/225 e 228/234, respectivamente, objetivando a absolvição.

O réu Celso Ademir Floriani alega, em razões de apelação, que os fatos que o chamaram a Juízo “não caracterizam ilicitudes penais, capazes de submetê-lo às regras e sanções do Código Penal” (fl. 220). Argumenta que, sendo a falsificação dos

selos ambientais grosseira, inexistiu o delito em face da ausência de potencialidade lesiva. Alega, também, que: a) o delito de falsificação é de consumação instantânea, “diferentemente da situação questionada, pois o selo ficou com o acusado Elzevir, por mais de um ano e como bem disse o Douto Julgador, seria apresentado em eventual fiscalização” (fl. 225) e b) o selo não é documento obrigatório em notas fiscais de produtos florestais no Estado de Santa Catarina.

Em suas razões de apelação, Elzevir Elvino Nardelli relata que não praticou o delito disposto no artigo 1º, inciso V, da Lei n. 8.137/90, pois apresentou a “Nota Fiscal de Produtor n. 000094”, juntada à fl. 14. Sustenta a necessidade de prévio procedimento administrativo que aponte a ocorrência de supressão ou redução de tributo para que, validamente, possa ser iniciada ação penal nos crimes contra a ordem tributária. Quanto ao crime ambiental em que restou condenado, alega que o produto apreendido em sua posse “tinha origem lícita, pois foi adquirida de produtores legalmente autorizados a procederem a extração vegetal” (fl. 234).

Contra-razões constantes às fls. 236/243, no sentido de ser mantido o que foi decidido.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Moacyr de Moares Lima Filho, manifestou-se pelo conhecimento e não provimento dos apelos.

Por terem sido os advogados dos réus intimados do teor da sentença por meio de edital (fl. 203), medida inaplicável à espécie em razão do princípio constitucional da ampla de-

fesa, segundo vasta doutrina e jurisprudência, foi determinado o retorno dos autos à comarca de origem para que se procedesse a intimação pessoal do Dr. Nereu Roepke, advogado constituído pelo réu Cecílio Klug, único que não apresentou recurso.

Devidamente intimado (fls. 262, v.) e decorrido *in albis* o prazo para a interposição do termo de apelação (fl. 265), voltaram os autos conclusos para o devido prosseguimento do julgamento.

É o relatório.

Os recursos são próprios e tempestivos, merecendo, portanto, ser conhecidos. As pretensões absolutórias, no entanto, não são acolhidas, merecendo provimento parcial apenas o recurso do réu Elzevir Elvino Nardelli.

I. Recurso de apelação do réu Celso Ademir Floriani, condenado por infração ao artigo 297 do Código de Penal:

A materialidade do delito exsurge do termo de exibição e apreensão (fl. 9), do selo junto da “nota fiscal” (fl. 14) e dos selos à fl. 24.

Inquestionável, também, a autoria, pois há nos autos confissão espontânea do recorrente pertinente ao crime de falsificação de documento público. Retira-se do seu interrogatório: “Que há aproximadamente um ano e seis meses o interrogando foi procurado em sua residência pelo acusado Elzevir Elvino Nardelli, o qual consultou se o interrogando tinha condições de fazer ou reproduzir um selo que foi apresentado naquela oportunidade, ou seja, semelhante àquele fixado na nota fiscal de fl. 14; que o deponente respondeu que iria tentar fazer

o selo pretendido; que o interrogando desconhecia o destino a ser dado aos selos que seriam reproduzidos; que o interrogando ‘*scaneou*’ o selo e conseguiu reproduzir de 15 a 20, a título de testes (...)” (fl. 72).

O réu fundamenta seu recurso principalmente sob a alegação de falsificação grosseira, pois, segundo o vasto entendimento da doutrina e da jurisprudência, “falsidade grosseira, inapta a causar prejuízo, configura crime impossível por absoluta ineficácia do meio” (TRF, Ap. n. 6.576, DJU de 24/4/86, pág. 6.342).

Contudo, na espécie, impossível concluir que os selos apreendidos configuram falsidade grosseira, pois não foi realizada perícia na fase da instrução (houve desistência de produção de prova pericial requerida quando da apresentação da defesa prévia, cf. fls. 83 e 138) e nem mesmo há um selo original para eventual comparação. Quanto à “qualidade da reprodução”, há apenas o depoimento do policial militar Marcos Aurélio Dumke afirmando ser grande a diferença entre o selo ambiental original e aqueles de fl. 24, no entanto, a opinião de policial lotado no pelotão da Polícia Militar Ambiental, portanto habituado com o selo original, não pode ser determinante para a configuração de uma falsificação grosseira.

É esse o entendimento da jurisprudência pátria:

“Não pode ser havido como grosseiramente falsificado o documento que é capaz de enganar o homem comum, assim não considerado o experiente policial que, em sua repartição e diante de seus conhecimentos específicos e das condições

pessoais do portador, suspeita da autenticidade em virtude de um pormenor que a outrem passaria despercebido” (TJMS, Ap. Crim. n. 2.347/89, rel. José Riskallah, publ. 26/4/89).

“Falsificação grosseira ocorre, apenas, se a qualquer um é dado perceber a adulteração, à vista de singelo exame ocular do documento. Falsificação grosseira é aquela evidente, clara, que a todos se faz sentir. É a perceptível pelo leigo, é a feita sem nenhum cuidado, com rasuras e alterações grosseiras” (TJSP, Ap. Crim. n. 108.225-3/5, rel. Renato Nalini).

E mais, o selo ambiental, reproduzido por *scanner*, como confessado pelo próprio recorrente, não foi capaz de iludir de imediato nem mesmo os policiais, segundo colhe-se do depoimento do Policial Militar José dos Santos à fl. 139: “(...) que os policiais compareceram na empresa do acusado e, ao solicitar documentação fiscal, o acusado exibiu uma nota fiscal do produtor; que dita nota foi ‘*xerocada*’ e encaminhada ao destacamento da polícia ambiental, em Blumenau; que de posse do referido documento, passaram a diligenciar e lograram descobrir que dita nota fiscal do produtor era ‘fria’ (...)”.

Conclui-se, portanto, que não há manifesta diferença entre as cópias e o original, não sendo capazes de, facilmente, enganar o homem de inteligência e capacidade comuns.

Nesse sentido: “Falsificado o documento com a intenção de imitar o verdadeiro, e se a falsificação, ainda que não perfeita, for capaz de enganar o homem médio, não se pode tê-la como grosseira” (TJSP, RT 727/458).

Deste Tribunal Catarinense:

“Falsificação de documento público. Autoria e materialidade comprovadas. Falsificação que, embora tenha sido considerada grosseira e de fácil percepção pelos *experts*, não o é para as pessoas leigas. Delito caracterizado. Recurso ministerial provido para condenar o apelado” (Ap. Crim. n. 2000.001344-7, de Lages, rel. Des. Genésio Nolli).

Quanto à alegada ausência de dolo específico, razão também não assiste ao recorrente, pois para a configuração de crime contra a fé pública basta a vontade livre e consciente do agente de forjar o documento, chamada de dolo genérico.

Nesse sentido, Nelson Hungria discorre que, no crime de falsificação, “o elemento subjetivo é o dolo genérico (*falsum non committitur sine dolo*) vontade livre de forjar documento público verdadeiro, deturpando-se *id quod actum est* ou *id quod est conventum* e sabendo o agente que procede ilegitimamente. Não é necessário o dolo específico, isto é, o propósito de consecução de um fim ulterior, bastando consciência de se estar criando um perigo a alguma relação jurídica, em detrimento alheio” (Código Penal, Forense, pág. 264, vol. IX).

Igualmente, consoante asseverou o Dr. Procurador de Justiça, “o fato de Elzevir ter utilizado os selos falsificados pelo apelante muito tempo depois não afasta a sua responsabilização criminal, uma vez que ficou demonstrado que a sua intenção ao tempo da falsificação era auxiliar Elzevir a fraudar o fisco. Assim, no momento em que entregou os selos, saindo de sua esfera pessoal, come-

teu o delito, pois sabia que Elzevir tinha interesse em utilizá-lo de maneira ilícita” (fl. 251).

Esse último fato está caracterizado, principalmente, quando afirmou, em seu depoimento, que “se os selos reproduzidos servissem e se o acusado Elzevir solicitasse sua reprodução, o interrogando iria cobrar pelos serviços” (fl. 72).

E continua o Dr. Procurador de Justiça: “A existência de prejuízo para configurar o delito de falsificação de documento público não é indispensável, uma vez que o bem jurídico tutelado é a fé pública, sendo que o delito consoma-se independentemente de resultado ou prejuízo efetivo, bastando, para a sua caracterização, o perigo de dano.

“É da jurisprudência: ‘A alteração da verdade em documentos públicos é suficiente para caracterizar o crime de falsificação de documento público, pouco importando a ocorrência ou não de prejuízo, sendo que este não precisa ser efetivo, nem patrimonial, bastando, portanto, que seja potencial e moral’ (RT 611/391)” (fls. 251/252).

Portanto, pelo acima exposto, quanto ao réu Celso Ademir Floriani, deve ser mantida a condenação determinada pela sentença de fls. 171/195.

II. Recurso de apelação do réu Elzevir Elvino Nardelli, condenado por infração ao artigo 1º, inciso V, da Lei n. 8.137/90, e como incurso nas sanções do artigo 46 da Lei n. 9.605/98:

Crime contra a ordem tributária:

Sustenta o recorrente a necessidade de prévio procedimento administrativo que aponte a ocorrência de

supressão ou redução de tributo para que, validamente, possa ser iniciada ação penal nos crimes contra a ordem tributária. Tal argumento é imprestável à espécie, pois, das provas colhidas, verifica-se, claramente, que sequer houve supressão ou redução de tributo, tendo ocorrido, apenas, a conduta prevista no artigo 2º, I, da Lei n. 8.137/90, como adiante será demonstrado.

Entretanto, ainda que condenado em razão da efetiva sonegação, estaria, mais uma vez, sem razão o apelante porquanto é sabido que a ação penal para apurar delito de sonegação independe da apuração do débito fiscal no âmbito administrativo, e, inclusive, as decisões tomadas naquela instância não constituem condição de procedibilidade da persecução criminal.

Nesse sentido: “A apuração do débito fiscal na instância administrativa não constitui condição de procedibilidade ou pressuposto de punibilidade” (RJTJSP, vol. 34, pág. 348).

O recorrente foi denunciado, julgado e condenado por não possuir nota fiscal devida em razão da aquisição do produto que armazenava (palmito) para posterior venda (cf. fato descrito à fl. 4). Ainda, além de não fornecer a documentação obrigatória, apresentou aos policiais a “Nota Fiscal de Produtor n. 000094” (fl. 14), proveniente do Estado do Paraná, totalmente inválida pois, segundo confessado em seu interrogatório de fls. 66/68, é falsificada: “(...) a nota fiscal foi entregue ao interrogando pelo acusado Cecílio Klug, assim como o selo ambiental; que ao entregar referida nota, Cecílio comentou que a mesma

era fria e deveria ser utilizada em caso de necessidade (...)”.

A materialidade exsurge do laudo pericial de fls. 25/26, e a autoria está evidenciada pelo próprio depoimento do recorrente (fls. 66/68).

No entanto, verifica-se que o crime praticado pelo acusado trata-se daquele descrito no inciso I do artigo 2º da Lei n. 8.137/90, e não o do artigo 1º, inciso V, que assim dispõe:

“Art. 1º. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

“V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação”.

Para a consumação do crime previsto no *caput*, é necessária a verificação do resultado, consistente na supressão (total) ou redução (parcial) da receita fiscal, propiciada por uma das condutas fraudulentas preparatórias descritas nos seus incisos. Fato esse que não ocorreu no caso em análise, pois o recorrente ainda não havia vendido o produto vegetal apreendido, não tendo suprimido nem reduzido, dessa forma, o pagamento do ICMS.

Assim, os atos apontados nos incisos constituem meros atos de execução inacabados enquanto não culminem na verificação do resultado econômico, ou seja, por ser crime material, o momento consumativo não é o da realização da conduta preparatória da sonegação (no caso, o não for-

necimento de nota fiscal), mas sim o da efetiva ocorrência do dano.

Andreas Eisele esclarece que “a conduta prevista no *caput* é a que implementa o resultado, ou seja, a suficiente a proporcionar a supressão ou a redução do tributo ou contribuição social. A ‘supressão’, ou a ‘redução’, consistem no núcleo do tipo, que designa a conduta mediante o verbo. Trata-se de crime material, e a lei estruturou o tipo de modo que o verbo indica não apenas a conduta, mas igualmente seu resultado, a exemplo do que ocorre com o verbo ‘matar’, no tipo do homicídio (art. 121, CP)” (*in* Crimes Contra a Ordem Tributária, São Paulo : Dialética, 1998, pág. 121).

Antonio Corrêa, também, ao comentar o inciso V do artigo 1º, enfatiza que “a atividade do adquirente do bem, ou consumidor dos serviços, não é criminalizada pelo fato de deixar de solicitar o documento fiscal ou ignorar a obrigatoriedade de o fazer ao transportar o bem adquirido, receber e pagar pelos serviços” (*in* Dos Crimes Contra a Ordem Tributária: Comentários à Lei n. 8.137, de 27/12/90. São Paulo: Saraiva, 1994, pág. 142).

Portanto, em não ocorrendo a efetiva supressão ou redução de tributo, não restou consumado o delito ao qual o recorrente foi condenado. Seria punível, apenas, a tentativa (art. 14, II, CP) em razão da realização de ato preparatório à sua prática, início da execução.

Ocorre, entretanto, que a Lei n. 8.137/90 elevou a tentativa à categoria de crime autônomo quando o objeto da evasão for tributo, ao prever a figura subsidiária do art. 2º, I, *verbis*:

“Art. 2º. Constitui crime da mesma natureza:

“I — fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo”.

Na espécie, o réu Elzevir Elvino Nardelli omitiu declaração — ou, se assim entendido, “empregou outra fraude” ao apresentar a falsa “Nota Fiscal de Produtor n. 000094” de fl. 14 —, sobre a compra de grande quantidade de palmito que pretendia, posteriormente, revender, isso com o livre intuito de eximir-se do pagamento de tributo devido em razão da operação.

É o entendimento da doutrina que, quando o agente praticar o crime definido no artigo 1º, *caput*, na forma tentada, porque não atingiu o resultado consistente na evasão tributária, a conduta se subsumirá ao do tipo do art. 2º, inciso I.

O exato caso dos autos é descrito, a título elucidativo, pela doutrina como o crime previsto no art. 2º, inciso I, da Lei n. 8.137/90: “(...) hipótese em que o comerciante mantém produtos em seu estoque físico sem o respectivo registro contábil de entrada, possibilitando posterior venda sem a correspondente emissão de nota fiscal, e escrituração da operação com a supressão dos tributos incidentes sobre o fato” (Andreas Eisele, *op. cit.*, pág. 150).

Importante ressaltar que, em havendo recurso apenas da defesa e sendo a pena prevista para o crime do artigo 2º, inciso I, da Lei n. 8.137/90 (detenção de 6 meses a 2 anos, e multa) mais branda que aquela prevista para o crime ao qual o recorrente foi

condenado (reclusão de 2 a 5 anos, e multa), admissível a aplicação do artigo 383 do Código de Processo Penal neste grau de jurisdição, nos termos do artigo 617 do CPP.

Ainda, a nova qualificação legal dada ao fato descrito na denúncia não hostiliza o princípio do contraditório ou a garantia da amplitude da defesa pois o réu defende-se dos fatos narrados e não do crime ao qual está sendo acusado.

Nesse sentido: “À instância recursal não é vedada nova classificação da norma violada, diversa daquela apontada na sentença recorrida, desde que os fatos narrados na denúncia tragam suporte à nova definição jurídica, não se aplicando a limitação prevista na Súmula 353 do STF, que se refere apenas ao disposto no art. 384 e parágrafo único do CPP” (Ap. Crim. n. 28.773, de Canoinhas, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 11/9/92).

Assim, nos termos do artigo 383, combinado com o 617, ambos do Código de Processo Penal, a conduta é reclassificada para o artigo 2º, inciso I, da Lei n. 8.137/90, cuja pena prevista é menor do que a cominada à conduta classificada na decisão recorrida. Em decorrência, a pena é fixada em 6 (seis) meses de reclusão, além de 10 (dez) dias-multa, utilizando o mesmo critério procedido na sentença recorrida, o mínimo legal.

Pelo mesmo crime restou condenado, também, Cecílio Klug, quando afirmado: “É manifesto que o denunciado Cecílio Klug forneceu as notas fiscais ao denunciado Elzevir, com o firme propósito de fraudar a fiscalização e os cofres públicos. Assim,

induidosa a autoria, bem como o dolo com que agiu durante todo o ensejo, intermediando o fornecimento de documento fiscal ‘frio’, sonegando o pagamento de imposto devido. Dessa forma, o denunciado Cecílio forneceu nota fiscal em desacordo com a legislação vigente, incorrendo no delito preconizado no art. 1º, inciso V, da Lei n. 8.137/90, circunstância suficiente para determinar sua condenação” (fls. 189/190).

Em decorrência, todo o argumento desenvolvido no sentido da desclassificação com relação a Elzevir Elvino Nardelli Ihe é aplicável. E, não se tratando de motivo de natureza pessoal, a decisão desclassificatória Ihe é estendida, nos termos do artigo 580 do Código de Processo Penal.

Crime ambiental:

Assim dispõe o *caput* do artigo 46 da Lei n. 9.605/98: “Art. 46. Receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento”.

Citado crime contra o meio ambiente restou cabalmente configurado quando da apreensão de produto de origem vegetal (cf. laudo pericial de fls. 25/26) que estava em posse e responsabilidade do recorrente sem a devida licença do vendedor outorgada pela autoridade competente. Evidencia-se a autoria pelo depoimento do recorrente (fls. 66/68).

Irrelevante, na espécie, a alegação infundada de que a mercadoria teria origem lícita porquanto adquirida

de produtores legalmente autorizados à extração vegetal, pois o fato típico descrito na legislação em análise refere-se à não exibição de licença e posse de uma via desta, fato este ocorrente nos autos. O único documento apresentado pelo apelante quando da fiscalização foi a falsa “Nota Fiscal do Produtor n. 000094”.

Finalmente, quanto à consumação, vale ressaltar a doutrina de Luís Paulo Sirvinskas, citada nas contra-razões ministeriais à fl. 241: “consume-se com a ação de receber, adquirir, vender, expor à venda, ter em depósito, transportar ou guardar matéria de origem vegetal sem a denominada ‘Guia Florestal’, expedida pela autoridade competente”.

Diante do exposto, os recursos interpostos são conhecidos, porém não provido aquele do réu Celso Ademir Floriani, sendo mantida, nesse aspecto, a sentença nos seus exatos termos; e provido em parte quanto ao réu Elzevir Elvino Nardelli, apenas para desclassificar a conduta relativa à Lei n. 8.137/90 para o artigo 2º, inciso I, sendo aplicada a pena de 6 (seis)

meses de detenção — mínimo previsto, tendo em conta que em primeiro grau também o foi, em que pese terem sido consideradas desfavoráveis algumas circunstâncias judiciais —, além de 10 (dez) dias-multa, mantida a substituição já procedida. Estendida a desclassificação para o réu Cecílio Klug, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, sendo a pena para este delito fixada em 6 (seis) meses de detenção mais 10 (dez) dias-multa, no valor estabelecido na sentença recorrida, mantidas as demais cominações — substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Sérgio Roberto Baasch Luz, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 13 de agosto de 2002.

Maurílio Moreira Leite,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2000.023932-1, DE SANTA CECÍLIA

Relator: Des. Irineu João da Silva

Tortura (Lei n. 9.455/97) — Abuso de autoridade (Lei n. 4.898/65) — Lesões corporais (art. 129 do CP) — Distinção — Absolvição em primeiro grau — Recurso da acusação — Prova — Palavras do ofendido — Testemunhas — Alibi insubsistente — Princípio da livre apreciação das provas — Condenação.

Não é toda a conduta que produz sofrimento psíquico ou físico que implica na configuração do crime previsto no art. 1º da Lei

n. 9.455/97, mas somente aquela que, diante das circunstâncias fáticas, amolde-se à idéia de intensidade inerente ao conceito comum de tortura.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2000.023932-1, da comarca de Santa Cecília, em que são apelantes a Justiça Pública, por seu Promotor, e o Assistente do Ministério Público, sendo apelado Antônio Rogério Ribeiro.

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial, para condenar Antônio Rogério Ribeiro ao cumprimento da pena de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, mais a perda do cargo público exercido e a interdição para o exercício de cargo, função ou emprego público pelo dobro do prazo da pena aplicada.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Santa Cecília, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Antônio Rogério Ribeiro, pela prática do crime previsto no art. 4º, alínea a, da Lei n. 4.898/65, em concurso material com os crimes descritos no art. 1º, inciso I; art. 1º, § 1º, e art. 4º, incisos I e II, da Lei n. 9.455/97, em continuidade delitiva, com base nos fatos assim descritos na inicial:

“No dia 7 de agosto de 1998, por volta das 23h, o denunciado, exercendo as atividades de Delegado de Polícia, invadiu a residência da vítima Aurino Alves de Oliveira, localizada na Cohab, neste Município, encostou

uma arma no pescoço da vítima e mandou encostar na parede com os braços levantados, oportunidade em que a mesma foi revistada, nada sendo encontrado.

“Ato contínuo, o denunciado ordenou a prisão da vítima, que foi conduzida na parte traseira do camburão.

“Chegando ao destacamento da Polícia Militar, o denunciado empurrou a vítima Aurino com o cacetete, e desferiu vários chutes, puxou a vítima pelo pescoço e a levou até uma garagem.

“Na seqüência de seu intento criminoso, o denunciado encostou Aurino em um carro, e desferiu por todo o corpo da vítima vários golpes com um cacetete, até a vítima não mais conseguir ficar de pé.

“Não satisfeito com a tortura perpetrada, o denunciado algemou a vítima Aurino e a pendurou, continuando a desferir vários golpes de cacetete nas costas e nádegas, causando-lhe intenso sofrimento físico, conforme descreve o auto de exame de corpo de delito de fl. 11, e fotografias de fl. 20.

“Na continuidade, o denunciado disse à vítima para pedir desculpas aos policiais, pelo fato de a mesma ter importunado e a mandou embora.

“No dia seguinte, 8 de agosto de 1998, por volta de 0h15min, no Salão do Nelson, localizado nesta Cidade, o denunciado, utilizando-se de ameaças realizadas com um cacetete, apertou a garganta do adolescente C.

R., constringendo-o, com violência e graves ameaças, a fim de obter informação acerca da propriedade de uma arma, momento em que o adolescente disse que o proprietário era o vereador Marcos Franzon.

“Na seqüência, após passar pela residência do vereador Marcos, o denunciado, juntamente com a vítima C. dirigiu-se à residência dos irmãos do adolescente.

“Lá chegando, o denunciado encostou uma arma na cabeça do adolescente e ordenou que fosse entregue um revólver e que os irmãos do adolescente nada fizessem, senão estouraria os miolos do menor, constringendo, destarte, os irmãos do adolescente, com emprego de grave ameaça, a informar o local em que estava uma arma de fogo.

“Nesta ocasião, o denunciado desferiu vários socos e pontapés nos que na residência se encontravam, as vítimas Aloir Ribeiro, Adenir Ribeiro e Francisco de Assis Pires, momento em que o denunciado encontrou a arma e os prendeu em flagrante delito” (fls. 3/5).

Finda a instrução, o Dr. Juiz de Direito proferiu sentença, absolvendo o réu da imputação que lhe foi feita, com fundamento no art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

Inconformados com o decreto absolutório, interpuseram recurso de apelação o órgão ministerial e o assistente de acusação, postulando a sua reforma, a fim de ver o réu condenado nos termos da inicial, ao argumento de que há nos autos provas suficientes à condenação. Suscita, ainda, o assistente da acusação, em preliminar, a

suspeição do juiz prolator, em face da amizade que possui com o réu.

Com as contra-razões, ascenderam os autos a esta Corte.

Instada a manifestar-se, fê-lo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Valdir Vieira, pelo provimento parcial do apelo, para condenar o apelado nas sanções do art. 4º, alínea a, da Lei n. 4.898/65 em concurso material com o art. 1º, §§ 1º e 4º, inciso I, da Lei n. 9.455/97.

Nesta instância, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques declarou-se suspeito (fl. 373), por motivos de foro íntimo, e o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino, impedido (fl. 387).

É o relatório.

1. Aduz o assistente ministerial a suspeição do Magistrado sentenciante, alegando que ele, titular da vara, teria se afastado do processo durante a instrução, “delegando-a” à juíza substituta e retornando, apenas, para absolver o agente, ora apelado. Todavia, não há, nos autos, nenhum indicativo da veracidade dessa afirmativa. Além disso, não só o Magistrado recebeu a denúncia, como também procedeu ao interrogatório do réu e tomou diversas outras medidas durante todo o processo, fatos que não são compatíveis com a alegada “suspeição informal” do Julgador.

Ademais, não bastassem a ausência de provas do alegado e a total inadequação da via eleita pelo apelante, é de registrar-se que eventual respeito profissional ou amizade existente entre o magistrado e o delegado não implicam a intimidade necessária à configuração da causa de suspei-

ção. Como bem recorda Fernando Capez, “por amizade íntima deve ser entendida aquela que uma pessoa nutre por outra, como se fosse um parente próximo, tornando-o capaz de suportar toda a sorte de sacrifícios pelo outro. Somente este tipo de amizade pode ser classificada como causa de suspeição. No caso de relações de simples cortesia e apreço profissional por advogado, não autorizam presumir a quebra da imparcialidade que deve presidir os atos do magistrado” (Curso de Processo Penal, 6ª ed. rev., SP: Saraiva, 2001, pág. 318).

2. Registre-se, ainda preliminarmente, que o exame do mérito em relação ao crime de abuso de autoridade (art. 4º, a, da Lei n. 4.898/1965) está prejudicado, dada a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, em sua forma retroativa. É que, incorrendo marco interruptivo em face da sentença absolutória, do recebimento da denúncia (19/7/1999, fl. 177) até a presente data, já decorreram mais de 2 (dois) anos, lapso temporal fixado como limite para a apuração da responsabilidade criminal do agente, nos exatos termos do art. 109, VI, do CP, visto que a pena máxima cominada é de apenas 6 (seis) meses.

Portanto, no caso em tela, o exame dos fatos será realizado apenas com o fim de apurar-se a existência, ou não, do imputado crime de tortura, que, diante do texto constitucional, é imprescritível.

3. Ultrapassadas as questões prévias, verifica-se que, no mérito, razão parcial cabe aos apelantes.

Senão, vejamos.

Os autos indicam que, em 7/8/1998, por volta das 23h, o apelado, no exercício de suas funções de Delegado de Polícia, a pretexto de cumprir investigação sobre alegada briga de casais, ingressou na residência de Aurino Alves de Oliveira, e, encostando uma arma no pescoço da vítima, realizou busca pessoal, não logrando encontrar nenhum objeto ilícito. Ato contínuo, o apelado deu voz de prisão à vítima, levando-a até o destacamento da Polícia Militar, onde, mediante empurrões e agressões com cacetete, levou-a à garagem, para, em seguida, desferir, por todo o corpo do preso, vários golpes com um cacetete, até que este não mais conseguisse ficar de pé. Nesse instante, na sequência de seu mister criminoso, ele algemou Aurino e o pendurou, continuando a desferir vários golpes de cacetete nas costas e nádegas deste, causando-lhe intenso sofrimento físico e psíquico. Finda a sessão de agressões, o denunciado ordenou que a vítima saísse do local, pedisse desculpas aos outros policiais, que estavam dentro do destacamento, e retornasse à sua casa.

Embora denunciados outros fatos conjuntamente a esses, a análise deve ser feita em separado, diante de sua dessemelhança típica, até porque foram processados conjuntamente apenas em razão da conexão probatória.

No tocante à conduta realizada contra Aurino Alves de Oliveira, o apelado, interrogado na fase policial, disse, em síntese, que estava sofrendo uma perseguição política, afirmando que, em relação a Aurino, apenas foi até a residência dele para apurar um chamado relativo a uma briga do-

méstica e que o alegado ferimento decorreu de um “tombo” que a vítima sofreu ao sair de casa; assinalou, inclusive, que tentou segurá-lo para que não caísse, acabando por rasgar a camisa do pretense ofendido (fls. 74/84). Em Juízo, manteve a sua versão (fls. 181/182).

Sustentando a sua versão, os policiais militares Walter Dolberth da Silva (fls. 53/54 e 248/249), Antônio Carlos de Oliveira (fls. 55/56 e 257/258), Paulo Roberto Popeng (fls. 57/59 e 259/260), Célio dos Santos (fls. 60/62 e 250/251), Nilson Carlos Teles de Souza (fls. 63/64 e 255/256) e Sebastião Corrêa de Oliveira (fls. 69/70) disseram, tanto na etapa inquisitiva quanto em Juízo, — o último somente no inquérito — que, no dia dos fatos, estavam na cozinha do destacamento da polícia militar e nada viram de anormal. Além disso, os quatro primeiros afirmaram que, junto com o acusado, foram até a residência da vítima Aurino para atender um chamado, que dava conta de briga dele com sua mulher, inclusive com ameaça de morte; negaram, contudo, que tenha havido agressão contra a pessoa detida.

Sabe-se que, em regra, as palavras dos policiais têm presunção de veracidade; porém, no caso em tela, há certas circunstâncias que lhes retiram o valor. Com efeito, não bastasse o fato de todos os testemunhos serem idênticos, há dois fatos nos autos que apontam para a existência de um “espírito corporativo”, que, por certo, induziu aos depoentes a darem determinado padrão de resposta.

O primeiro fato peculiar consiste na condução do inquérito policial, que, dadas a parcialidade e a for-

ma distinta de realização, levaram, inclusive, à Corregedoria-Geral da Polícia Civil a concluir, em processo administrativo concernente aos fatos, que “a autoridade processante do Inquérito Policial não se houve corretamente quanto à técnica na apuração dos fatos (...) conduzindo de maneira parcial, em tese, a apuração da responsabilidade (...) assim, através do diretor da DPI, proceda-se *advertência*” (fl. 202).

O segundo decorre da bem-lançada observação indicada pela Magistrada que presidiu a instrução do processo, que, em termo de assentada da audiência de oitiva das testemunhas policiais, deixou consignado que “a testemunha Nilson Carlos Teles de Souza disse, inicialmente, em seu depoimento, que a vítima Aurino reclamara que havia sido espancada, negando ter dito tal fato após a chegada do réu na sala, que se atrasara” (fl. 254); fato que indica, claramente, a mudança no depoimento da testemunha em razão da presença física do acusado.

De outra parte, sustentando a versão acusatória, tem-se, nos autos, não apenas as palavras do ofendido, que admitiu a briga com sua esposa, mas também, e principalmente, os depoimentos de diversas testemunhas que, narrando fatos circunstanciais, indicam, em seu conjunto, a veracidade da narrativa daquele.

Assim é que Elizete Novaes dos Santos, vizinha de Aurino, afirmou, na fase policial e em Juízo, que, de sua casa, presenciou toda a operação policial, mas que a vítima não teria levado nenhum tombo (como alega o apelado) e que, na manhã seguinte, esta apre-

sentava diversos ferimentos pelo corpo e passou o dia gemendo (fls. 121/122 e 210). Aliás, os policiais Walter Dolberth da Silva e Célio dos Santos também disseram que não viram o alegado tombo, o que reforça a tese acusatória e retira valor da versão apresentada pelo acusado, ora apelado.

Ainda em relação aos ferimentos causados à vítima, há, nos autos, exame pericial (fl. 19) e fotografias (fl. 28) certificando que Aurino Alves de Oliveira foi, realmente, agredido. Juntam-se, ainda, os depoimentos de Cíntia de Los Santos (fl. 264) e Plínio César Moreira (fl. 265), respectivamente juíza e promotor da comarca de Curitiba, procurados em razão da ausência momentânea de autoridades similares na cidade dos fatos, que viram, no dia seguinte ao ocorrido, os ferimentos causados à vítima, tendo, inclusive, a Magistrada dito que “o cidadão mostrou vários hematomas que apresentava na região glútea e nas coxas” e “foi aconselhado ao cidadão que fizesse exames médicos para constatar os hematomas”.

Acresce-se o depoimento de Pedro Paulo Goetten, que, no dia dos fatos, estava passando, a pé, em frente ao destacamento policial, quando escutou batidas e gemidos vindos da garagem daquele local (onde estavam o acusado e a vítima), tendo, inclusive, visto, na ocasião, o Delegado de Polícia (fl. 211). O testemunho de Waldevino Santos Rodrigues, embora tomado somente na fase policial, indica que, também passando pelo local, percebeu a movimentação na garagem do destacamento policial e “notou que, no último palanque do destacamento, parecia estar um elemento amarrado e que os po-

liciais andavam de um lado para outro com um comportamento estranho, causando-lhe a impressão de que estavam aplicando um castigo” (fl. 123).

Ora, todo esse conjunto de provas indica que, ao contrário do alegado pela defesa, houve, sim, a prática da sessão de tortura a que foi submetido Aurino Alves de Oliveira, incidindo, assim, o tipo penal previsto no art. 1º, § 1º, da Lei n. 9.455/97, *in verbis*: “Art. 1º. Constitui crime de tortura: (...) quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal”.

Registre-se que se dá definição jurídica diversa da classificada pela acusação (art. 383 do CPP), em face da ausência do especial “fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa” (art. 1º, I, a, da Lei n. 9.455/97), porquanto, no caso, não havia essa intenção do agente, mas, pelo que evidenciam os autos, somente o de causar o agudo sofrimento físico e moral da vítima.

Além disso, dado que o fato ocorreu em razão do ofício do agente, embora exorbitando (e muito) suas atribuições legais, tem-se presente a causa especial de aumento contida no inc. I do § 4º do art. 1º da referida Lei, nesses termos vertido “Aumenta-se a pena de um sexto até um terço: se o crime é cometido por agente público”.

Como se vê, ainda que a defesa tenha trazido um número grande de testemunhas em favor do apelado, os elementos de convicção coletados levam à certeza necessária à condenação, até porque, no sistema processual penal brasileiro, as provas trazi-

das aos autos têm o mesmo valor, sendo lícito ao magistrado, quando da prolação da sentença, adotar uma ou outra versão, desde que devidamente comprovadas e fundamentadas.

Discorrendo sobre o sistema de valoração da prova adotado por nosso Código de Processo Penal (persuasão racional) preleciona Vicente Greco Filho:

“Esse sistema, em primeiro lugar, dá à lei liberdade de apreciação, ou seja, as provas não têm valor predeterminedo nem peso legal. Cada circunstância de fato será apreciada no contexto das demais provas e pode valer mais ou menos segundo o entendimento não preordenado do Juiz. Em segundo lugar, porém, limita a lei esse convencimento e a apreciação aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, segundo o princípio *id quod non est in acits nom est in mundus* (o que não está nos autos não existe). Consagra-se, aí, o princípio da verdade formal, ou seja, o juiz decidirá segundo a verdade dos autos e não segundo a verdade da natureza (verdade real)” (Manual de Processo Penal, SP: Saraiva, 1995, pág. 190).

No mesmo sentido, a lição de Julio Fabbrini Mirabete:

“Adotou a lei o princípio do livre convencimento (ou livre convicção, ou da verdade real), segundo o qual o juiz forma sua convicção pela livre apreciação da prova, não ficando adstrito a critérios valorativos e apriorísticos e é livre em sua escolha, aceitação e valoração. ‘Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas cons-

tantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência’ (Exposição de Motivos, item VII)” (Código Processo Penal Interpretado, 7ª ed., SP: Atlas, 2000, pág. 414).

4. Em relação aos fatos ocorridos quando da “batida” realizada em vários estabelecimentos comerciais, tem-se que restaram comprovadas as agressões contra C. R., Marcos Franzon, Aloir Ribeiro e Adelir Ribeiro.

Os autos indicam que, no dia seguinte ao da sessão de tortura impingida a Aurino – mas ainda na mesma noite –, por volta de 00h15min, no Salão do Nelson, durante a realização de uma “batida” em vários estabelecimentos comerciais, o apelado, após constatar que o adolescente C. R. portava duas cápsulas de pistola, deflagradas, utilizando-se de ameaças realizadas com um cacete, apertou a garganta do investigado, a fim de obter informação acerca da propriedade da arma. Sob a influência dessa agressão, o menor disse, falsamente, que o proprietário era o vereador Marcos Franzon. Ao tomar conhecimento dessa informação, o denunciado, juntamente com a vítima C., foi até a residência de Marcos Franzon, quando, então, foi revelado, pelo adolescente, a identidade do real proprietário, seu irmão. Na seqüência, rumaram para a residência dos irmãos do adolescente, local em que o agente, a título de obter a arma cuja posse é vedada, ameaçou as vítimas, encostando a sua pistola na cabeça do adolescente, afirmando que estouraria os miolos do menor, se não lhe fosse informado o

local em que estava uma arma de fogo. Além dessa grave ameaça, o apelado desferiu vários socos e pontapés nas vítimas, até que encontrasse a arma e realizasse a prisão em flagrante delito.

O vereador Marcos Antônio Frazon deixou claro, em seu depoimento, tanto na fase policial quanto na judicial, que, procurado em sua casa pelo apelado, que se fazia acompanhado do menor C. R., presenciou as ameaças proferidas pelo Delegado, que, para isso, se utilizou de sua arma e de agressões, tais como socos e pontapés (fl. 236).

As vítimas também foram ouvidas e confirmaram o que diziam desde o início das investigações, ou seja, que foram, sim, submetidas a ameaças e agressões, realizadas com o intuito de obter a informação acerca da localização da arma de que foram produzidas as cápsulas deflagradas, encontradas com o menor.

A negativa do acusado, pelos motivos já expostos, é, também, insubsistente, não merecendo crédito.

Todavia, não se vislumbra, na espécie, que os fatos configurem o crime de tortura, já que, embora agredidas, as vítimas não foram submetidas a intenso sofrimento físico e moral nem que este fosse o objetivo do apelado.

Nesse passo, embora tratem da distinção entre os crimes de tortura e os de maus-tratos, é oportuno colacionar os entendimentos doutrinário e jurisprudencial.

Ana Paula Nogueira Franco, sobre a matéria, ensinou que “ao analisar as ações nucleares dos tipos comecem a surgir as diferenciações. No

delito de maus-tratos a ação é a exposição ao perigo através das modalidades: a) privando de cuidados necessários ou alimentos; b) sujeitando a trabalho excessivo; c) abusando de meio corretivo. Já no art. 1º, II, da Lei n. 9.455/97, a ação se resume em submeter alguém (sob sua autoridade, guarda ou vigilância) a intenso sofrimento físico ou mental com emprego de violência ou grave ameaça. Nota-se que o elemento subjetivo do tipo do art. 136 é o dolo de perigo, o resultado se dá com a exposição do sujeito passivo ao perigo de dano. *No crime de tortura, o resultado se dá com o efetivo dano, ou seja, o intenso sofrimento físico ou mental provocado pela violência ou grave ameaça. Nesta última situação o agente age com dolo de dano.* Outra questão importante de se ressaltar, é que no crime de maus-tratos o agente abusa de seu *ius corrigendi* para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia. Diferentemente no *crime de tortura, no qual o agente pratica a conduta como forma de castigo pessoal ou medida de caráter preventivo*” (Distinção entre Maus-Tratos e Tortura e o art. 1º da Lei de Tortura, *in* Boletim do IBCrim, n. 62/Jan./98, pág. 11).

Nesse sentido também é o entendimento da jurisprudência:

“A questão dos maus-tratos e da tortura deve ser resolvida perquirindo-se o elemento volitivo. Se o que motivou o agente foi o desejo de corrigir, embora o meio empregado tenha sido desumano e cruel, o crime é de maus-tratos. *Se a conduta não tem outro móvel senão o de fazer sofrer, por prazer, ódio ou qualquer outro sentimento vil, então pode ela ser considerada tortura*” (RJTJSP 148/280).

No caso em tela, conquanto violenta e danosa a conduta realizada, ela não chega a configurar o intenso sofrimento psíquico ou físico necessário à configuração do crime de tortura. Ora, sendo um crime doloso, o delito de tortura, previsto no art. 1º da Lei n. 9.455/97 exige, necessariamente, não apenas a ciência do agente de que sua conduta impõe um elevado sofrimento à vítima (elemento cognitivo), mas também a vontade de produzir esta dor, moral e física (elemento volitivo). Em relação a esse fato, não há indicativos de que fosse essa a intenção do agente nem de que sua atitude tenha produzido a dor moral característica daquilo que se entende como tortura.

Não é demais lembrar que, em tese, todas as condutas típicas produzem, em maior ou menor grau, certa dor psíquica à vítima; porém, isso não implica que, associada a qualquer prática delitiva, haja, também, a realização da tortura.

Como bem salientado pela doutrina:

“Não obstante procure atingir um número limitado de situações, o processo de tipificação mostra-se defeituoso diante da impossibilidade de reduzir a infinita gama de atos humanos em fórmulas estanques. Por tal motivo, o processo legislativo de tipificação é realizado de forma abstrata, alcançando também o que English chama de casos anormais. A imperfeição do trabalho legislativo faz com que possam ser consideradas formalmente típicas condutas que, na verdade, deveriam estar excluídas do âmbito de proibição estabelecido pelo tipo penal” (Maurício Antônio Ribeiro Lo-

pes, O Princípio da Insignificância no Direito Penal, SP: RT, 1997, pág. 62).

Assim, não é toda a conduta que produz sofrimento psíquico ou físico que implica a configuração do crime previsto no art. 1º da citada lei mas somente aquele que, diante das circunstâncias fáticas, amolde-se à idéia de intensidade inerente ao conceito comum de tortura.

Embora reprovável a conduta do agente, as provas não indicam que ele quisesse impor sofrimento intenso às vítimas, mas apenas que houve um claro excesso – ainda que grave – no seu proceder, o que poderia, se não ocorrida a prescrição da pretensão punitiva, configurar o abuso de autoridade, consubstanciado na incidência da alínea *i* do art. 3º da Lei n. 4.898/65, vale dizer, “atentado à incolumidade física do indivíduo”, cumulado com o crime de lesões corporais leves, previsto no art. 129 do CP.

Vale destacar que, não obstante exista divergência jurisprudencial sobre o tema, é de se adotar a corrente para qual “o crime de abuso de autoridade não pode ser absorvido pelo de lesões corporais, pois a Lei n. 4.898/65 tem por objetivo resguardar os direitos constitucionais integrantes da cidadania, de eventuais abusos por parte de qualquer pessoa que exerça autoridade pública, finalidade esta diversa da do art. 129 do CP” (TACrimSP – Ap. Crim. n. 820.097 – 1ª C. – rel. Juiz Eduardo Goulart – j. 5/5/1994).

Logo, embora afastada a possibilidade de aplicação da Lei n. 4.898/65, os fatos praticados pelo apelado configuram, sim, o crime de lesões corporais (art. 129, *caput*, do

CP), que, embora não indicada na inicial, subsume-se aos fatos narrados na denúncia. Registre-se, por oportuno, que, desclassificada a conduta para o crime previsto no Código Penal, pode ser aproveitada, para os fins do art. 88 da Lei n. 9.099/95, a representação oferecida pelas vítimas, embora esta visasse ao crime da lei especial.

Neste entendimento, *vide* Ap. Crim. n. 99.001134-8, de Turvo, rel. Des. Maurílio Moreira Leite, j. 14/3/2001, cuja fundamentação deixou consignado que “tratando-se de lesão corporal de natureza leve, indispensável à representação da vítima, nos termos do artigo 88 da Lei n. 9.099/95, a qual se encontra nos autos, emergente dos depoimentos que prestou, contundentes e incisivos, em clara demonstração de pretender a perseguição penal. E, como é sabido, à representação não é exigida forma sacramental”.

Na espécie, as agressões foram direcionadas às vítimas C. R., Aloir Ribeiro, Adenir Ribeiro e Francisco de Assis Pires, o que implica, necessariamente, a existência de concurso de crimes, na modalidade prevista no art. 71 do CP, já que ocorreram nas mesmas circunstâncias fática, espacial e temporal, em clara continuidade delitiva.

5. Por tudo isso, diante dos fatos cometidos, o apelo deve ser provido para condenar Antônio Rogério Ribeiro por infração ao disposto no art. 1º, § 1º, da Lei n. 9.455/97, c/c art. 1º, § 4º, I, do mesmo diploma legal, e art. 129, quatro vezes, na forma do art. 71, ambos do CP.

Quanto ao primeiro delito, atento às condições do art. 59 do CP, veri-

fica-se que o apelado é pessoa mentalmente sã, consciente da reprovabilidade social de sua conduta, agindo com *culpabilidade* intensa, em face do cargo ocupado, do qual decorre a maior consciência da ilicitude do fato; não apresenta *antecedentes*; os *motivos*, embora reprováveis, são os do tipo penal; não apresenta desvios em sua *conduta social e personalidade*; as *circunstâncias* e as *conseqüências* são normais à espécie; e o *comportamento da vítima* em nada contribuiu para a conduta. Assim, fixa-se a pena-base de privativa de liberdade pouco acima do mínimo legal em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Não existem agravantes ou atenuantes a incidir na segunda etapa da dosimetria.

Em razão da incidência do § 4º do art. 1º da Lei n. 9.455/97, aumenta-se a pena-base em um sexto, ou seja, 5 (cinco) meses – exasperação mínima, porque a motivação já foi levada em conta na culpabilidade intensa (art. 59 do CP) –, resultando, assim, 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, tornada definitiva diante da ausência de outras causas de especial aumento ou redução.

A pena deverá ser cumprida em regime inicial fechado (art. 1º, § 7º, da Lei n. 9.455/97).

O condenado não faz jus ao benefício previsto no art. 44 do CP, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 9.714/98, em face da violência utilizada.

Por força do § 5º do art. 1º da Lei n. 9.755/97, decreta-se a perda do cargo do apelado e a interdição para o exercício de cargo, função ou empre-

go público pelo dobro do prazo da pena aplicada.

6. Em relação aos crimes previstos no art. 129, *caput*, do CP, tendo em vista a identidade de prática das infrações, aplica-se a pena de forma igual em relação a cada um dos delitos praticados.

Por isso, em relação às condições do art. 59 do CP, verifica-se que o apelado é pessoa mentalmente sã, consciente da reprovabilidade social de sua conduta, agindo com *culpabilidade* intensa; não apresenta *antecedentes*; os *motivos*, reprováveis, militam em desfavor do agente, que não apresenta desvios em sua *conduta social e personalidade*; as *circunstâncias* e as *conseqüências* são normais à espécie; e o *comportamento* da vítima em nada contribuiu para a conduta. Assim, fixa-se a pena-base de privativa de liberdade pouco acima do mínimo legal em 5 (cinco) meses de detenção.

Na segunda etapa da dosimetria, constata-se que o agente praticou o crime durante o exercício de sua função, configurando-se, assim, a agravante contida na alínea *g* do inc. II do art. 61 do CP, razão pela qual aumenta-se a pena em 1 (um) mês, tornada definitiva em face da ausência de atenuantes e de causas de especial aumento ou redução.

Consideradas, isoladamente, as penas fixadas em concreto (art.

119 do CP), resta consubstanciada a prescrição da pretensão punitiva, em sua forma retroativa, porquanto do recebimento da denúncia (19/7/1999, fl. 177) até a presente data já decorreram mais de 2 (dois) anos, lapso temporal fixado como limite para a apuração da responsabilidade criminal do agente, nos exatos termos do art. 109, VI, do CP.

7. Diante do exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento parcial, para condenar Antônio Rogério Ribeiro ao cumprimento da pena de dois (2) anos e onze (11) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, mais a perda do cargo público exercido e a interdição para o exercício de cargo, função ou emprego público pelo dobro do prazo da pena aplicada.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakís.

Florianópolis, 25 de junho de 2002.

Maurílio Moreira Leite,
Presidente com voto;
Irineu João da Silva,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.011531-8, DE PALHOÇA**Relator: Des. Irineu João da Silva**

Constitucional e processual penal — Alegada ofensa ao art. 5º, XXXIX e XL, da CF — Inocorrência — Fato ocorrido no período de vacatio legis da Lei n. 9.503/97 — Agente condenado por infração ao art. 121, § 3º, do CP — Suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95) — Inadmissibilidade — Desclassificação (art. 383 do CPP) — Incidência de circunstância de especial aumento — Pena em abstrato superior a 1 (um) ano — Nulidade por ausência de perícia no local do acidente — Improcedência.

Não há ofensa aos princípios constitucionais da reserva legal e da anterioridade da lei penal se a denúncia imputa ao agente conduta prevista em lei mais gravosa ainda não vigente, mas ele é condenado nos moldes da lei mais favorável que vigorava à época do crime.

“O benefício previsto no art. 89 da Lei n. 9.099/95 tem como requisito objetivo a pena mínima de um ano de sanção privativa de liberdade cominada em abstrato, e não a pena aplicada em concreto, como decorrência de emendatio libelli (art. 383 do CPP) ou de acolhimento parcial da pretensão punitiva. Precedentes” (STJ – REsp n. 328176/SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca).

No homicídio, o exame de corpo de delito é a aferição necros-cópica ou cadavérica. A perícia no local do acidente presta-se como mais um elemento de convicção do julgador, e sua ausência não acarreta nulidade.

Penal — Acidente de trânsito — Atropelamento — Homicídio culposo (art. 121, § 3º, CP) — Agente que, em estado de embriaguez, dirige à noite, em alta velocidade, perde o controle do veículo na curva e atropela pedestres fora da pista — Imprudência comprovada — Ofuscamento — Fato previsível — Alegada culpa das vítimas — Inocorrência — Inadmissibilidade de compensação de culpas em matéria penal — Pena-base — Circunstâncias judiciais favoráveis — Redução ao mínimo legal — Agravante da embriaguez preordenada — Inaplicabilidade aos crimes culposos — Prestação pecuniária (art. 43, I, do CP) — Valor excessivo — Adequação à condição pessoal e econômica do condenado — Recurso parcialmente provido.

“Age com culpa, na modalidade de imprudência, o motorista que, conduzindo o automóvel em velocidade excessiva, em saída de curva, e ofuscado pelos faróis altos de veículo que transita em sentido contrário, perde o comando da máquina, invade a contramão e provoca a colisão” (Ap. Crim. n. 24.673, de São Bento do Sul, rel. Des. Alberto Costa).

A morte é resultado inerente ao homicídio, não podendo ser considerada circunstância judicial desfavorável (consequência do crime) para exacerbar a pena-base.

“As agravantes do art. 61, salvo a reincidência, são aplicáveis somente aos delitos dolosos” (Damásio E. de Jesus).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.011531-8, da comarca de Palhoça (2ª Vara), em que é apelante Genilson Osvaldo Zunino, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Palhoça (2ª Vara), o Representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Genilson Osvaldo Zunino, dando-o como incurso nas sanções do art. 302, parágrafo único, II, por 2 vezes, e art. 304, todos do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97), porque:

“No dia 1º de janeiro de 1998, por volta das 13h40min, em estado de embriaguez, em absoluto desrespeito para com a vida das pessoas que transportava no interior do carro, e com total imprudência, o denunciado conduzia o veículo marca Ford Belina,

placa LYV 9314, pela estrada geral da Pinheira.

“A alta velocidade que imprimia ao veículo impedia o controle nas curvas da referida estrada.

“Desgovernado, o denunciado jogou o veículo sobre os pedestres Mário Cesar Machado, que carregava no colo sua filha Sara Regina Machado, de 9 meses, e sobre o menor Jean Jeferson Constante, de 9 anos de idade, o qual caminhava atrás do pai.

“Pela imprudência do denunciado, houve o choque do veículo sobre os corpos dos pedestres nominados, culminando com a projeção do corpo da infante Sara Regina Machado para mais de 10 metros além do local do impacto, seguindo-se a morte da criança minutos após, e com as lesões corporais graves descritas nos laudos de exame de fls. 34/37, referentes às pessoas de Mário Cesar Machado e Jean Jeferson Constante, respectivamente, além da passageira Cláudia Coelho Melo, que se encontrava no interior do carro do denunciado (laudo de fl. 12).

“Em absoluto desprezo pela tragédia a que deu causa, o denunciado evadiu-se do local do acidente, não prestando socorro às vítimas” (fls. 2/4).

Concluída a instrução, o réu restou condenado ao cumprimento da pena de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de detenção, em regime aberto, por infração ao art. 121, § 3º, c/c art. 61, II, I, e 65, III, d, todos do Código Penal. A pena privativa de liberdade foi substituída por restritiva de direitos de prestação pecuniária (art. 43, I, do Código Penal), consistente no pagamento aos pais da vítima do valor correspondente a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos.

Inconformado com a prestação jurisdicional entregue, o réu apelou, alegando, preliminarmente, que o processo possui vício insanável, por ofensa ao art. 5º, XXXIX e XL, da Constituição Federal, pois a denúncia classificou sua conduta de acordo com lei posterior mais gravosa (art. 302 da Lei n. 9.503/97) e, por ocasião da desclassificação efetuada com base no artigo 383 do Código de Processo Penal (eis que o fato ocorreu no período de *vacatio legis* da Lei n. 9.503/97), não lhe foi proposta a suspensão condicional do processo (art. 89, *caput*, da Lei n. 9.099/95).

Sustenta, ainda, estarem presentes os pressupostos para o oferecimento da proposta, pois o aumento de pena previsto no art. 121, § 4º, do Código Penal, não é motivo para afastar a incidência da Lei n. 9.099/95, como entendeu o Magistrado, ainda mais porque referida circunstância não foi reconhecida na aplicação da pena.

Aduz também que: não estava conduzindo o veículo em alta velocidade, tendo o acidente ocorrido em virtude de ofuscamento causado pelos faróis de outro veículo que transitava em sentido contrário; nesse momento veio a atropelar as vítimas, as quais ainda não teriam atravessado totalmente a pista; ingeriu cerveja, no entanto não perdeu o controle de seus atos; o exame do bafômetro não pode ser considerado como prova, porque o aparelho não era aferido; a ausência de laudo pericial do local do acidente eiva de nulidade a condenação, diante das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP; a pena-base deveria ter sido fixada no mínimo legal ou, quando muito, entre o mínimo e o máximo cominado abstratamente; a agravante da embriaguez não poderia ter sido acolhida.

Por fim, requer a reforma da sentença, no tocante à fixação da pena de prestação pecuniária, a qual foi fixada em seu grau máximo (trezentos e sessenta salários mínimos), argumentando que é mero promotor de vendas, não possui bens e percebe baixo salário.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a esta Instância, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Anselmo Agostinho da Silva, pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, para diminuir a pena aplicada para 1 (um) ano de detenção.

É o relatório.

1. O recurso é conhecido, porque próprio e tempestivo, e parcialmente provido.

2. Inicialmente, cumpre afastar as preliminares de nulidade por ofensa ao art. 5º, XXXIX e XL, da Constituição Federal (princípios da reserva legal e da anterioridade da lei penal), por ausência da proposta de suspensão condicional do processo, e de nulidade pela inexistência de laudo pericial no local do acidente.

Deve-se salientar que não houve ofensa aos aludidos preceitos constitucionais, tampouco aplicação ao caso concreto de lei penal posterior mais gravosa, como sustenta o apelante.

Isso porque, embora a conduta do réu tenha sido capitulada na denúncia de acordo com o art. 302 da Lei n. 9.503/97, ainda não vigente à época dos fatos, o Magistrado, na sentença, reconheceu o equívoco da peça acusatória, dando aos fatos a definição jurídica correta (art. 383 do Código de Processo Penal), ou seja, de acordo com a lei vigente no momento da prática da infração (Código Penal), mais favorável ao agente, na forma do art. 121, §§ 3º e 4º, do CP.

Assim, aplicou-se corretamente a lei vigente ao tempo do crime, em observância aos princípios constitucionais da reserva legal e da anterioridade da lei penal, consagrados no art. 5º, XXXIX e XL, da CF. A respeito do assunto, cita-se:

“O princípio da legalidade, também conhecido como da reserva legal ou da anterioridade da lei penal, advindo do enunciado formulado por Anselmo Feuerbach — *nullum crimen, nulla poena sine praevia legem* —, consagrado no art. 1º do Código Penal, e constitucionalizado no art. 5º, incisos XXXIX e XL, da Constituição

Federal de 1988, garante descrição específica, individualizadora e prévia de condutas e sanções na lei federal (só a União pode legislar direito penal), não bastando simples referência ao bem juridicamente tutelado, nem descrição genérica” (Ap. Crim. n. 00.020636-9, de Joinville, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 5/12/2000).

3. No que se refere à proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95), é incabível a concessão do benefício, ainda que na aplicação da pena o Magistrado tenha afastado a causa de especial aumento, prevista no art. 121, § 4º, do CP (omissão de socorro).

Para o oferecimento da proposta, deve a pena mínima cominada abstratamente à infração ser igual ou inferior a 1 (um) ano. Dessarte, incidente causa de especial aumento, como na hipótese, em que houve desclassificação (art. 383 do CPP) para o crime do art. 121, § 3º, do CP, com a exasperação da reprimenda prevista no § 4º do mesmo artigo, é incabível a proposta do *sursis* processual, uma vez que a pena em abstrato é superior a 1 (um) ano (art. 121, § 3º, do CP, pena mínima de um ano + aumento de pena de 1/3 prevista no art. 121, § 4º, do CP = um ano e quatro meses).

A respeito do tema, cita-se precedente do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“Resp — Homicídio culposo e lesões corporais culposas agravados — Incidência de causa especial de aumento e de concurso formal — Relevância para efeito da Lei n. 9.099/95.

“1. Para efeito da transação e da suspensão condicional do proces-

so, previstas na Lei n. 9.099/95, leva-se em conta, para definir a pena máxima (art. 61) e mínima (art. 89), as causas de aumento e diminuição da pena, bem como a regra do concurso formal. 2. Recurso conhecido” (REsp n. 159166/SP, rel. Min. Anselmo Santiago, DJU 1º/2/1999, pág. 240).

Logo, verifica-se que não procede o argumento do apelante, no sentido de que lhe deveria ter sido oferecida a proposta de suspensão condicional do processo, por ter o Magistrado afastado, na aplicação da pena, a referida causa de especial aumento, pois esta incide sobre a sanção cominada abstratamente, e não sobre a que é aplicada em concreto:

“(…) O benefício previsto no art. 89 da Lei n. 9.099/95 tem como requisito objetivo a pena mínima de um ano de sanção privativa de liberdade cominada em abstrato, e não a pena aplicada em concreto, como decorrência de *emendatio libelli* (art. 383 do CPP) ou de acolhimento parcial da pretensão punitiva. Precedentes. Recurso desprovido” (REsp n. 328176/SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 29/10/2001, pág. 257).

4. Também não procede a alegada nulidade da sentença, diante da ausência de perícia no local do acidente.

É que o exame de corpo de delito, indispensável ao caso (homicídio culposo), foi realizado e consta à fl. 14 (laudo de exame cadavérico), estando subscrito por dois peritos oficiais.

Além disso, lembre-se que a perícia no local do acidente é dispensável, e serviria apenas como mais um elemento de convicção do Julgador.

A respeito do assunto, Vicente Greco Filho ensina:

“A distinção, portanto, entre a perícia que é o exame de corpo de delito e outras perícias, ainda que importantes ao convencimento do juiz, é fundamental. Isto porque a falta de uma acarreta nulidade do processo. As outras ficam no plano do convencimento do julgador, ou do mérito.

“Dentre as diversas perícias que se realizam, por exemplo, no caso de homicídio, qual o exame de corpo de delito?

(…)

“O exame de corpo de delito é a constatação pericial dos vestígios resultantes da conduta núcleo do tipo penal.

“Assim, na hipótese acima aventada, o exame de corpo de delito, entre as demais perícias, é o exame necroscópico quanto à constatação da morte. O próprio exame necroscópico quanto a outros pormenores, como por exemplo a trajetória da bala, não é exame de corpo de delito e fica no plano do convencimento do julgador. Ainda, no caso de lesão corporal culposa decorrente de acidente de automóvel, o exame de corpo de delito é exclusivamente o laudo de lesão corporal, porque a conduta do núcleo do tipo consiste em causar lesão. As demais perícias, como o exame do local, o exame dos veículos etc., não pertencem ao corpo de delito e, portanto, ficam no plano do convencimento do juiz” (Manual de Processo Penal, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, pág. 223).

Desse modo, não houve ofensa ao art. 564, III, b, do CPP, como afirma o apelante.

Afastadas as preliminares, passa-se ao exame do mérito.

5. A culpa do apelante no evento que causou a morte de Sara Regina Machado, de 9 meses de idade, é evidente, gerando a certeza necessária para a condenação.

Em seu interrogatório, o réu confessou ter ingerido “cerca de duas ou três latinhas de cervejas, porém não se sentia embriagado” (fl. 62).

Segundo o Policial Militar Wilson Rogério Duarte, quando falou com o acusado, ainda no local, ele aparentava estar embriagado, mas não nervoso, esclarecendo ainda que, na Delegacia, o bafômetro acusou que os pulmões do acusado apresentavam teor alcoólico acima dos padrões permitidos pela legislação de trânsito (fl. 114).

Desse modo, ainda que o aparelho não estivesse aferido pelo órgão competente, o resultado do teste constitui forte indício da embriaguez do apelante, o qual, aliado à sua confissão no sentido de ter ingerido bebida alcoólica na ocasião do fato (madrugada do dia 1º/1/98), e à prova testemunhal, levam à conclusão de que não poderia dirigir naquele estado.

Vê-se, também, que o apelante conduzia o veículo sem a diligência necessária pois, de acordo com as testemunhas Ademir Osvaldo da Rosa (fl. 78) e Eliete Maria de Abreu da Rosa (fl. 79), na ocasião, era noite, o acidente deu-se em uma curva e a velocidade do automóvel era excessiva, tendo Ademir declarado ainda que o carro estava “perdido” quando fez a curva.

Assim, não procede a versão do recorrente de ter perdido o controle

do automóvel, em virtude de ofuscamento causado pelos faróis de um suposto veículo, vindo em sentido contrário àquele em que transitava, eis que comprovada, à saciedade, nos autos, sua imprudência, mesmo porque, tanto derrapagem quanto ofuscamento são fatos previsíveis ao motorista que dirige com cuidado e atenção no trânsito.

Ariosvaldo de Campos Pires e Scheila Jorge Selim de Sales lecionam:

“Imprudência, para o mestre Bandeira de Mello, é sinônimo de culpa, e segundo Euclides C. da Silveira, é a ‘violação das regras de conduta ditadas pela experiência comum’.

“Embora a previsibilidade, como critério de avaliação da culpa, seja objetada modernamente, é ela o mais seguro meio para a sua apuração.

“O dever de cuidado ‘componente normativo do tipo objetivo culposo que é, hoje, amplamente reconhecido como prioritário e decisivo por quase toda a doutrina’, só pode ser exigível a quem, podendo prever o resultado lesivo, não o fez (culpa inconsciente), ou, prevendo-o, julgou que ele não se realizaria ou que poderia evitá-lo (culpa consciente).

“Quanto ao critério para avaliação da previsibilidade em função da pessoa, deve-se ter em conta dados de ordem objetiva e subjetiva, ou seja, o conjunto dos elementos que se fizeram presentes no acontecimento.

“Seria desconforme ao princípio da culpabilidade situar a previsibilidade segundo um critério ideal (*homo medius*), com desprezo da situação particular e personalíssima do envolvido. De um profissional do volante ex-

periente espera-se uma conduta diversa da conduta do amador inexperiente, ante o surgimento de um obstáculo qualquer à marcha normal do veículo por uma estrada íngreme” (Crimes e Trânsito na Lei n. 9.503/97, Belo Horizonte: Del Rey, 1998, págs. 181/182).

Em caso semelhante, este egrégio Tribunal já decidiu:

“Acidente de trânsito. Homicídio culposo e lesões corporais culposas. Ofuscamento. Invasão de contramão em rodovia federal (BR). Imprudência. Culpa caracterizada. Perdão judicial. Descabimento. Condenação.

“O ofuscamento, fenômeno causado pela luz alta de veículo que trafega em sentido contrário, por constituir fato previsível a todo condutor de automotor, não pode ser invocado para afastar a ocorrência de culpa.

“Age com culpa, na modalidade de imprudência, o motorista que, conduzindo o automóvel em velocidade excessiva em saída de curva e ofuscado pelos faróis altos de veículo que transita em sentido contrário, perde o comando da máquina, invade a contramão e provoca a colisão” (Ap. Crim. n. 24.673, de São Bento do Sul, rel. Des. Alberto Costa, j. 12/10/1990).

No que concerne à afirmação de que as vítimas não teriam atravessado totalmente a pista, no momento em que foram atropeladas (fato que o apelante não logrou comprovar), registra-se que, em matéria penal, inexistente compensação de culpas, devendo o agente responder pela sua conduta imprudente.

Esta egrégia Câmara Criminal, em acórdão deste Relator, já decidiu nesse sentido:

“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, j. 8/5/2001).

A condenação, como se vê, era mesmo de rigor.

4. A respeito do alegado equívoco na dosimetria da pena-base, a majoração efetuada pelo Magistrado (um ano de detenção) realmente é inadequada, diante da fundamentação expendida na apreciação das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP.

Ao aplicar a pena-base, o Dr. Juiz assim se orientou:

“O acusado é primário e não registra *antecedentes*. Apresenta *conduta social e personalidade normais*. Os *motivos* que o levaram ao cometimento do delito foram decorrentes da falta de responsabilidade na direção do seu veículo automotor. As *conseqüências* foram graves, pois resultaram na morte de um bebê, de apenas 9 (nove) meses de idade, e revelam que o acusado, apesar de, no momento da ação, ter possibilidade de prever o resultado, dirigia em alta velocidade, perdendo o controle do veículo. *A vítima não contribuiu para o evento danoso*, eis que transitava fora da pista de rolamento, no acostamento e já adentrando em rua secundária, local em que foi atropelada” (fl. 129).

Verifica-se que apenas os motivos e as conseqüências do crime fo-

ram considerados desfavoráveis ao agente.

Entretanto, a imprudência do motorista não constitui motivo (de caráter subjetivo) para o cometimento do crime, mas, sim, sua causa (circunstância objetiva), pelo que não deve tal fato majorar a pena.

Relativamente às conseqüências do crime, a morte da criança de poucos meses de idade, embora lastimável, é resultado inerente ao homicídio, não podendo, por si só, exacerbar a reprimenda:

“O resultado do crime não pode ser considerado ‘conseqüência’. Não pode assim ser considerada a morte da vítima no delito de homicídio: TJRS, Ap. Crim. n. 687.001842, RJTRS, 122/126 e 131; Ap. Crim. n. 686.048.828, RJTJRS, 120/173” (Damásio de Jesus, Código Penal Anotado, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, pág. 160).

Por fim, a previsibilidade do resultado danoso e a alta velocidade não constituem conseqüências do crime, ou seja, não são fatos posteriores à infração que possam ser sopesados para aumentar a quantidade da sanção imposta.

Por essas razões, merece reforma a r. sentença, reduzindo-se a pena-base para o mínimo legal, ou seja, 1 (um) ano de detenção (art. 121, § 3º, do CP).

No tocante ao reconhecimento da agravante prevista no art. 61, II, I, do CP, também com razão o apelante.

De acordo com Damásio de Jesus, há embriaguez preordenada quando o “sujeito se embriaga propositadamente para cometer um crime”,

diferindo, portanto, da embriaguez culposa, na qual “o sujeito não ingere substância alcoólica com a finalidade de embriagar-se, mas em face de excesso imprudente vem a embriagar-se” (Direito Penal, 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, parte geral, pág. 508). No caso concreto, não se comprovou que o agente tenha ingerido substância alcoólica com a finalidade de embriagar-se para cometer o crime.

Ademais, “as agravantes do art. 61, salvo a reincidência, são aplicáveis somente aos delitos dolosos”, e o caso versa sobre homicídio culposo (Damásio de Jesus, ob. cit., pág. 554).

Logo, deve a r. sentença ser reformada, nesse aspecto, por ser incabível, na espécie, o reconhecimento da agravante da embriaguez preordenada (art. 65, II, I, do CP), excluindo-se, conseqüentemente, a majoração efetuada pelo Magistrado sentenciante (oito meses de detenção).

Entretanto, permanece a reprimenda em seu mínimo legal, por não ser possível a fixação da sanção em quantidade aquém do mínimo cominado abstratamente, na segunda fase de dosimetria da pena, ainda que reconhecida em primeiro grau a atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, d, do CP:

“1. A teor da Súmula 231 do STJ a ‘incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. 2. Recurso especial conhecido, mas improvido” (STJ — REsp n. 175136/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 8/3/2000, pág. 166).

7. Finalmente, resta analisar o pedido de redução do valor da pena

de prestação pecuniária (art. 43, I, do CP), imposta em seu grau máximo (trezentos e sessenta salários mínimos – art. 45, § 1º, do CP).

Discorrendo acerca dessa espécie de pena restritiva de direitos e a forma da fixação de seu valor, Celso Delmanto *et al* expõe:

“A prestação pecuniária, além de sua natureza penal, tem também caráter indenizatório, já que se destina, primeiramente, à vítima e, depois, a seus dependentes; além disso, em caso de condenação em ação de reparação civil, o valor pago como prestação pecuniária será deduzido, desde que coincidentes os beneficiários (§ 1º, *in fine*). Seu valor será fixado pelo juiz entre um e trezentos e sessenta salários mínimos, havendo, a respeito, duas posições: a. deve ser suficiente para a prevenção e reprovação do delito, levando-se em consideração a situação econômica do condenado e a extensão dos danos sofridos pela vítima (Luiz Flávio Gomes, *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, Revista dos Tribunais, 1999, pág. 132); b. deve ser considerado o valor do prejuízo da vítima, em face da natureza reparatória da prestação pecuniária (Damásio E. de Jesus, *Penas Alternativas*, Saraiva, 1999, pág. 139). Entendemos mais acertada a primeira posição (a). Isto porque, como visto, a prestação pecuniária tem dupla natureza: penal e indenizatória. De outro lado, por expressa ressalva da última parte do § 1º deste art. 45, a vítima ou seus dependentes poderão sempre valer-se da ação de reparação civil, o que evidencia não poder ser o valor do prejuízo o único critério para fixação da prestação pecuniária” (Código Penal Comentado, 6ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pág. 92).

O ilustre Magistrado, ao substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos em exame, atentou somente para “o prejuízo causado, morte de um bebê de apenas nove meses de idade” (fl. 130).

Não considerou, portanto, a situação pessoal e econômica do réu.

Sem sombra de dúvida, os danos causados pelo crime foram graves; todavia, consta nos autos (fls. 20/21) que o apelante possui grau de instrução primário, sua profissão é promotor de vendas, e conduzia um veículo Ford Belina II, ano/modelo 1980/1981 de propriedade de sua mãe (fl. 11), pelo que se presume não ser pessoa abastada.

Julio Fabbrini Mirabete ensina que “de forma sumária, o juiz deve fixar o *quantum* da reprimenda com base apenas nos dados disponíveis no processo, uma vez que não existe previsão legal específica de procedimento para calcular-se o prejuízo resultante da prática do crime” (Código Penal Interpretado, São Paulo: Atlas, 1999, pág. 295).

Desse modo, razão assiste ao apelante, quando alega ser excessiva a fixação do valor da pena de prestação pecuniária em seu grau máximo, qual seja, 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos, pois, embora graves os danos causados não foram analisadas suas condições pessoais na fixação do *quantum* da reprimenda.

Considera-se adequada, portanto, a redução da pena de prestação pecuniária para o valor de 10 (dez salários mínimos), atentando-se não só para a extensão dos danos causados pelo crime, mas também para a condição pessoal e econômica do condenado.

8. Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial, a fim de reduzir a quantidade da pena privativa de liberdade ao mínimo legal (art. 121, § 3º, do CP — um ano de detenção) e adequar o valor da pena de prestação pecuniária para 10 (dez) salários mínimos (art. 45, § 1º, do CP).

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio

Roberto Baasch Luz, e exarou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 27 de agosto de 2002.

Sérgio Paladino,
Presidente, com voto;
Irineu João da Silva,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 1998.006374-4, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

Latrocínio — Autoria confessa — Desclassificação para homicídio — Impossibilidade quando a morte decorre da violência empregada para assegurar a detenção da res subtraída ou a impunidade do crime. Não obtenção da posse tranqüila do produto do roubo — Irrelevância ante a morte da vítima — Hipótese de latrocínio consumado. Concurso material com roubo circunstanciado — Não configuração no caso — Crime único — Recurso provido em parte.

— Tendo a morte ocorrido durante a fuga, quando o agente, visando a livrar-se da perseguição policial, adentrou na casa da vítima e, surpreendido pela presença desta, atingiu-a com disparos de arma de fogo, caracterizado está o delito de latrocínio, não havendo falar em homicídio, uma vez que não rompido o nexo de causalidade com o ataque patrimonial anterior.

— “Sendo o latrocínio crime complexo, em que se conjugam os delitos de roubo e homicídio, ainda que a subtração não tenha se consumado por motivos alheios à vontade dos agentes, mas sendo a morte da vítima consequência direta da ofensa patrimonial, não há que se falar em outro tipo que não o do art. 157, § 3º, parte final, do Código Penal, em sua forma consumada” (Apelação Criminal n. 98.006575-5, de Papanduva, rel. Des. Paulo Gallotti).

— Ainda que a violência com resultado morte atinja outra pessoa que não a vítima da lesão patrimonial, teremos um único cri-

me de latrocínio e não concurso material de delitos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 1998.006374-4, da comarca de Criciúma, em que é apelante Ajocir José Lopes e apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, prover em parte o recurso para reconhecer unicamente o delito de latrocínio, adequando-se a pena.

Custas legais.

I — Relatório

Na comarca de Criciúma, o Ministério Público ofereceu denúncia contra Ajocir José Lopes, Elenício Tussolini Júnior e Deyves José de Oliveira Almeida, dando-os como incurso nas sanções do art. 157, § 3º, combinado com o § 2º, inciso II, do mesmo artigo, do Código Penal, pela prática dos atos delituosos assim narrados na inicial acusatória:

“Após receberem informações através de um programa de televisão que o município de Siderópolis/SC não possuía viatura policial, estando a referida comunidade praticamente desprotegida de proteção policial, os denunciados Ajocir José Lopes, Elenício Tussolini Júnior, Deyves José de Oliveira Almeida e uma quarta pessoa não identificada, conhecida apenas pelas alcunhas de ‘Lopes’ e ‘Paulistinha’, resolveram planejar uma ação visando a assaltar agências bancárias naquele Município.

“No dia 27 de julho do corrente, fazendo uso de um veículo marca GM/Monza, ano 1995, cor azul, placa

CBA 7701, chassi n. 9BGJK69RSSBO43355, e de um veículo marca GM/Kadett GLS, cor cinza, ano 93/94, chassi n. 9BGKS08KRPC303365, ambos furtados no Estado de São Paulo, os denunciados, juntamente com a quarta pessoa anteriormente citada, se dirigiram à região, mais especificamente à Festa do Vinho, no município de Urusanga/SC. Na manhã seguinte, os meliantes se deslocaram até o município de Siderópolis, a fim de planejar com detalhes a prática delitiva, oportunidade em que, após fazerem o reconhecimento da cidade, decidiram, em virtude da proximidade, por assaltar as agências do Banco do Brasil e do Besc (Banco do Estado de Santa Catarina) lá sediadas. Ato contínuo deixaram a cidade.

“Na manhã do dia 1º de agosto do ano em curso, dando início à ação delitiva previamente ajustada (roubo das agências bancárias), em união de vontades e esforços, os denunciados, juntamente com a quarta pessoa, se dirigiram ao município de Siderópolis sendo que em um morro existente no trajeto entre Criciúma/Siderópolis esconderam o veículo Monza, o qual seria utilizado após a ação criminosa, continuando o caminho com o veículo Kadett.

“Por volta das 12 horas do mesmo dia, os denunciados, portando armas de fogo (revólveres), adentraram na agência do Banco do Brasil daquele Município e anunciaram o assalto, sendo que de imediato Ajocir José Lopes, apontando um revólver contra a cabeça do vigilante Aldo José Pagani, imobilizou-o totalmente e subtraiu a

arma que o mesmo portava. Sempre apontando as armas de fogo em direção das pessoas que se encontravam no interior da agência (clientes e funcionários) e apresentando um pacote assemelhado a uma bomba caseira, salientando que a mesma iria explodir a qualquer momento, os denunciados obrigaram os presentes a se deitarem no chão, o que restou cumprido. Enquanto as pessoas se mantinham imobilizadas e impedidas de reação, os denunciados se dirigiram aos caixas e subtraíram para si a importância de R\$ 7.255,91 (sete mil duzentos e cinquenta e cinco reais e noventa e um centavos) em moeda corrente e deixaram o local, sendo que, como forma de intimidar os presentes, desferiram um tiro de revólver dentro do recinto.

“Ato contínuo, ainda em união de esforços e vontades, seguindo o plano previamente ajustado, os denunciados se dirigiram à agência do Banco do Estado de Santa Catarina (Besc), oportunidade em que Ajocir José Lopes e Deyves José de Oliveira Almeida adentraram na mesma e anunciaram o assalto, enquanto os demais comparsas davam proteção no interior do veículo Kadett que se encontrava estacionado em frente à referida agência bancária. Ao entrarem na agência, de imediato, sempre portando armas de fogo, renderam os presentes, inclusive o responsável pela vigilância, obrigando-os a deitarem-se no chão, o que foi cumprido. Enquanto as pessoas (funcionários e clientes) se mantinham imobilizadas e impedidas de reação, os referidos denunciados se dirigiram aos caixas e subtraíram a importância de R\$ 3.250,00 (três mil e duzentos e cin-

quenta reais) em moeda corrente e deixaram o local.

“Já de posse das importâncias subtraídas, os denunciados partiram em direção à cidade de Criciúma, objetivando fazer a troca do veículo e despistar a ação policial. Ocorre que, na saída do Município, mais precisamente na subida do morro de Siderópolis/SC, já perseguidos pela Polícia Militar, o veículo utilizado pelos meliantes apresentou defeito mecânico, obrigando-os a abandoná-lo, vindo os mesmos a fazerem a fuga a pé.

“Por ação da Polícia Militar, o denunciado Deyves José de Oliveira Almeida foi detido.

“A fim de assegurarem a impunidade do crime perpetrado, ou seja, não serem detidos pelos Policiais que os perseguiram, e para garantirem a detenção da importância objeto dos roubos, os demais denunciados adentraram em um matagal existente na localidade, ocasião em que Ajocir José Lopes adentrou em uma casa que se encontrava com as portas abertas, a qual se localizava próximo ao trajeto da fuga. Ocorre que, quando se encontrava no interior da mesma, foi surpreendido pelo Sr. Victório Olívio, proprietário da residência, tendo então, fazendo uso do revólver que portava, desferido um disparo contra esta pessoa, vindo a causar-lhe as lesões descritas no auto de exame cadavérico de fl. 57, a saber, ‘lesão de alças intestinais (perfuração de alças do intestino delgado e aorta abdominal’, as quais foram a causa eficiente de sua morte, em virtude da hemorragia aguda provocada pelos ferimentos. Não bastasse isso, com o mesmo objetivo, qual seja, garantir a fuga e a detenção do produto

dos crimes perpetrados, Ajocir ainda desferiu um tiro contra a esposa do Sr. Victório Olívio, vindo a feri-la.

“Ato contínuo, os meliantes continuaram a fuga adentrando em um bananal, sendo que na data de 3 de agosto do corrente ano foram detidos pela Polícia Militar, oportunidade em que foi recuperado parte do produto do roubo, a saber, R\$ 6.026,00 (seis mil e vinte e seis reais) em moeda corrente”.

Finda a instrução, a denúncia foi julgada procedente em parte, para condenar o acusado Ajocir José Lopes à pena de 29 anos e 6 meses de reclusão e multa, por infração ao art. 157, § 2º, II e IV, e art. 157, § 3º, c/c art. 69, *caput*, do CP; o acusado Deyves José de Oliveira à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão e multa, por infração ao art. 157, § 2º, II e IV, do CP, e o acusado Elenício Tussolini Júnior à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão e multa, por infração ao art. 157, § 2º, II, c/c art. 29, § 1º, do CP.

Inconformado, apelou o acusado Ajocir José Lopes, argüindo, em síntese, que o crime de homicídio e o de lesão corporal não tiveram qualquer liame com os roubos perpetrados contra as agências bancárias, pelo que requereu a desclassificação do delito descrito na exordial para roubo próprio tentado, seguido de homicídio tentado e consumado ou, alternativamente, fosse considerado o delito de latrocínio na sua forma tentada, eis que a subtração não se consumara.

De outro lado, afirmou que a condenação do réu pelo crime de roubo em concurso material com o latrocínio feria o princípio da correlação entre a denúncia e a sentença.

Reclamou, também, da reprimenda fixada, taxando-a de excessiva, tendo em vista tratar-se de acusação primária, sem antecedentes criminais, sendo as demais circunstâncias, apontadas no art. 59 do CP, igualmente favoráveis.

Contra-arrazoado o recurso, ascenderam os autos a este Tribunal de Justiça, em que convertido o julgamento em diligência para que fosse certificado o cumprimento do mandado de prisão expedido contra o apelante, a quem fora negado o direito de recorrer em liberdade.

Cumprida a diligência e tendo a defesa ratificado os termos do apelo interposto, retornaram os autos, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

II — Voto

1. Foi o apelante condenado por roubo qualificado em concurso material com latrocínio. Pretende, pelo presente recurso, a desclassificação do delito de latrocínio para roubo tentado cumulado com homicídio, por entender que a morte ocorreu em momento distinto ao da subtração realizada nas agências bancárias.

Sem razão, no entanto, visto que a morte da vítima Victório Olívio ocorreu durante a perseguição policial que se seguiu à subtração. Pretendia o apelante garantir a impunidade do crime e a posse do dinheiro roubado.

A única versão encontrada nos autos, extraída do depoimentos dos acusados e da prova testemunhal colhida, é a de que, logo após a subtração procedida nas duas agências

bancárias, os réus empreenderam fuga, sendo perseguidos pela Polícia Militar, quando o carro em que se encontravam quebrou e foram obrigados a fugir a pé, embrenhando-se em um matagal, sendo que o apelante, segundo suas próprias palavras “na fuga pulou uma cerca e entrou em uma casa; que o interrogando estava com seu revólver na cintura; que no interior da casa um senhor bastante encorpado veio em direção ao interrogando com o objetivo de pegar a arma que estava na cintura do interrogando, iniciando uma luta corporal; que veio a esposa do senhor agredindo o interrogando com um pedaço de pau; que na luta o interrogando acertou dois tiros no senhor; que a senhora continuou batendo no interrogando e este acertou-lhe um tiro, logo após saindo da casa; que após sair da casa o interrogando parou em um local para recuperar-se das pancadas que levou; que nisso encontrou Elenício que veio ao encontro devido a confusão que tinha avistado; que o interrogando contou-lhe o que aconteceu, empreendendo fuga logo a seguir; que durante aproximadamente dois dias continuou fugindo” (fls. 98/99).

Nota-se que a morte ocorreu logo após a subtração, havendo ainda conexão, entre ambas, a caracterizar a hipótese de roubo com resultado morte e não o crime de homicídio, que só se configuraria se ocorrida a morte após longo período ou após a ocorrência de evento que rompesse o nexo de contextualidade da ação complexa.

O latrocínio é a forma mais grave dos crimes contra a propriedade e tipifica-se mesmo que a pessoa que sofre a lesão seja outra que não a pro-

prietária da coisa, bastando que tenha havido relação de causalidade entre a morte e o fim visado pelo agente. Se este mata para garantir a fuga, mesmo que nenhum objeto tenha conseguido levar, a espécie é de latrocínio, não havendo falar em desclassificação para tentativa de roubo e homicídio autônomo.

Celso Delmanto, *in* Código Penal Comentado, Freitas Bastos, pág. 276, diz muito bem quando afirma que “A pessoa que sofre a lesão pode ser outra que não a proprietária da coisa subtraída e o roubo pode ser próprio ou impróprio”, elucidando adiante que esta importante noção é cabível quando a lesão é substituída pelo resultado morte, ou seja, no latrocínio.

Ainda nesse diapasão, cita-se o ensinamento de Damásio E. de Jesus:

“Quando o sujeito pratica homicídio consumado e subtração patrimonial consumada, a doutrina é pacífica em afirmar que responde por latrocínio consumado (CP, art. 157, § 3º, *in fine*) e não por homicídio qualificado consumado em concurso material com a subtração patrimonial consumada (furto ou roubo), orientação contida na ‘Exposição de Motivos’ do estatuto vigente. Pelo princípio da especialidade, a norma que descreve o latrocínio é especial em relação à que define o homicídio qualificado pela conexão teleológica ou consequencial (art. 121, § 2º, V), que é genérica. Aquela prefere a esta” (Questões Criminais, São Paulo: Saraiva, pág. 185).

Outro não é o entendimento de Julio Fabbrini Mirabete:

“Nos termos legais, o latrocínio não exige que o evento morte esteja nos planos do agente. Basta que ele

empregue violência para roubar e que dela resulte a morte para que se tenha como caracterizado o delito. É mister, porém, que a violência tenha sido exercida para o fim de subtração *ou para garantir, depois desta, a impunidade do crime ou a detenção da coisa subtraída*. Caso a motivação da violência seja outra, como a vingança, por exemplo, haverá homicídio em concurso com roubo” (Manual de Direito Penal, Atlas, São Paulo, 1993, 7ª ed., vol. 11, pág. 221) (grifei).

Acerca do tema, já decidiu esta Corte:

“Latrocínio. Delito caracterizado. Materialidade e autoria comprovadas. Pretendida desclassificação para roubo tentado e homicídio autônomo inadmissível. Condenação mantida.

“O latrocínio é um crime complexo e, como tal, uno, indecomponível nos fatos que o estruturam e integram. ‘Configura-se mesmo quando o agente mata para fugir, evitando a sua captura e conseqüente fracasso de seu intento’” (Apelação Criminal n. 25.456, de Balneário Camboriú, rel. Des. José Roberge).

E, também:

“Morte de terceira pessoa, após a prática do delito de roubo. Pretensão de desclassificação do crime de latrocínio para homicídio em concurso com o roubo. Inviabilidade. Se o assaltante, após praticar o roubo, é perseguido por policiais e na fuga desfere tiros contra terceira pessoa, matando-a, pratica o delito de latrocínio e não o de roubo em concurso com homicídio qualificado, pois a *aberratio ictus* não é causa de exoneração do crime complexo (...)” (TJRS, Ap. Crim. n. 699220588, rel. Des.

Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, j. 25/8/99).

Impossível, pois, a desclassificação pretendida.

2. Da mesma forma, não há acolher a tese de que o crime de latrocínio não se consumou, em função de não terem obtido os agentes a posse tranqüila da *res* subtraída.

Como visto, houve nexos de causalidade entre a morte da vítima e a subtração e, pelo Código Penal, não é exigida nem mesmo a efetiva subtração para que o latrocínio se consuma. “A dedução vem da expressão ‘se resulta morte’, pura e simplesmente. Se a morte é o resultado, verifica-se a hipótese da parte final do § 3º, art. 157, independentemente, se a subtração efetivou-se ou não” (RT 315/87).

Esta a orientação sumulada pelo Supremo Tribunal Federal, no verbete n. 610: “Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima”, e também a acolhida pela jurisprudência deste Tribunal:

“Latrocínio — Roubo de caminhão que não se verificou por motivos alheios à vontade dos agentes — Morte do caminhoneiro quando tentava fugir — Delito consumado — Súmula 610 do Supremo Tribunal Federal — Desclassificação para furto de veículo automotor e homicídio — Impossibilidade — Prova — Confissão judicial corroborada pela palavra dos co-réus — Condenação mantida.

“Sendo o latrocínio crime complexo, em que se conjugam os delitos de roubo e homicídio, ainda que a subtração não tenha se consumado por motivos alheios à vontade dos agentes, mas sendo a morte da vítima conse-

quência direta da ofensa patrimonial, não há que se falar em outro tipo que não o do art. 157, § 3º, parte final, do Código Penal, em sua forma consumada" (Apelação Criminal n. 98.006575-5, de Papanduva, rel. Des. Paulo Gallotti).

3. Razão assiste ao apelante, no entanto, quando se insurge contra a condenação pelo crime de roubo qualificado em concurso material com o latrocínio.

Com efeito, tratou-se de ação progressiva, isto é, os agentes praticaram a subtração mediante ameaça exercida com o emprego de arma e, logo após, para assegurar a impunidade e a posse do dinheiro, o apelante disparou contra a vítima Victório Olívio, causando-lhe a morte.

Crime único, portanto, que encontra tipificação no § 3º do art. 157 do Código Penal.

Acerca da matéria, esclarecedor o seguinte julgado:

"Como a violência do roubo pode ser dirigida a um terceiro que não seja o possuidor da coisa, ou a ambos, sem que tenha que se pensar em mais de um crime, também no § 3º do art. 157 do Código Penal a violência com resultado morte pode atingir outra pessoa e não a vítima da lesão patrimonial, havendo um crime com dois sujeitos passivos" (TJSP, RT 474/289).

Nem poderia o Magistrado *a quo* ter concluído pela ocorrência de um novo *iter*, isto é, que o apelante tivesse adentrado na casa da vítima fatal com a intenção de praticar nova subtração, posto que, além de não contida na denúncia, tal circunstância não encontra qualquer respaldo na prova produzida na instrução que gerasse a necessida-

de de aplicação do disposto no art. 384 do CPP.

A esposa da vítima Victório Olívio, em seu depoimento, confirma o dito pelo apelante em seu interrogatório, restando claro que ele adentrou na casa para fugir à atuação da polícia que vinha em seu encalço e acabara de deter um de seus comparsas.

Portanto, abrangendo a conduta do apelante a subtração e a morte resultante da violência empregada para assegurar a impunidade daquela, tipificado está unicamente o delito de latrocínio, devendo-se extirpar da condenação a pena resultante da aplicação do art. 157, § 2º, I e II, do CP, por configurar verdadeiro *bis in idem*.

4. Resta, pois, analisar a dosimetria da pena no crime de latrocínio. Embora seja o apelante primário e não se possa considerá-lo portador de maus antecedentes criminais, já que, nas certidões acostadas, consta que responde a um processo ainda em andamento por crime de roubo circunstanciado (fl. 310), a pena-base fixada pelo Magistrado *a quo* não pode ser tida como excessiva, considerando-se as demais circunstâncias apontadas pelo artigo 59 do Código Penal, especialmente sua personalidade voltada à prática de delitos contra o patrimônio e péssima conduta social.

Assim, mantenho a pena-base em 22 anos de reclusão.

Na segunda fase, o Magistrado sentenciante agravou a pena de 6 (seis) meses, em função da circunstância prevista no art. 61, II, *b*, do CP, isto é, "ter o agente cometido o crime para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime". No entanto, tal circuns-

tância íntegra, no caso, o tipo do crime de latrocínio, não podendo ser aqui considerada, sob pena de significar dupla agravação pelo mesmo fato.

Presente, no entanto, a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), pelo que diminuo a pena de 6 (seis) meses, fixando-a em 21 (vinte e um) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a qual resta definitiva, diante da inexistência de causas de especial aumento ou diminuição.

A pena pecuniária, fixada em 60 dias-multa pelo Magistrado monocrático, deve ser reduzida para manter a proporcionalidade com a pena privativa de liberdade. Assim, considerando as circunstâncias judiciais antes citadas, fixa-se a pena-base em 15 (quinze) dias-multa, cada dia no valor de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato, a qual torna-se definitiva, diante da ausência de causas modificadoras.

Mantêm-se as demais cominações da sentença recorrida, inclusive o

regime de cumprimento da pena privativa de liberdade — integralmente fechado.

III — Decisão

Diante do exposto, dá-se provimento, em parte, ao recurso para reconhecer unicamente o delito de latrocínio, adequando-se a reprimenda.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 13 de agosto de 2002.

Sérgio Paladino,

Presidente com voto;

Sérgio Roberto Baasch Luz,

Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.001821-0, DE FRAIBURGO

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

Estatuto da Criança e do Adolescente. Concessão de remissão pelo Ministério Público cumulada com medida socioeducativa. Possibilidade. Recurso improvido.

Respeitado o entendimento em contrário, um exame atento permite concluir que a Lei n. 8.069/90 possui indícios expressos favoráveis à legitimidade do Ministério Público para conceder remissão com medidas protetivas ou socioeducativas, excluídas as privativas de liberdade.

O indício cabal que atesta essa legitimidade está apontado no art. 181 da Lei n. 8.069/90. Extrai-se do dispositivo que, uma vez concedida a remissão pelo Ministério Público, os autos serão con-

clusos à autoridade judiciária para homologação e determinação do cumprimento da medida (§ 1º). Ora, se não fosse possível àquele órgão cumular medida com a remissão a seu cargo, inútil seria a providência determinada ao juiz competente para a homologação da transação.

Assim, o art. 181 e seus parágrafos permitem duas importantes conclusões: a legitimidade do Ministério Público para conceder remissão com medida protetiva ou socioeducativa e o indispensável controle jurisdicional do ato.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.001821-0, da comarca de Fraiburgo, em que é apelante E. M. e apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas legais.

I — Relatório

Na comarca de Fraiburgo, o Delegado de Polícia instaurou inquérito policial para apuração do furto de uma mesa de tênis, no dia 4 de agosto de 2001, subtraída do interior da Escola Gonçalves Dias.

Concluiu que o furto teria sido praticado, em tese, por quatro adolescentes – D. T., A. G., E. M. e J. W. L. da S.

Apresentados à Promotoria de Justiça, concedeu-se remissão em relação a J. L. da S. e E. M., cumulada com medidas socioeducativas de advertência e prestação de serviços à comunidade (fls. 48 e 51). Relativamente a A. G. e D. T., os autos foram arquivados (fl. 48).

Irresignado com a decisão da Juíza *a quo*, homologatória da remis-

são que lhe foi concedida, E. M. interpôs apelação argumentando que a sentença fere os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, porque o Ministério Público não teria competência para aplicar medida socioeducativa, cuja aplicação reclama expressa representação. Requereu a anulação da sentença com a homologação simplesmente da remissão concedida.

Ascendendo os autos à Segunda Instância, manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

II — Voto

Pretende o apelante a anulação da sentença homologatória da remissão ministerial cumulada com as medidas de advertência e prestação de serviços à comunidade.

A remissão acompanhada de medida socioeducativa, aplicada pelo Ministério Público, não é matéria tranqüila, permitindo o texto legal dupla interpretação. Uma corrente não vislumbra a possibilidade de lhe estender referida faculdade, reservada ao poder jurisdicional. Outra corrente entende inexistir impedimento legal para a

remissão ministerial acompanhada de medidas protetivas ou socioeducativas.

Em que pese as orientações divergentes, adotamos, como razão de decidir, a legitimidade do Ministério Público para aplicar as referidas medidas na fase precedente à instauração do procedimento judicial, como forma de exclusão do processo.

Isso porque, além de não haver empecilho legal (arts. 126, 128, 179, 180 e 201, I, da Lei n. 8.069/90), tal providência apresenta-se mais vantajosa. Evita que o adolescente seja submetido aos inconvenientes e constrangimentos de um procedimento judicial. Permite que o órgão ministerial juntamente com o menor e seu representante legal acordem sobre as medidas de caráter assistencial ou educativo a serem cumpridas, após a devida homologação pela autoridade judiciária. Prima pela celeridade, contribuindo para a amenização do processo de processos que assola o Poder Judiciário.

Afora suas vantagens, lembra-se que a remissão não implica em reconhecimento da responsabilidade do adolescente nem prevalece para efeito de antecedentes, podendo ser concedida, a critério do representante do Ministério Público ou da autoridade judiciária, com ou sem aplicação de medida.

No último caso, figura como perdão puro e simples. Quando aplicada cumulativamente com medida de proteção ou socioeducativa, consiste em uma espécie de *transação*, efetivada com a concordância do menor infrator e de seu representante legal.

Na fase pré-processual, a remissão figura como uma alternativa à instauração do procedimento judicial para apuração de ato infracional posto à disposição do órgão ministerial que, em lugar de representar a autoridade jurisdicional (oferecer ação socioeducativa), pode concedê-la, como forma de *exclusão do processo* (art. 201 da Lei n. 8.069/90).

Nesses termos está o instituto expressamente disciplinado nos arts. 126 e 127 da Lei n. 8.069/90.

Além disso, a medida aplicada pelo Ministério Público, por força da remissão, impescinde de homologação judicial para ser executada (art. 181, § 1º) e pode ser revista judicialmente a qualquer tempo (art. 128). Essas consistem em formas de controle do Poder Jurisdicional sobre a providência ministerial, observando-se que, embora a medida seja aplicada em razão da transação levada a efeito por aquele órgão, seu cumprimento fica na dependência do assentimento judicial (por meio da homologação).

Respeitado o entendimento em contrário, um exame atento permite concluir que a Lei n. 8.069/90 possui indícios expressos favoráveis à legitimidade do Ministério Público para conceder remissão com medidas protetivas ou socioeducativas, excluídas as privativas de liberdade.

O art. 112 ao enumerar as medidas possíveis de serem aplicadas aos adolescentes infratores fala em “autoridade competente”, sem especificação ou restrição à autoridade jurisdicional.

Os arts. 126, *caput*, e 201, I, conferem legitimidade ao Ministério

Público para conceder remissão, antes de iniciado o procedimento para apuração do ato infracional, como forma de exclusão do processo.

O art. 127 comenta que o benefício não implica necessariamente o reconhecimento da responsabilidade do menor nem prevalece para efeitos de antecedentes, podendo incluir medidas previstas em lei, exceto de semiliberdade e internação. O artigo indica a possibilidade da remissão ministerial cumulada com medida ao dizer que sua concessão não implica comprovação ou reconhecimento da responsabilidade. Nesse sentido está a afastar a exigência de provas concretas e suficientes da autoria e materialidade, ordinariamente obtidas ao longo da instrução processual. O próprio art. 114, que exige provas suficientes para imposição das medidas previstas nos incisos II a VI do art. 112, ressalva expressamente a hipótese de remissão do art. 127.

Nesse ponto convém transcrever os comentários de Munir Cury, Amaral e Silva e Emílio G. Mendez (coord.), a respeito do art. 114 do Estatuto:

“...Não exige a lei prova de autoria e materialidade da infração, nos casos das medidas aplicadas por força de remissão. É que, sob prisma procedimental, a concessão da remissão acaba impedindo a realização da instrução probatória (nas hipóteses em que é concedida, pelo Ministério Público, como forma de exclusão do processo) ou faz por interrompê-la antes de seu término (quando concedida pela autoridade judiciária e importando a suspensão ou extinção do processo), donde não se poder, mesmo exigir, a

comprovação, que constitui regra para as situações em que a instrução é ultimada. Por outro lado, e também a justificar o conteúdo de excepcionalidade previsto na norma, temos a espécie de remissão na qual se inclui a medida socioeducativa se apresenta sempre revestida de um caráter de composição, determinado por ajuste e concordância, pela aceitação de sua concessão por parte do adolescente (e de seus pais ou responsável). Além do mais, nos exatos termos do art. 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a remissão não prevalece para efeito de antecedentes e não pode incluir a aplicação das medidas socioeducativas consistentes na inserção em regime de semiliberdade ou na internação em estabelecimento educacional” (Cury, Munir, Amaral e Silva, Antônio Fernando do, e Mendez, Emílio García (coord.), Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais, São Paulo : Malheiros, 1996, págs. 345/6).

Por fim, o indício cabal que atesta a legitimidade do Ministério Público para a aplicação da remissão com as medidas legais está apontado no art. 181 da Lei n. 8.069/90, merecendo transcrição:

“Art. 181. Promovido o arquivamento dos autos ou concedida a remissão pelo representante do Ministério Público, mediante termo fundamentado, que conterà o resumo dos fatos, os autos serão conclusos à autoridade judiciária para homologação.

“§ 1º. *Homologado o arquivamento ou a remissão, a autoridade judiciária determinará, conforme o caso, o cumprimento da medida.*

“§ 2º. Discordando, a autoridade judiciária fará remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, mediante despacho fundamentado, e este oferecerá representação, designará outro membro do Ministério Público para apresentá-la, ou ratificará o arquivamento ou a remissão, que só então estará a autoridade judiciária obrigada a homologar”.

Extraí-se do dispositivo que, uma vez concedida a remissão pelo Ministério Público, os autos serão conclusos à autoridade judiciária para *homologação e determinação do cumprimento da medida* (§ 1º). Ora, se não fosse possível àquele órgão cumular medida com a remissão a seu cargo, inútil seria a providência determinada ao juiz competente para a homologação da transação.

Assim, o art. 181 e seus parágrafos permitem duas importantes conclusões: a legitimidade do Ministério Público para conceder remissão com medida protetiva ou socioeducativa e o indispensável controle jurisdicional do ato.

O Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado por Munir Cury (coord.) e outros contém análise esclarecedora a respeito da disciplina, função e efeitos da remissão concedida pelo órgão ministerial:

“Em primeiro lugar, frise-se que a eficácia da remissão depende da homologação judicial, tendo a intervenção jurisdicional por escopo apenas verificar a legalidade do ato. Os efeitos pretendidos somente têm lugar se houver a participação do órgão judicial (cf. José Roberto S. Bedaque, Ministério Público e jurisdição voluntária, *in Justitia* 147/49). A remissão concedida pelo

Ministério Público, admissível somente antes do processo de jurisdição contenciosa, tem amparo legal (ECA, arts. 126, 181 e 182). Não implica violação do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV), pois não dispensa a intervenção judicial (ECA, art. 181, § 1º). Além disso, tal ato configura medida de natureza administrativa, cuja atribuição foi conferida legitimamente ao Ministério Público.

“A interpretação sistemática dos arts. 127 e 181, § 1º, permite tal conclusão. Não fosse admitida a inclusão, não teria sentido o legislador conferir ao magistrado a homologação do pedido e, conforme o caso, a execução da medida (art. 181, § 1º). Isso significa que, havendo inclusão de medida socioeducativa pelo promotor, será ela executada, ou não, pelo juiz.

“Ao órgão jurisdicional compete, portanto, se concorde com a providência adotada, homologar a remissão e determinar o cumprimento da medida incluída pelo Ministério Público.

“Ainda aqui não se verifica violação do princípio do controle jurisdicional. A inclusão da medida pelo promotor como condição da remissão resulta de acordo de vontades. É espécie de transação, cuja eficácia depende de homologação judicial (ECA, art. 181, § 1º). Caso o magistrado entenda incabível ou inconveniente o acordo, poderá determinar a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça (art. 181, § 2º).

“Ademais, a qualquer tempo pode haver revisão judicial da medida (ECA, art. 128)”.

E continuam:

“A inclusão de medida não privativa de liberdade na remissão concedida pelo Ministério Público tem natureza administrativa. Propriamente, não há aplicação de medida, mesmo porque sua execução é deferida à autoridade judiciária (ECA, art. 181, § 1º). A inclusão de medida representa unicamente condição para a concessão de remissão, de modo a excluir o processo, invertendo o ônus da invocação jurisdicional. Não tem, portanto, caráter de definitividade, próprio de ato de império do Poder Judiciário, no exercício de sua atividade constitucional.

“Por outro lado, além de sua cabal constitucionalidade, não resta dúvida de que a concessão de remissão como forma de exclusão do processo constitui-se em instrumento do Estado para a disposição da ação socioeducativa pública, de sorte a alcançar, pela via administrativa, um meio rápido de composição amigável da lide entre a sociedade e o adolescente, estabelecida com a prática do ato infracional” (Cury, Munir, Amaral e Silva, Antônio Fernando do, e Mendez, Emílio García (coord.). Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais, São Paulo : Malheiros, 1996, págs. 505/507).

Destaca-se da jurisprudência:

“Estatuto da Criança e do Adolescente — Remissão acompanhada de medida aplicada pelo Ministério Público — Possibilidade — Provimento do recurso — ECA — Arts. 112, 126/128, 179/180 e 201, I.

“O Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu a ação de pretensão socioeducativa, atribuindo-a ao Ministério Público a quem conferiu o critério de oportunidade, autorizando o

dominus litis a transacionar em torno de medidas que não impliquem em restrições à liberdade pessoal.

“A remissão não se caracteriza pela imposição, mas pelo ajuste, com aceitação voluntária de medida de proteção ou socioeducativa.

“Pode haver remissão independentemente do devido processo legal, já que o instituto objetiva exclusão, suspensão ou extinção do processo sem exame de mérito.

“Voto vencido” (Ap. Cív. n. 38.098, de Indaial, rel. Des. Amaral e Silva, julgada em 11/8/92, JC 71/260).

“Apelação criminal — Estatuto da Criança e do Adolescente — Remissão com medida socioeducativa aplicada pelo Ministério Público — Possibilidade — Arts. 112, 126, 128, 179, 180 e 201.

“A legislação de menores (ECA) inovou quando atribuiu ao Ministério Público a competência para conceder remissão, que pressupõe concordância com o menor e seu representante legal, ajustando medidas de caráter assistencial ou educativo, que serão homologados pela autoridade judiciária. Não existe na lei impedimento para tal procedimento, aconselhando a boa técnica tal interpretação, por ser mais benéfica ao menor, por sua celeridade. Recurso desprovido” (Apelação Criminal n. 32.125, de Palhoça, rel. Des. Solon d’Eça Neves, julgada em 17/11/95).

No Superior Tribunal de Justiça encontra-se decisão recente:

“Recurso ordinário em *habeas corpus*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Remissão e medida socioeducativa. Cumulação. Possibilidade. Ausência de oitiva do menor. Violação

ao devido processo legal. Inocorrência.

“Da exegese sistemática das normas componentes do Estatuto da Criança e do Adolescente extrai-se o entendimento de que a remissão concedida pelo Ministério Público pode ser cumulada com medida socioeducativa que não implique restrição ou privação de liberdade (art. 127 do ECA).

“Não ocorre violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa na hipótese em que, embora ausente a oitiva do menor infrator, é homologada concessão da remissão, determinando-se a aplicação de medida socioeducativa de liberdade assistida.

“Precedentes deste Tribunal.

“Recurso improvido. *Habeas corpus* denegado” (RHC n. 11099/RJ, rel. Min. Vicente Leal, julgado em 3/12/01).

Também em recente sessão plenária realizada no dia 26/6/02 para julgar o Recurso Extraordinário n. 229382, contra decisão do Tribunal de São Paulo, que entendeu não ser possível cumular remissão com medida socioeducativa, diante da inexistência de processo legal, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o art. 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente é constitucional.

O relator do processo, Min. Moreira Alves, não se filiou à tese paulista. Ele argumentou que a medida socioeducativa quando aplicada em conjunto com a remissão não se reveste do caráter de pena e, portanto, o processo é dispensável, e é possível conciliar os dois institutos. Segundo o ministro, a aplicação da medida socioeducativa

como prevista pelo art. 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente está em consonância com as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, documento a que o Brasil aderiu por meio de resolução.

O Ministro Sepúlveda Pertence, em apoio ao voto do relator, comparou essa situação à transação penal prevista pela Lei n. 9.099/95 aos maiores de idade. Ele também disse que é melhor para o adolescente que ele não se sujeite a um processo.

O julgamento foi, por maioria, de nove votos contra um, vencido o Presidente, Min. Marco Aurélio (*in* <http://ultimosegundo.ig.com.br/useg/notgerais/artigo/0,831747,00.html>).

No caso dos autos, o adolescente compareceu na audiência de apresentação e confessou a prática do ato infracional (art. 155, *caput*, do CP), declarando que ele juntamente com outros adolescentes arrombaram a porta da sala de jogos do Colégio Gonçalves Dias e subtraíram uma mesa de tênis (fl. 50).

Tanto o adolescente como o seu representante legal e o curador assinaram o termo de remissão (fl. 51), concordando com as medidas socioeducativas aplicadas de advertência e prestação de serviços à comunidade, por um período de três meses, durante quatro horas semanais. O termo foi devidamente homologado pela autoridade judiciária (fl. 52).

Por outro lado, as medidas ajustadas não se afiguram desproporcionais, mas suficientemente educativas diante do ato praticado, que revelou

desrespeito com patrimônio da comunidade.

III — Decisão

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Sérgio Paladino e Newton Janke, e lavrou o parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o

Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 3 de setembro de 2002.

Sérgio Paladino,
Presidente com voto;
Sérgio Roberto Baasch Luz,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2001.016197-4, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Jaime Ramos

Apelação criminal — Crime contra o patrimônio — Furto qualificado pelo concurso de pessoas — Autoria — Negativa inconsistente — Condenação mantida — Pena exacerbada — Adequação de ofício.

É inconsistente a negativa de autoria do réu flagrado logo depois do furto, defronte o local do crime, na posse de dinheiro estrangeiro que a vítima, boliviana, reconheceu como de sua propriedade, além de encontrar-se no local em que foi dispensada uma bolsa contendo pertences e documentos de ocupantes do apartamento furtado.

Falsa identidade — Conduzido que se apresenta com nome fictício no auto de prisão em flagrante para não ser identificado em virtude de antecedentes criminais — Absolvição decretada — Recurso ministerial pleiteando a condenação — Crime configurado — Provimento — Direito de autodefesa não descaracteriza o delito.

Pratica o crime de falsa identidade (CP, art. 307) o agente que se identifica à autoridade policial com nome fictício ou de outra pessoa, ainda que o tenha feito como recurso de autodefesa, objetivando esconder seu passado criminoso, a fim de, como vantagem para si, obter benefícios penais ou processuais penais que do contrário não lhe seriam concedidos ante a existência de antecedentes criminais. O direito constitucional de o indiciado calar ou falsear a verdade como autodefesa não o autoriza a cometer outro crime, qualquer que seja, mormente o de falsa identidade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2001.016197-4, da comarca de Balneário Camboriú, em que são apelantes/apelados Adelino Dias Gavin e a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso do acusado, mas de ofício reduzir a pena imposta pelo furto qualificado (CP, art. 155, § 4º, IV) para 3 (três) anos de reclusão e multa de 15 (quinze) dias-multa, dando provimento ao recurso ministerial para condenar o acusado também pela prática do crime de falsa identidade, à pena de 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de detenção.

Custas de lei.

I — Relatório

Na Vara Criminal da comarca de Balneário Camboriú, o Ministério Público promoveu ação penal contra Adelino Dias Gavin, pela prática dos delitos previstos no art. 155, § 4º, IV, e no art. 307, c/c o art. 69, todos do Código Penal, pela prática dos fatos que assim descreveu na denúncia:

“(…) no dia 18/1/2000, por volta das 4 horas, o denunciado na companhia de uma outra pessoa, não identificada até o momento, agindo com *animus furandi* e desejando ambos o mesmo resultado ilícito, ingressou no apartamento n. 13, do Edifício Esplanada, na Avenida Brasil, nesta Cidade e Comarca, provavelmente subindo pela sacada, de onde subtraiu, para si, do interior da carteira de uso pessoal da vítima João Carlos Cronenbold Ortiz, boliviano em férias nesta Cidade, a importância de R\$ 170,00 em

moeda corrente, B\$ 5,00 (cinco bolivianos), três mil guaranis e mais quinze dólares, levando, também, uma bolsa feminina de cor preta com uma niqueleira de cor preta e as cédulas de identidade dos acompanhantes da vítima.

“Logo em seguida, quando já estavam em frente ao prédio referido, em razão de ter sido acionada a Polícia Militar, o denunciado acabou sendo preso em flagrante delito, ainda na posse da *res furtiva*, porque o restante foi levado pelo seu comparsa, que conseguiu escapar (conforme termos de apreensão de fl.), consumado, portanto, o delito de furto.

“Consta, ainda, que levado preso em flagrante delito à presença da autoridade policial, agindo dolosamente e procurando esconder seu passado delituoso, porque já sofreu duas condenações neste mesmo Juízo, ambas pela prática de crime de furto, o denunciado atribui a si próprio falsa identidade, procurando obter vantagem ilícita, declarando chamar-se ‘Robson Dolisne, brasileiro, solteiro, mecânico, natural de Foz do Iguaçu/PR, nascido aos 30/10/81, filho de Sílvio Dolisne e de Maria Cristina Dolisne...’, sendo que a sua verdadeira identidade somente foi descoberta após concluído o auto de prisão em flagrante, quando foi reconhecido, dentro da cadeia pública local, por funcionários que lá estavam trabalhando”.

Devidamente instruído o feito, o acusado restou condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa ao valor unitário de um 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo da época do delito, monetariamente corrigido, como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, IV, c/c art. 61, I, ambos do Código Penal; mas absolvido

da infração do art. 307 do mesmo Diploma.

Inconformados com a decisão, o Ministério Público e o acusado interpuuseram recurso de apelação. O primeiro almejando que o acusado seja condenado também pelo crime previsto no art. 307 do Código Penal, ao passo que o segundo, ainda que em forma de contra-razões, postula sua absolvição por ausência de prova quanto à autoria do furto que lhe é imputada, bem como seja também afastado o crime de falsa identidade, haja vista que só omitiu sua verdadeira identidade na Polícia para esconder seu passado criminoso, direito que lhe é constitucionalmente garantido.

Os autos ascenderam a esta Superior Instância, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinado pela conversão do julgamento em diligência, a fim de que os autos retornassem à origem para que fosse regularmente processado o apelo da defesa, com a intimação do Promotor de Justiça para apresentar as contra-razões, bem como para que o defensor contrariasse as razões ministeriais.

Devidamente cumprida a diligência, os autos vieram novamente a este Tribunal, quando então a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento de ambos os recursos.

II — Voto

Examina-se, em primeiro lugar, o apelo do acusado, manifestado nas próprias contra-razões, objetivando sua absolvição por alegada ausência de provas sobre a autoria que lhe é imputada.

A alegação é totalmente inconsistente, porque a materialidade do

crime foi devidamente comprovada pelo boletim de ocorrência (fl. 18), pelos termos de apreensão de fls. 20/21 e pelo termo de reconhecimento e entrega dos bens apreendidos (fl. 22).

A autoria, de igual modo, não obstante a negativa manifestada pelo acusado, restou indubitavelmente demonstrada, uma vez que ele foi preso em flagrante, a par da bolsa dispensada no momento da abordagem policial, de propriedade da mulher da vítima, contendo dinheiro e cédulas estrangeiras de identidade de amigos que estavam veraneando com o casal. Na posse do acusado foi encontrada a *res furtiva*, consistente de “cédulas de dólares, de bolivianos (*sic*) e cédulas paraguaias e reais” (fl. 7), as quais, mais tarde, foram identificadas pela vítima, o que autoriza atribuir-lhe a autoria do crime, com toda a certeza, posto que esses dados ainda se integram com diversos outros elementos probatórios contidos nos autos.

Tem-se decidido:

“Agente encontrado na posse da *res furtiva*, sem explicação razoável para o fato, autoriza presunção de responsabilidade somente afastável mediante produção de prova consistente” (RT 719/458).

Ou ainda:

“Em tema de furto, a apreensão da coisa subtraída em poder do acusado gera a presunção de sua responsabilidade e, invertendo-se o ônus da prova, impõe-se-lhe justificação inequívoca. A justificação dúbia e inverossímil, reforçada pelos maus antecedentes do agente e pela inexistência de prova em desfavor do lesado, autoriza o decreto condenatório (RT 688/334)” (Ap. Crim. n. 96.005072-8, de

São Bento do Sul, rel. Des. Nilton Machado Machado). No mesmo sentido: Ap. Crim. n. 00.023040-5, da Capital, rel. Des. Solon d'Eça Neves; Ap. Crim. n. 98.014159-1, de Brusque, rel. Des. Paulo Gallotti; Ap. Crim. n. 98.009273-6, da Capital, rel. Des. Jorge Mussi.

O furto é consumado, uma vez que os demais bens de propriedade da vítima não foram apreendidos, já que devem ter sido levados pelo co-autor, o qual evadiu-se do local no momento em que a Polícia já o estava algemando.

Conquanto impraticável a absolvição por negativa de autoria ou insuficiência de provas, verifica-se que a pena aplicada pelo furto qualificado consumado de que se tratou é exacerbada, devendo ser reduzida, mesmo de ofício, ao patamar estritamente necessário à repreensão do ilícito penal.

Mesmo que se considerem desfavoráveis ao condenado as circunstâncias ditas judiciais do art. 59 do Código Penal, a pena-base do referido furto há de ser fixada um pouco acima do mínimo legal, ou seja, em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e multa de 12 (doze) dias-multa. Na segunda fase da dosimetria, comprovada a reincidência, aumenta-se a reprimenda em 6 (seis) meses de reclusão e em 3 (três) dias-multa. E, não havendo, em terceira fase, causas especiais ou gerais de aumento ou de diminuição, torna-se definitiva em 3 (três) anos de reclusão e multa de 15 (quinze) dias, permanecendo inalterados todos os demais comandos sentençiais.

O apelo ministerial é de ser acolhido, porque o acusado, ao identi-

ficar-se com nome fictício ou de outra pessoa, perante a autoridade policial, ainda que o tenha feito como recurso de autodefesa, objetivando esconder seu passado criminoso, para beneficiar-se de eventual liberdade provisória, com ou sem fiança, praticou o crime previsto no art. 307 do Código Penal.

No particular, é incisiva a lição de Julio Fabbrini Mirabete (Código de Processo Penal Anotado, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, pág. 1.884):

“Discute-se a existência ou não do crime nos casos em que o acusado se inculca falsa identidade perante a autoridade, ao ser interrogado. Enquanto, em uma orientação, entende-se não existir o crime por ter o acusado o direito de não dizer a verdade para não se prejudicar (*nemo tenetur se detegere*) como no direito ao silêncio e de mentir, além de agir sem dolo específico indispensável para a caracterização do tipo; em outra, ora predominante e mais adequada, conclui-se pela existência do crime diante da inexistência de regra jurídica no sentido genérico da autodefesa”.

Vale a pena transcrever julgados que o autor colaciona (*op. cit.*, págs. 1.884/1.885), do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, abraçando a tese da caracterização do crime de falsa identidade, em hipóteses idênticas à dos presentes autos:

“TJSP: ‘Falsa identidade. Caracterização. Delito não elidido pelo propósito de autodefesa. Direito de o réu ficar calado e não colaborar que não compreende o de falsear a própria identidade. Recurso provido. É in-

correto sustentar que o suspeito pode atribuir-se falsa identidade no exercício da ampla defesa constitucional. A liberdade de mentir, sem sanção processual, não é ilimitada e não importa na impunidade pelos crimes que venham a ser praticados através das declarações mendazes. A mentira punível é a que visa contrariar a acusação, contestar fatos em que se baseia, lograr sua improcedência e não furtar-se a ela assumindo identidade suposta ou de terceiro' (JTJ 170/288). TACrimSP: 'O ato de mentir assumindo identidade de pessoa diversa como forma de autodefesa, para ocultar passos de sua biografia penal, não exime o preso da imputação do crime de falsa identidade, previsto no art. 307 do CP, pois constitui violação de direito de terceiro causando a este graves prejuízos morais' (RT 754/577). TACrimSP: 'Caracteriza o crime previsto no art. 307 do CP, a conduta do agente que fornece nome falso no Inquérito Policial, visando, tão-somente, omitir seu passado criminoso, o que levaria de eventual prisão cautelar ou possibilitaria cominação de pena mínima em caso de condenação, pois, para a configuração do delito, basta a obtenção de indevida vantagem, não necessariamente patrimonial, não havendo, ainda, como cogitar da hipótese de autodefesa, até porque não há contraditório no Inquérito' (RJTCrim 39/147)".

Mais adiante (*op. cit.*, págs. 1.886/1.887):

"TACrimSP: 'Pratica o crime de falsa identidade, previsto no art. 307 do CP, o agente que, na intenção de obter vantagem processual, no ato de qualificação de sua prisão em flagrante, atribui-se identidade falsa, pois não se pode sustentar que, coberto pelo manto

do exercício da ampla defesa constitucional, tenha o acusado liberdade para mentir a ponto de assumir falsa identidade em inquérito policial e permanecer impune diante de ações consideradas como crime' (RT 762/650). (...) TACrimSP: 'A intenção do réu de obter vantagem em proveito próprio, quando declina nome falso em auto de prisão em flagrante, não pode ser negada. A alegação de ser um direito de defesa a pessoa presa utilizar nome falso, quando é qualificada e indiciada, não possui amparo legal. O réu tem o direito de ficar em silêncio a respeito dos fatos que lhe são imputados ao ser interrogado. Não possui, contudo, o direito de mentir a respeito de sua identidade, mormente se for considerado que a identificação datiloscópica não mais pode ser imposta ao preso quando ele possui identificação civil' (RT 735/610)".

Bem a propósito (*op. cit.*, pág. 1.889):

"TACrimSP: 'Falsa identidade. Agente que, no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante, diz ser outra pessoa. Configuração. O agente que, no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante, atribui a si falsa identidade, age com dolo específico evidente, caracterizador do delito do art. 307 do CP, uma vez que tem a nítida intenção de mentir acerca de sua verdadeira qualificação, para tentar obter vantagem pessoal, exatamente a de não ser preso pelas outras condenações que ostenta' (TJDTACrim 31/158)".

É suficiente que o indigitado decline nome falso à autoridade policial, com o objetivo de, ocultando sua verdadeira identidade, obter a vantagem de eventual liberdade provisória ou de outros benefícios previstos na

legislação penal ou processual penal, ainda que não venha a consegui-los. “Trata-se de crime formal, que independe de ulteriores conseqüências”, como diz Mirabete (*op. cit.*, pág. 1.890). Nesse sentido: “TACrimSP: ‘Falsa identidade. Crime formal. Ocorrência de vantagem própria ou dano a terceiro. Irrelevância. O crime do art. 307 do CP é de natureza formal, e completa-se com a mera atribuição de identidade que não pertence ao agente, independente de vantagem própria ou dano a terceiro’ (RJDTACrim 25/468)” (*op. cit.*, pág. 1.890).

Nesta Corte de Justiça, a jurisprudência tem evoluído, e já se tornou dominante, para a aceitação do entendimento de que o crime de falsa identidade se caracteriza mesmo que o agente o tenha praticado como autodefesa, para ocultar passado criminoso, a fim de obter vantagens penais e/ou processuais penais:

“Falsa identidade. Recurso objetivando a absolvição por ter o acusado agido sob o pálio da autodefesa. Réu que utiliza nome de irmão para elidir seus antecedentes criminais. Confissão espontânea. Crime caracterizado. Recurso desprovido” (TJSC – Ap. Crim. n. 33.165, de São José, rel. Des. Jorge Mussi, em 21/8/1995).

“Falsa identidade — Art. 307 do Código Penal — Agente que visa à autodefesa — Irrelevância — Condenação mantida. Tipifica o delito de falsa identidade a conduta do agente que, a fim de obter vantagem de qualquer natureza, em proveito próprio ou alheio, se faz passar por outra pessoa, sendo irrelevante que seu objetivo tenha sido a autodefesa” (TJSC – Ap. Crim. n. 98.002591-5, de São

Francisco do Sul, rel. Des. Paulo Gallotti, em 14/4/1998).

“Apelação criminal. Comete o delito de falsa identidade quem se apresenta à polícia utilizando nome falso, com o objetivo de obter vantagem de qualquer natureza, em proveito próprio ou alheio, se fazendo passar por outra pessoa. O direito de fugir e de calar a verdade quanto ao fato delituoso não autoriza falsear a própria identidade. Recurso provido, para condenar o apelado nas sanções do artigo 307 do Código Penal, mantida no mais a sentença condenatória” (TJSC – Ap. Crim. n. 99.012428-2, de Itajaí, rel. Des. Genésio Noll, em 28/9/1999).

“Crime contra a fé pública – Falsa identidade (CP, art. 307) – Agente que, preso em flagrante, atribui-se identidade imaginária – Registros processuais com o nome fictício — Autodefesa – Inadmissibilidade – Crime caracterizado.

“Tipifica o delito de falsa identidade a conduta do agente que, com o fim de não revelar sua reincidência, ao ser preso em flagrante, omite sua identidade verdadeira e atribui-se identidade imaginária e, com este nome se procedem aos registros das peças de investigação até a remessa em juízo, sendo irrelevante que seu objetivo tenha sido a autodefesa. O direito de permanecer calado e até ao de mentir no depoimento, porque não presta compromisso de falar a verdade, não isenta o agente de declinar seu verdadeiro nome quando regular a prisão, pois será com base neste que se pesquisarão os antecedentes e daí seguirão seus consectários legais” (TJSC – Ap. Crim. n. 00.016683-9, de Balneário Camboriú, rel. Des. Nilton Macedo Machado, em

26/9/2000; *idem* TJSC – Ap. Crim. n. 01.011689-8, de Mafra, rel. Des. Irineu João da Silva, em 7/11/2000).

“Falsa identidade – Agente que se apresentou à autoridade policial com nome falso, para esconder o fato de ser foragido e para que não fossem descobertos os seus péssimos antecedentes criminais, caracterizadores de multirreincidência, e assim pudesse se livrar solto – Dolo e fim específico de obter vantagem ilícita e proveito próprio evidenciados – Inadmissibilidade do reconhecimento do direito ao silêncio (autodefesa) – Delito perfeitamente configurado – Condenação do réu no art. 307 do CP que se faz de rigor – Recurso ministerial provido.

“O direito ao silêncio, constitucionalmente garantido, pode até albergar desdobradamente a faculdade de o indiciado ou réu falsear a verdade sobre os fatos criminosos, pois, em função do aludido princípio não está obrigado a confessar ou a declarações auto-incriminatórias, mas jamais lhe confere a prerrogativa de mentir sobre a própria identidade, ofendendo a fé pública e o interesse comum, tipificando o crime descrito no art. 307 do CP” (TJSC – Ap. Crim. n. 2001.013134-0, de Balneário Camboriú, rel. Des. Jorge Mussi, em 9/10/2001).

“Assim, caracteriza o crime de falsa identidade a conduta do agente que, com o objetivo de obter vantagem de qualquer natureza, em proveito próprio ou alheio, se faz passar por outra pessoa, sendo dispensável que seu objetivo seja a autodefesa, uma vez que o direito de fugir e de calar a verdade quanto ao fato delituoso não autoriza falsear a própria identidade” (TJSC – Ap. Crim. n.

2002.004905-0, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Genésio Nollis, em 16/4/2002).

Atualmente, só o eminente Des. Maurílio Moreira Leite, da 2ª Câmara Criminal, tem divergido, pois entende que o acusado tem direito de falsear a verdade quanto à sua identidade, como exercício de autodefesa que lhe é constitucionalmente assegurado, como tem manifestado em seus votos. No passado, a ele também se juntava o ilustre Des. Torres Marques, como se observa no acórdão de sua lavra, da Ap. Crim. n. 01.019293-4, de Balneário Camboriú.

O Supremo Tribunal Federal tem orientado para o acolhimento da variante que reconhece a caracterização do delito em pauta:

“Tipifica o crime de falsa identidade o fato de o agente, ao ser preso, identificar-se com nome falso, com o objetivo de esconder seus maus antecedentes” (STF — HC n. 72.377/SP – rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 30/6/95, pág. 20.409).

É verdade que a Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, inciso LXIII, autoriza o preso, e, por extensão, a qualquer indiciado ou acusado, a permanecer calado, direito que se estende, segundo os doutrinadores, ao de falsear a verdade sobre os fatos delituosos que lhe são imputados. Esses direitos constitucionais, porém, não abrangem a possibilidade de o indigitado praticar novo crime, como é o de falsa identidade, para esconder a verdade sobre seu passado criminoso e, em decorrência, obter as vantagens penais e/ou processuais penais que as leis outorgam a quem é primário e não registra antecedentes. O direito fundamental, aliás, é o de calar, ou se-

ja, ficar em silêncio. Não o de mentir, embora também se reconheça que o indiciado ou acusado não está obrigado a dizer a verdade sobre o que lhe é imputado. Jamais poderá, entretanto, produzir mentira que, sem relacionar-se com o fato principal, constitua delito tipificado na lei penal.

Por isso é que tem toda a procedência o apelo ministerial.

Fixa-se a pena-base para o delito de falsa identidade em 3 (três) meses de detenção e não em multa isolada, já que são desfavoráveis ao acusado as circunstâncias judiciais. Pela reincidência, aumenta-se para 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de detenção, pena que se torna definitiva, ante a ausência de causas especiais ou gerais de aumento ou de diminuição.

Concluindo, o acusado deverá cumprir as penas de 3 (três) anos de reclusão e multa de 15 (quinze) dias, por infração ao art. 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal; e mais 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, por infração ao art. 307 do Código Penal; permanecendo inalterados os demais comandos da sentença, eis que todos compatíveis com a pena adequada e

aplicada neste Tribunal, bem como com as circunstâncias e as condições pessoais do apenado.

III — Decisão

Por essas razões, a Câmara Criminal, à unanimidade, negou provimento ao recurso do acusado, mas de ofício reduziu a pena aplicada pelo furto qualificado (art. 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal) para 3 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa; e deu provimento ao recurso ministerial, para condenar o acusado à pena de 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de detenção, por infração do art. 307 do Código Penal; permanecendo inalterados os demais comandos dispositivos da sentença.

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. Luiz Fernando Sirydakís.

Florianópolis, 20 de agosto de 2002.

Gaspar Rubik,
Presidente, com voto;
Jaime Ramos,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.014822-4, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Jaime Ramos

Apelação criminal. Tráfico de entorpecentes. Juntada do laudo definitivo antes das alegações finais. Nulidade inexistente. Autoria e materialidade comprovadas. Validade do depoimento dos policiais. Presença da majorante do art. 18, III, da Lei n. 6.368/76, pela associação eventual para o tráfico. Impossibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em crime equiparado a hediondo. Recurso desprovido.

Inexiste nulidade quando o laudo pericial toxicológico definitivo é juntado antes das alegações finais das partes, ainda que depois da oitiva das testemunhas.

Os depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante, apreendendo grande quantidade de droga em poder da apelante e de sua acompanhante, são suficientes para justificar o decreto condenatório, desde que não contraditados, nem suspeitos, mas harmônicos com os demais elementos probatórios sobre a autoria e a materialidade.

A majorante prevista no art. 18, III, da Lei n. 6.368/76, justifica-se pela associação entre duas ou mais pessoas, para o tráfico de entorpecente, ainda que meramente eventual, configurada pelo simples concurso de agentes (co-autoria ou participação).

Não cabe substituição da pena corporal por sanção restritiva de direitos (art. 44 do CP, com a redação dada pela Lei n. 9.714/98), na hipótese de crimes hediondos ou equiparados, como o tráfico ilícito de entorpecentes, cuja pena deve ser cumprida em regime integralmente fechado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.014822-4, da comarca de Balneário Camboriú, em que é apelante Teofila Irala, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

No Juízo da Vara Criminal da comarca de Balneário Camboriú, o Ministério Público promoveu ação penal contra Teofila Irala e Andrea Arteta, dando-as como incurso nas sanções do art. 12, *caput*, c/c art. 18, III, ambos da Lei n. 6.368/76.

Descreveu a peça acusatória que no dia 23/11/2001, por volta das 10h30min, agentes da Polícia Federal, ao abordarem as acusadas, na ro-

doviária municipal de Balneário Camboriú, após estas saírem de um ônibus da empresa Eucatur, proveniente do Mato Grosso do Sul, encontraram na bolsa de mão que cada uma transportava, três tabletes de cocaína, envolvidos em fita adesiva, totalizando seis tabletes, que pesaram o montante de 5,615kg; que as acusadas informaram que entregariam o produto para uma pessoa desconhecida que as aguardava na cidade; que havia acordo de vontades entre as acusadas e um terceiro para o transporte da droga, destinada ao comércio da região.

Instruído o feito, a acusada Teofila Irala foi condenada ao cumprimento da pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado e ao pagamento de 80 (oitenta) dias-multa; ao passo que a acusada Andrea Arteta restou conde-

nada à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, além do pagamento de 80 (oitenta) dias-multa.

Inconformada com a decisão, somente a acusada Teofila Irala interpôs apelação, buscando sua absolvição, ou exclusão da causa especial de aumento de pena e, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Alegou também a nulidade do feito porque o laudo pericial definitivo foi juntado após a audiência de instrução e julgamento.

Nas contra-razões, o Ministério Público aduziu que a decisão condenatória é acertada e que se mostra impossível a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, ante a ausência dos requisitos legais, até porque a pena aplicada é superior a quatro anos.

Os autos ascenderam a esta Superior Instância, perante a qual a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Razão não assiste à recorrente.

De forma preliminar, o recurso indica a existência de nulidade no feito, a partir da audiência de instrução e julgamento, ante a não juntada aos autos, até aquele ato processual, do laudo pericial definitivo, o que violaria o disposto no art. 25 da Lei 6.368/76. Todavia, a situação dos autos é diversa. O constante do mencionado artigo é exigido, sob pena de nulidade, somente nos casos em que, na audiência, após a ouvida das testemunhas, são colhidos os debates orais, pois, acaso juntado posteriormente, as partes não teriam oportunidade de questionarem as conclusões do laudo pericial

toxicológico. Não sendo as alegações finais ofertadas oralmente em audiência, o laudo definitivo pode ser juntado depois, porém antes das alegações finais escritas, substitutivas dos debates orais.

Na situação dos autos não há nulidade, pois o laudo foi acostado às fls. 55/58, no dia 9/1/2002, sendo intimado o procurador da recorrente no dia 7/2/2002, conforme fl. 58v., oportunidade em que também tomou conhecimento da carta precatória expedida para a ouvida das testemunhas arroladas, o que ocorreu somente em 26/2/2002. Equivocadamente a recorrente reportou-se à audiência de instrução e julgamento como sendo o ato processual constante às fls. 45/46, realizado antes da juntada do laudo. Entretanto aquele ato processual reflete seu interrogatório, não fazendo parte da audiência final, que nos termos do art. 23, e seu parágrafos, da Lei n. 6.368/76, tem início com a oitiva das testemunhas de acusação.

No tocante ao mérito, cumpre esclarecer inicialmente que a materialidade do delito restou demonstrada pelo auto de apresentação e apreensão de fl. 14, pelo auto de exame de constatação de fl. 13, e pelo laudo pericial definitivo de fls. 55/58, os quais comprovam que foram apreendidos 5,615kg, de cloridrato de cocaína, substância entorpecente que pode causar dependência física ou psíquica, motivo pelo qual seu uso é proibido em todo o país, estando relacionada na Portaria n. 344 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde e na Resolução n. 147 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

De outro lado, não resta dúvida acerca da autoria, ante os depoimentos dos Policiais Federais que efetuaram a prisão em flagrante, logo após a recorrente e sua comparsa, Andrea Arteta, desembarcarem de um ônibus, na rodoviária de Balneário Camboriú, transportando, cada uma, três tabletes da droga apreendida, acondicionados em sacolas de cor preta.

A recorrente busca sua absolvição, aduzindo que não há comprovação de sua participação no tráfico de drogas, pois, na verdade, foi contratada por uma mulher desconhecida para efetuar o transporte de uma sacola de cor preta, até Balneário Camboriú, ignorando seu conteúdo, em troca da quantia de mil reais.

A prova da autoria é resumida aos depoimentos dos agentes federais que participaram da diligência, os quais são plenamente válidos e admissíveis para ensejar o decreto condenatório. Afirmou o agente da polícia federal Wilson Antônio Claret Guollo:

“Que o depoente e outros policiais estavam na rodoviária de Balneário Camboriú fazendo campanha para abordar pessoas que vinham da empresa Eucatur que trazia passageiros de Guaíra/PR a esta Cidade; que as duas acusadas desembarcaram do ônibus da Eucatur e cada uma com uma bolsa foram direto a um táxi que se encontrava estacionado e então os policiais fizeram a abordagem; que os policiais foram vistoriar os documentos e perceberam que elas ficaram nervosas e então foram vistoriar as bolsas; que revistada a bolsa da acusada Teofila que é paraguaia encontraram 3 tabletes de cocaína envoltos em fita crepe, e na bolsa da acusada

Andréia encontraram também 3 tabletes de cocaína, 2 envoltos em fita crepe bege e 1 um fita crepe cinza; que as acusadas uma vez apreendida a droga disseram que iam levar para um desconhecido e na delegacia nada falaram; que quando os policiais estavam levando as acusadas para a cadeia elas disseram que iriam levar a droga nas Casas da Água para entregar para um tal Gerry” (fl. 64v.)

Idêntica é a versão do também agente da polícia federal, Carlos Henrique Asato (fl. 65), e do terceiro policial envolvido na diligência, ouvido apenas na fase policial. Cumpre esclarecer que os depoimentos dos agentes federais merecem integral credibilidade, uma vez que não foram contraditados e não paira nenhuma suspeita de má-fé sobre eles. Além disso, quedaram-se harmônicos com o conjunto probatório, que demonstra perfeitamente a apreensão da droga em poder da apelante, em montante considerável (três tabletes de cocaína em poder da apelante e mais outros três em poder da co-ré, totalizando 5,615kg).

Tem-se decidido neste Tribunal:

“O testemunho de agente policial isento de má-fé – que não foi contraditado, nem tampouco invocado de suspeição – é tido como suficiente para embasar um decreto condenatório” (TJSC, Apelação Criminal n. 2002.004163-7, de Joaçaba, relator Des. Solon d’Eça Neves, julgado em 7/5/2002, publicada no DJSC n. 10.960, de 5/6/2002).

“Os depoimentos policiais devem ser cridos até prova em contrário. Não teria sentido o Estado credenciar agentes para exercer o serviço públi-

co de repressão ao crime e garantir a segurança da sociedade e ao depois negar-lhe crédito quando fossem dar conta de suas tarefas no exercício de funções precípua' (TJRJ — RDJTJRJ 7/287)" (TJSC, Apelação Criminal n. 99.000068-0, de Criciúma, rel. Des. Nilton Macedo Machado, Segunda Câmara Criminal, julgada em 24/3/1999).

O fato de não haver prova de que as acusadas tenham praticado o comércio de produtos entorpecentes não descaracteriza o crime tipificado no art. 12 da Lei n. 6.368/76, haja vista as circunstâncias em que os fatos ocorreram e a grande quantidade de cocaína que transportavam, pois o art. 12 da Lei n. 6.368/76 reprime não somente o comércio de substância entorpecente, mas também a posse e o transporte da mercadoria (caso dos autos), entre outras figuras típicas, com vistas à comercialização, o que se aquilata pelo montante da droga apreendida, pela sua procedência e seu destino, pelas circunstâncias da apreensão, e outros elementos dentre aqueles estabelecidos no art. 37 da Lei Antitóxicos, que orientam a decisão para se reconhecer o tráfico de entorpecente.

Não é crível o pedido de absolvição, fundado na alegação de desconhecimento do conteúdo da sacola que transportava, em virtude de que os policiais confirmaram, em suas declarações, que as acusadas ficaram nervosas quando da abordagem, mesmo antes de ser descoberto o produto entorpecente, com o simples pedido de verificação dos documentos, demonstrando ciência acerca do que havia nas sacolas. Além do mais, ninguém ofertaria à recorrente a quantia de mil reais para trazer, de ônibus, em viagem de

longa distância, uma sacola sem conteúdo algum ou com produtos lícitos.

É pretendida também a reforma da sentença visando à exclusão da causa especial de aumento de pena do art. 18, III, da Lei n. 6.368/76, com o argumento de que não restou demonstrada a associação para a prática do delito, entretanto, a instrução criminal comprovou o contrário.

Os depoimentos dos policiais foram uníssonos no sentido de que as acusadas Teofila Irala e Andrea Arteta cometeram o delito em concurso, haja vista que saíram do mesmo ônibus e juntas dirigiam-se ao mesmo e único táxi, quando, então, foram abordadas. Ademais, confirmaram a associação na prática do crime, quando eram levadas ao presídio, afirmando aos policiais que a droga seria entregue para um tal de Gerry, em Balneário Camboriú. Totalmente infundada é a afirmação que não se conheciam e que uma não viu a outra antes do momento em que, "coincidentemente", dirigiram-se para o mesmo táxi, haja vista que forneceram o mesmo endereço residencial, na fase policial, e indicaram exercer a mesma profissão, e os bilhetes de passagens apreendidos em poder das acusadas indicam que ambas utilizaram um ônibus da empresa Euatur, que fez o percurso Guaira/PR — Balneário Camboriú/SC, no dia 22/11/2001, sentadas lado a lado, ante a numeração dos bilhetes indicar as poltronas ns. 17 e 18.

Verificado o concurso de agentes, para a prática do crime definido no art. 12 da Lei n. 6.368/76, não há como fugir da aplicação da causa especial de aumento de pena contida no art. 18, inciso III, do mesmo Estatuto,

que se contenta com a simples co-autoria, já que contempla associação meramente eventual, ao contrário do que exigiria o art. 14.

Sobre o tema, leciona Vicente Greco Filho:

“(…) para o caso da majorante basta o concurso, isto é, a participação de duas ou mais pessoas na prática de uma das infrações penais da lei” (Tóxicos: prevenção-repressão, São Paulo, Saraiva, 1996, 11ª ed., págs. 119/120).

A respeito da matéria o Supremo Tribunal Federal orienta:

“1. A associação eventual ou *concursum delinquentium*, causa majorante da pena nos delitos de entorpecentes, prevista na lei extravagante, equivale ao concurso de pessoas no direito penal codificado. 2. O legislador extremou no inciso III do art. 18 da Lei n. 6.368/76 duas hipóteses distintas: de um lado, decorrer o delito de associação criminosa, e, de outro, visar a menores ou hipossuficientes. Se houve o crime definido no art. 12 da Lei de Tóxicos, e para praticá-lo associaram-se duas ou mais pessoas — embora assim tenham procedido para o fim único — da prática de um só crime, cabe o acréscimo da qualificadora prevista no item III do art. 18 da mesma Lei” (STF, RTJ 157/199).

O Superior Tribunal de Justiça não discrepa:

“Tóxico. Concurso de agentes. Causa de aumento de pena. Lei n. 6.368/76, art. 18, III. Associação eventual. A majorante prevista no art. 18, III, da Lei n. 6.368/76, ocorre quando a associação criminosa é meramente eventual, configurativa de simples concurso de agentes (co-au-

toria ou participação), sem que haja quadrilha previamente organizada, pois nesta última hipótese a *societas criminis* consubstancia crime autônomo, previsto no art. 14 do mesmo diploma legal. Recurso conhecido e provido” (Recurso Especial n. 32.339-7, j. em 18/9/95, rel. Min. Vicente Leal).

Por fim, é pretendida a substituição da pena privativa de liberdade aplicada por pena restritiva de direitos, o que se mostra incabível, pois o tráfico de entorpecente é crime equiparado a hediondo, e o disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, determina o cumprimento da pena em regime integralmente fechado.

Outrossim, a Lei n. 9.714/98, que introduziu modificações ao art. 44 do Código Penal, quanto à substituição de penas privativas de liberdade de até 4 (quatro) anos, por restritivas de direitos, tem sua aplicação aos crimes hediondos ou equiparados a que se refere a Lei n. 8.072/90 obstada pelo disposto no art. 12 do Código Penal:

“Art. 12. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”.

E, na hipótese em causa, a lei especial dispôs de modo diverso, vedando aos crimes hediondos ou a eles equiparados a progressão de regime, além de fixar o cumprimento integral da pena em regime fechado e outras restrições.

Sobre a matéria, leia-se excerto da doutrina:

“Apesar de a pena mínima cominada para esses ilícitos ser de três anos, parece-nos absolutamente inviável a aplicação dos benefícios da nova lei aos traficantes. Com efeito,

existe lei especial tratando do tema, qual seja, a Lei n. 8.072/90 que, em seu artigo 2º, § 1º, estabelece o cumprimento integral da pena em regime fechado para os crimes hediondos, tráfico de entorpecentes e terrorismo. As novas regras são genéricas e, portanto, não podem se sobrepor à lei especial que é expressa a respeito do assunto. Como substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, se existe lei dispondo o cumprimento integral em regime fechado? Ademais, chega a ser extremamente estranho que o Juiz imponha uma pena substitutiva ao traficante e, caso este descumpra a pena imposta, seja revogado o benefício e tenha ele de cumprir a pena privativa de liberdade no sistema integralmente fechado” (Victor Eduardo Rios Gonçalves. Promotor de Justiça/SP e Professor de Direito Penal e Processo Penal; *in* Boletim IBCrim n. 75, abril 1999, encarte especial, págs. V e VI).

Colhe-se da jurisprudência do STJ:

“Tráfico de entorpecentes. Aplicação da Lei n. 9.714/98. A questão é se, no crime de tráfico de entorpecentes, aplica-se a Lei n. 9.714/98, que instituiu as penas alternativas substitutivas das privativas de liberdade, quando o prazo de apenamento for inferior ou igual a quatro anos, preenchidas as condições. Prosseguindo no julgamento, a Turma decidiu que, no caso, as alterações genéricas previstas nessa Lei devem ser aplicadas no ordenamento jurídico-penal, ressalvadas as disposições legais em sentido contrário, estabelecidas em legislação penal especial (art. 12 do CP). Portanto o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 continuaria em vigor, vez

que a aplicação do Código Penal é subsidiária e suas regras incidem na lei especial onde não houver vedação” (STJ — RHC n. 8.406/RJ, rel. Min. Felix Fischer, julgado em 30/6/1999).

Mais recentemente:

“Processo penal. *Habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes. Artigo 44 do Código Penal. Lei n. 9.714/1998. Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

“1. Na linha da jurisprudência amplamente majoritária na 3ª Seção do STJ, compreensão em relação à qual ressalvo meu ponto de vista, não é possível substituir por medida restritiva de direitos a pena privativa de liberdade imposta em condenação pela prática de crime de tráfico de entorpecentes.

“2. *Habeas corpus* denegado.

“Processual penal – *Habeas corpus* – Tráfico de entorpecente – Pena privativa de liberdade – Substituição – Impossibilidade – CP, art. 44 – Lei n. 9.714/1998” (STJ – HC n. 17.0082-0-SC, rel. Min. Paulo Gallotti, 6ª Turma, unânime, julgado em 18/10/2001 – *in* Boletim do STJ n. 8, 2ª quinzena de maio de 2002, págs. 59/60).

E deste Sodalício:

“Crime contra a saúde pública. Tráfico ilícito de entorpecentes (art. 12, *caput*, c/c art. 18, III, da Lei n. 6.368/76). (...) Crime equiparado a hediondo. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Impossibilidade. Reprimenda que deve ser resgatada integralmente no regime fechado. A substituição preconizada no art. 44 do CP, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 9.714/98, não é compatível com a prática de crimes considerados hedion-

dos” (TJSC – Ap. Crim. n. 02.006202-8, de São Francisco do Sul, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz).

Ademais, além de crime equiparado a hediondo, a apelante não preenche o requisito objetivo do art. 44, III, do CP, porque a pena a ela imposta é superior a quatro anos.

Nos termos do voto do Relator, por unanimidade, a Câmara negou provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. So-

lon d’Eça Neves. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 27 de agosto de 2002.

Gaspar Rubik,
Presidente, com voto;
Jaime Ramos,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.018486-7, DE ANITA GARIBALDI

Relator: Des. Jaime Ramos

Apelação criminal – Porte ilegal de arma — Art. 10, caput, da Lei n. 9.437/97 — Pena máxima de 2 (dois) anos e multa — Delito de menor potencial ofensivo — Incompetência do Tribunal de Justiça para julgamento do recurso — Não conhecimento e remessa à Turma de Recursos.

A Lei n. 10.259/2001, que tratou dos Juizados Especiais Federais, no seu art. 2º, parágrafo único, ampliou, com aplicação também na esfera estadual, a competência dos Juizados Especiais Criminais e, conseqüentemente, das Turmas de Recursos, para os crimes cujas penas máximas não excedam a 2 (dois) anos, com ou sem multa alternativa ou cumulativa, como ocorre na hipótese, razão pela qual os autos devem ser remetidos à correspondente Turma de Recursos (art. 82 da Lei n. 9.099/95).

O art. 20, parte final, da Lei n. 10.259/01, vedando a aplicação da referida norma aos Juizados Especiais Estaduais é inconstitucional, porque viola o princípio da isonomia previsto no art. 5º, caput, da Carta Magna de 1988.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.018486-7, da comarca de Anita

Garibaldi, em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, sendo apelado Célio Bernardo:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, não conhecer do recurso e determinar a remessa à Turma de Recursos competente.

Custas de lei.

Na comarca de Anita Garibaldi, o Ministério Público promoveu ação penal contra Célio Bernardo, denunciando-o como incurso nas penas dos arts. 121, *caput*, c/c o art. 14, inciso II, do Código Penal.

Pronunciado ao final do sumário da culpa, o acusado foi libelado e submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, o qual operou desclassificação própria, entendendo que não se tratava de tentativa de homicídio. Retornando à competência do Juiz Singular, este atribuiu ao réu a prática dos crimes de lesão corporal leve (art. 129, *caput*, do Código Penal), em relação ao qual foi extinta a punibilidade pela decadência; e porte ilegal de arma (art. 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97), em face do qual concedeu suspensão condicional do processo, pelo prazo de 2 (dois) anos, com as condições a serem cumpridas pelo réu durante o período de prova.

Concluído o prazo da suspensão condicional do processo, o Dr. Promotor de Justiça informou ao Juízo, em 18/3/2002, que o réu não cumpriu a condição de prestar serviços à comunidade, e postulou a revogação do benefício, facultando ao denunciado a possibilidade de justificação em audiência a ser designada (fls. 162/162v.).

A audiência resultou frustrada porque o acusado não foi encontrado, motivo pelo qual o Ministério Público reiterou o pleito de revogação da suspensão condicional do processo, a fim de que, complementada a sentença,

fosse aplicada a pena pelo crime de porte ilegal de arma.

Após manifestação da defesa, o Juízo declarou extinta a punibilidade do acusado, pelo transcurso do lapso temporal do período de prova sem que tivesse havido revogação.

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, sustentado, em resumo, que não se pode exigir que a revogação da suspensão do processo se dê dentro do prazo em que o acusado deveria cumprir as condições impostas; que a interpretação dada pela Magistrada ao art. 89 da Lei n. 9.099/95 tornou a norma inerte; que, no caso dos autos, como o acusado não cumpriu as condições, a suspensão condicional do processo poderia ter sido revogada, mesmo após o transcurso do prazo da suspensão, conforme orientação do STF.

Postulou, ao final, a revogação do benefício da suspensão do processo e, via de consequência, a complementação da sentença que condenou o réu pelo crime de porte ilegal de arma de fogo (art. 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97), aplicando a pena a ele referente.

Contra-arrazoado o recurso, ascenderam os autos a esta Superior Instância, perante a qual a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento do apelo, que deve ser remetido à Turma de Recursos competente para processar e julgar o inconformismo.

É o relato do necessário.

Com razão o ilustre parecerista. Do recurso não se pode conhecer.

As penas previstas no art. 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97, são de 1 (um) a 2 (dois) anos de detenção e multa.

Segundo o art. 61 da Lei n. 9.099/95, “Consideram-se infrações penais 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”.

A Lei n. 10.259/2001, que tratou dos Juizados Especiais Federais, no seu art. 2º, parágrafo único, ampliou ainda mais, com aplicação também na esfera estadual, a competência dos Juizados Especiais Criminais e, consequentemente, das Turmas de Recursos, para os crimes cujas penas máximas não excedam a 2 (dois) anos, com ou sem multa cumulativa ou alternativa.

A determinação contida na parte final do art. 20 da Lei n. 10.259/01, proibindo expressamente a extensão da referida norma à Justiça Estadual, há que ser tida como inconstitucional, uma vez que viola o princípio da isonomia a que se refere o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido é a lição de Luiz Flávio Gomes, *in* “Lei dos Juizados Especiais Federais (10.259/2001): Aspectos Criminais” (Wunderlich, Alexandre. Org. Escritos de Direito e Processo Penal. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2002, págs. 223/235):

“A Lei n. 10.259/2001, ao definir o que se entende por infração de menor potencial ofensivo (art. 2º), ampliou esse conceito e aplica-se também aos Juizados Estaduais (cf., nesse sentido, vários artigos no *site* do *ibxcrim.com.br*). A razão é simples: o legislador não se limitou a disciplinar

os delitos que são da competência exclusiva (*ratione materiae*) da Justiça Federal, como, por exemplo, o crime político, o crime de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro etc. Se assim tivesse procedido, jamais o art. 2º se estenderia aos Juizados Estaduais. Adotou, ao contrário, critério amplo, que envolve todos os crimes da sua competência. Ocorre que a grande maioria deles são também julgados pelas Justiças Estaduais”.

E arremata:

“É bem verdade que em vários momentos a Lei n. 10.259/2001 procurou deixar claro que sua aplicação era restrita ao âmbito federal (art. 1º no que não conflitar com esta lei, art. 2º para os efeitos desta lei, art. 20 vedada a aplicação desta lei na Justiça Estadual). Apesar disso, nossa posição é no sentido de que deve ser aplicado o novo conceito de infração de menor potencial ofensivo nos juizados estaduais. Por quê? Porque sobre o legislador ordinário está a vontade do Constituinte (a Constituição). Nenhum texto legal ordinário pode, sem justo motivo, discriminar situações. Se o crime da mesma natureza é julgado pela Justiça Estadual e Federal, deve receber o mesmo tratamento jurídico em ambas as jurisdições”.

Damásio E. de Jesus, defendendo a extensão aos Juizados Especiais Estaduais, do novo conceito de crime de menor potencial ofensivo trazido pela Lei n. 10.259/01, assim se pronunciou:

“Em suma, entendemos que o parágrafo único do art. 2º da Lei n. 10.259/01 derogou também a parte final do art. 61 da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/95), ampliando a sua extensão. Em conse-

quência, devem ser considerados delitos de menor potencial ofensivo, para efeito do art. 61 da Lei n. 9.099/95, aqueles aos quais a lei comine, no máximo, pena detentiva não superior a dois anos, ou multa, sem exceção. De maneira que os Juizados Especiais Criminais da Justiça Comum Estadual passam a ter competência sobre todos os crimes a que a norma de sanção imponha, no máximo, pena detentiva não superior a dois anos (até dois anos), ainda que tenham procedimento especial” (Notícias Forenses, outubro/2001, pág. 61).

Assim, com supedâneo nesses ensinamentos, tem-se que o crime tratado nos autos agora é considerado de menor potencial ofensivo, de modo que a competência para processar e julgar o feito é do Juizado Especial Criminal, com recurso para a correspondente Turma de Recursos, no caso, a da Capital.

Sobre o assunto esta Corte vem decidindo:

“Apelação criminal — Porte ilegal de arma de fogo — Crime cuja pena máxima é igual a dois anos — Aplicabilidade da Lei n. 10.259/01 — Incompetência em razão da matéria — Remessa à Turma de Recursos — Prejudicada a análise do apelo — Re-

curso não conhecido” (Apelação Criminal n. 2002.012403-1, de Campo Erê, rel. Des. Solon d'Eça Neves, julgada em 13/8/2002).

“*Habeas corpus*. Porte de arma de fogo (art. 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97). Infração de menor potencial ofensivo. Competência da Turma de Recursos. Não conhecimento.

“Compete às Turmas de Recursos o conhecimento de *habeas corpus* contra ato judicial praticado em ação penal por infração de menor potencial ofensivo” (*Habeas Corpus* n. 2002.012769-3, de Rio do Sul, rel. Des. Newton Janke, julgado em 30/7/2002).

Dessa forma, decide-se pelo não conhecimento do recurso e pela remessa dos autos à egrégia Turma de Recursos da Capital.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon D'Eça Neves. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 24 de setembro de 2002.

Gaspar Rubik,
Presidente, com voto;
Jaime Ramos,
Relator.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO *HABEAS CORPUS* N. 2002.003501-7, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Sérgio Paladino

Embargos de declaração perseguindo expressa manifestação da Corte acerca de todos os argumentos deduzidos na inicial da impetração. Ausência de ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão no acórdão. Almejado questionamento. Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração no Habeas Corpus n. 2002.003501-7, da comarca de Itajaí (2ª Vara Criminal), em que é embargante Alvanir Brandão e embargada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, desprover o recurso.

Custas *ex lege*.

Alvanir Brandão opôs embargos de declaração ao acórdão que denevou a ordem de *habeas corpus* impetrada em seu favor pelo Dr. Marcelo Augusto Cordeiro, sustentando a existência de omissão, porquanto o acórdão atacado não apreciara todos os argumentos deduzidos pelo impetrante.

É o relatório.

Não procede o reclamo, à mínima de ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão no acórdão, revelando a petição de interposição que o recurso visa ao reexame das questões articuladas na inicial do *writ*.

Ora, não configura omissão a circunstância do acórdão não se haver fundado em argumento deduzido pelo inte-

ressado. Faz-se mister é que sua motivação observe a *res in iudicium deducta*, podendo alicerçar-se em fundamento jurídico e legal diverso do suscitado.

Além disso, ponto omissos é o que recai sobre a parte dispositiva do julgado, aquele que deveria ter sido decidido e não foi. Não diz respeito aos argumentos das partes, que podem ser alterados ou rejeitados implicitamente — *vide* JC 34/423.

Portanto, não padecendo o acórdão de qualquer das máculas que autorizariam o manejo do recurso, não há o que prover.

De outro lado, inclusive para o fim pretendido, qual seja, questionamento visando à admissão de recurso especial ou extraordinário, era imprescindível a existência de ao menos um dos vícios acima referidos, circunstância aqui não verificada.

Ante o exposto, negou-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Irineu João da Silva.

Florianópolis, 25 de junho de 2002.

Sérgio Paladino,
Presidente e Relator.

PROCESSO CRIME

PROCESSO CRIME N. 2001.021994-8, DE TAIÓ

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

Processo crime — Prefeito municipal — Oferecimento da denúncia e seu recebimento pelo togado a quo quando já empossado — Competência racione personae — Nulidade absoluta insanável — Anulação do processo desde o oferecimento da denúncia, inclusive — Pedido de arquivamento quanto a co-réu — Acolhimento — Proposta de conciliação exarada pelo Procurador-Geral de Justiça — Delegação de poderes ao togado a quo — Deferimento.

— A competência racione personae é absoluta, devendo ser declarada, inclusive, ex officio pelo Tribunal ad quem, não podendo haver convalidação dos atos praticados, o que ocasiona a declaração de suas nulidades, devendo o feito retornar ao membro do Ministério Público (in casu Procurador-Geral de Justiça), para as providências que entender cabíveis.

— “Tratando-se de competência originária, diante do pedido de arquivamento da representação, ao Tribunal só resta acolhê-lo” (Representação n. 01.000416-5, da Capital. Relator Des. Genésio Nolli).

— Sendo o delito perpetrado tipificado na Lei de Contravenções Penais, cabível a benesse descrita no art. 71 e seguintes da Lei n. 9.099/95 e, sendo ela proposta pelo Procurador-Geral de Justiça, poderá o órgão ad quem delegar poderes ao togado monocrático para ofertá-la.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Processo Crime n. 2001.021994-8, da comarca de Taió, em que é autora a Justiça Pública e

réus Ademir Niehues e Natalício Pivatto:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, anular o processo, desde o recebimento da denúncia, inclusive, determinando-se o arquivamento do feito relativamente ao acusado Natalício Pivatto, bem como atendendo ao requerido exarado pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, delega-se competência ao Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da comarca de Taió para a prática dos atos procedimentais previstos no artigo 71 e seguintes da Lei n. 9.099/95.

Custas na forma da lei.

II — Relatório

Na comarca de Taió (Vara Única), Ademir Niehues e Natalício Pivatto restaram denunciados, em data de 12/4/2001, por infração ao disposto no art. 51, *caput*, e § 1º da Lei de Contravenções Penais porque, consoante se infere da exordial acusatória (fls. 2/3):

“No dia 18 de abril de 2000, por volta das 15h50min, na Rua Coronel Feddersen, nesta Cidade, o acusado Natalício Pivatto foi apreendido pela Polícia Militar quando estava vendendo rifas de um veículo Fiat Uno Mille EX 2 portas, 0K, modelo 2000, de um televisor 14' e de uma bicicleta de 18 marchas, promovidas pelo Clube Esportivo e Recreativo Salete, sem autorização legal.

“Na oportunidade foram apreendidos, em poder do acusado, 16 blocos de rifa, sendo que um bloco já havia sido vendido.

“As referidas rifas, entre outras, foram promovidas pelo Clube Esportivo e Recreativo Salete, sob a responsabilidade do acusado Ademir

Niehues (fl. 16), igualmente sem autorização”.

Recebida a denúncia pelo douto Togado monocrático em data de 18/4/2001, restou designada data para realização do interrogatório dos acusados, sendo então acostada certidão da 46ª Zona Eleitoral de Taió em que apontado que o acusado foi diplomado como Prefeito da referida Comarca em data de 18/12/2000 e tomou posse em 1º/1/2001.

Determinada a remessa do presente feito a este Sodalício, ante a prerrogativa de função, encaminhou-se o feito à douta Procuradoria-Geral de Justiça, que exarou seu parecer às fls. 91/96.

É o relatório.

II — Voto

Pugna o digno Procurador-Geral de Justiça, preliminarmente, pela declaração de nulidade do feito, isso porque o processo encontra-se viciado desde sua origem, já que por tratar-se de competência *ratione personae*, competente para, inclusive, oferecer denúncia, a Procuradoria-Geral de Justiça, na pessoa de seu Procurador-Geral.

Efetivamente, ao compulsarmos os autos, percebemos que o ora acusado já era, à época em que restou denunciado, Prefeito do município de Taió, o que deslocaria a competência, inclusive para oferecimento da denúncia, a este grau de jurisdição, nos termos do art. 29, X, da Constituição Federal.

Entretanto, não foi este o procedimento adotado pelo douto Togado monocrático e representante do *Parquet a quo*. Não apenas ofereceu

denúncia, como recebida pelo Togado, inclusive, sem o procedimento específico determinado por lei.

A nulidade, *in casu*, é absoluta, contaminando todos os atos processuais praticados, isso porque, antes do oferecimento da denúncia, o acusado já era prefeito municipal, o que desloca a competência para o processamento e julgamento a este Soldado.

Por certo a incompetência é absoluta, isso porque decorrente de prerrogativa de função, cujos atos não se convalidam por ato de qualquer autoridade, posto que de nenhum efeito jurídico.

Na espécie, não há possibilidade material de convalidar-se a própria denúncia, posto que já não dispunha, o Dr. Promotor de Justiça na Comarca, de atribuição para formulá-la.

Nesse desiderato, aliás, as manifestações de Julio Fabbrini Mirabete, que assim assevera:

“Para que o juiz possa presidir e julgar o processo é necessário que seja competente, de acordo com os vários critérios legais, lhe é vedado conhecê-lo no todo ou em parte, ocorrendo nulidade se o fizer. Segundo a lei, porém, a incompetência do juízo anula somente os atos decisórios (art. 567, 1ª parte). Atos decisórios são aqueles em que se decide pelo mérito, ainda que em parte. Apesar do que dispõe o artigo 567, porém, a incompetência *ratione personae* e *ratione materiae* são de caráter absoluto, e pode ser alegada a qualquer momento, devendo o processo ser anulado *ab initio*. Assim, o princípio do aproveitamento dos atos proces-

suais só pode ser aceito na hipótese de incompetência *ratione loci*, causa de nulidade relativa, que deve ser alegada oportunamente” (*in* Processo Penal, Atlas, SP, 1998, 8ª ed., pág. 594) (grifo nosso).

No mesmo sentido, aliás, as lições de Fernando da Costa Tourinho Filho:

“Se o juiz não tiver competência *ratione personae* ou *ratione materiae*, a incompetência é absoluta” (*in* Código de Processo Penal Comentado, Saraiva, SP, 1996, pág. 204).

Nesse sentido, aliás, tem-se manifestado a jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“Processual penal. Prefeito municipal. Crime de imprensa. Ação penal. Recebimento da denúncia. Competência *ratione personae*. Nulo o recebimento da denúncia pelo relator, não preclui a arguição da nulidade absoluta, máxime se da declaração decorre a prescrição biennial fixada pelo art. 41 da Lei de Imprensa” (REsp n. 78583/MG rel. Min. José Dantas).

Assim, absoluta a nulidade ora perpetrada, isso porque trata-se de competência em função do cargo a que exerce o acusado, devendo ser anulados todos os atos praticados desde o recebimento da denúncia, inclusive, para que outra seja formalizada pelo titular da *actio*, *in casu*, o douto Procurador-Geral de Justiça, como bem apontou em seu parecer.

Percebe-se, entretanto, que ao exarar seu parecer, o Procurador-Geral de Justiça já se manifestou acerca de seu entendimento sobre o fato delituoso, pugnando, então, pelo arquivamento do feito em relação ao acu-

sado Natalício Pivatto, do que passamos a analisar.

A jurisprudência já consagrou o entendimento de que, em tema de processo da competência originária do Tribunal de Justiça, em que o Ministério Público de segunda instância é o titular exclusivo da prerrogativa de deflagrar a ação penal, sendo então detentora do *dominus litis*, como no caso em comento, em se tratando de pedido de arquivamento do caderno investigatório, seu acolhimento é medida que se impõe.

A respeito, pondera Fernando da Costa Tourinho Filho:

“Na hipótese de ação penal originária, isto é, da que se promove junto ao Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunais Regionais Federais, se o Procurador-Geral de Justiça ou da República, dentro em suas respectivas áreas, entender dever o inquérito ser arquivado, outra posição não poderá tomar o Tribunal senão a de acolher o pedido, pelo simples fato de o arquivamento ter sido solicitado pelo próprio Chefe da Instituição” (Código de Processo Penal Comentado, 4ª ed., São Paulo, Sarai-va, 1999, pág. 92).

Nesse sentido, aliás:

“Inquérito instaurado contra Prefeito Municipal — Arquivamento requerido pelo Ministério Público — Deferimento.

‘Quando a competência originária for dos tribunais, se o Procurador-Geral pede o arquivamento, não há como deixar de atendê-lo’ (RT 629/385)” (Inquérito n. 96.004167-2,

de Abelardo Luz, rel. Des. Souza Varella).

“Inquérito contra Prefeito Municipal. Pedido de arquivamento formulado pela Procuradoria-Geral de Justiça. Atendimento.

“Quando o feito é de competência originária do Tribunal de Justiça, requerido o arquivamento do inquérito pelo Procurador-Geral, nada mais cabe à Superior Instância que acolher o pedido (RT 498/271 e RTJ/104/1.003)” (Inquérito n. 98.002168-5, de São Domingos, rel. Des. José Roberge).

Assim sendo, concluindo o Chefe do Ministério Público estadual inexistir elementos capazes de justificar a deflagração da ação penal, o arquivamento do Inquérito em relação ao co-autor Natalício Pivatto se impõe, a teor do disposto no artigo 3º, inciso I, da Lei n. 8.038/90.

Ademais, depreende-se que o suposto crime a que poderá ser processado o prefeito da cidade de Taió, Ademir Niehues, é daqueles em que admissível a transação penal apontada no artigo 72 da Lei n. 9.099/95, nos precisos termos exarados no parecer do Procurador-Geral de Justiça, Dr. José Galvani Alberton, que assim exarou:

“A reprimenda abstratamente prevista para a conduta de extração de loteria não autorizada, nos termos do art. 45 do Decreto-Lei n. 6.259/44, é de 1 a 4 anos de prisão simples, multa e perda, em favor da Fazenda Nacional, de todos os aparelhos de extração, mobiliário, utensílios e valores pertencentes à loteria.

“Tal dispositivo é precedido pela expressão ‘das contravenções’, si-

tuação esta que, aliada à previsão de imposição de sanção consistente em prisão simples, leva à segura conclusão de tratar-se de figura contravençional.

“Por sua vez, o art. 61 da Lei n. 9.099/95 expressamente define como infrações penais de menor potencial ofensivo as contravenções e os crimes aos quais a lei comine pena máxima não superior a um ano.

“Havendo restrição de prazo máximo de pena fixada apenas em relação aos crimes, resta evidente que, no tocante às contravenções, inexistente qualquer limitação quanto à reprimenda prevista, sendo todas elas consideradas como infrações de menor potencial ofensivo.

“Desta forma, todos os dispositivos constantes da Lei n. 9.099/95 têm integral aplicação *in casu*, razão pela qual, antes mesmo da deflagração de que trata o art. 76 do diploma legal antes mencionado” (fls. 94/95).

Assim, visando a facilitar a prática dos atos procedimentais previstos nos artigos 71 e seguintes da Lei n. 9.099/95 é delegada competência ao Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da comarca de Taió, dando-se ciência da data, em que serão realizados, ao

Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral de Justiça.

III — Decisão

Ante o exposto, por votação unânime, anula-se o processo, desde o recebimento da denúncia, inclusive, determinando-se o arquivamento do feito relativamente ao acusado Natalício Pivatto, bem como atendendo o requerido exarado pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, é delegada competência ao Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da comarca de Taió para a prática dos atos procedimentais previstos no artigo 71 e seguintes da Lei n. 9.099/95.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite, e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer, o Exmo. Sr. Dr. José Galvani Alberton.

Florianópolis, 6 de agosto de 2002.

Sérgio Paladino,

Presidente para acórdão;

Sérgio Roberto Baasch Luz,

Relator.

RECURSO DE AGRAVO

RECURSO DE AGRAVO N. 2002.011301-3, DE CRICIÚMA**Relator: Des. Irineu João da Silva**

Prisão domiciliar — Agente que foi condenado pela prática de crime hediondo (homicídio qualificado) — Alegação de precárias condições de saúde — Ausência de prova inconteste — Atendimento médico no presídio, se necessário — Impossibilidade da segregação em domicílio — Recurso ministerial provido — Decisão cassada.

Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Recurso de Agravo n. 2002.011301-3, da comarca de Criciúma (1ª Vara), em que é recorrente a Justiça Pública, por seu Promotor, e recorrido Pedro Bernardo Felisberto:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para cassar a decisão que concedeu prisão domiciliar ao recorrido.

Custas na forma da lei.

Trata-se de recurso de agravo interposto pelo representante do Ministério Público em exercício na 1ª Vara Criminal da comarca de Criciúma, contra decisão que deferiu pedido de prisão domiciliar a Pedro Bernardo Felisberto, condenado à pena de 14 (quatorze) anos de reclusão, em regime fechado, por infração ao artigo 121, § 2º, incisos II, III e IV, do Código Penal.

Com as contra-razões e mantida a decisão atacada, os autos ascenderam a esta instância, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Luiz Fernando Sirydakís, pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

1. Dentro do aspecto legal, não há negar razão aos representantes do Ministério Público, pois as disposições legais pertinentes apontam contrariamente à pretensão do recorrido. Homem, não maior de 70 (setenta) anos, está cumprindo a pena em regime fechado e não há prova inconteste de que esteja acometido de doença grave (LEP, art. 117). A tuberculose, como é de notório saber, tem cura, e já não é mais considerada doença grave, como nos primórdios.

Julio Fabbrini Mirabete, ao comentar o citado artigo, ressalta que “a prisão domiciliar é uma espécie reservada aos condenados que cumprem pena em regime aberto, sendo absolutamente incompatível com outro (semi-aberto ou fechado). Assim, por exemplo, não basta estar acometido por doença grave para obter o benefício” (Execução Penal, 6ª ed., São Paulo: Atlas, 1996, pág. 275).

Por outro lado, o núcleo irradiante da argumentação proposta é o princípio da dignidade humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III), representado no rol das faculdades e garantias individuais, entre outros, pelo direito de ser tratado como pessoa, fórmula positiva da proposição universal negativa de que “ninguém será submetido a tratamento desumano”

(CF, art. 5º, III), que é absoluto, contra ele não merecendo sublevar-se qualquer outro direito para atenuá-lo, colocá-lo em perspectiva ou ab-rogá-lo. Sequer a segurança da sociedade justifica que um de seus membros, o pior deles, seja tratado desumanamente (*vide* Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro: Campus, 1992, págs. 20/42).

Ao contrário do que pensam alguns, tal princípio não tem um caráter vago que peca por uma generalidade abstrata que poderia cimentar apenas um ideal de sociedade. Sua concreitude ocupa todos os espaços da compreensão de dignidade humana. Entretanto, como os homens, por uma especial e inata predisposição epistemológica, mais entendem o que não é uma coisa do que propriamente o que ela é, a dignidade examinada aparece inicialmente como o atributo que não tolera que qualquer pessoa seja submetida “a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (Constituição da República, art. 5º, III).

O recorrido é pessoa de idade avançada (66 anos), impondo uma atenção mais acurada, no tocante às condições da carceragem, levando-se em conta as obrigações do Estado, não obstante a necessidade de cumprimento de sua parte para com a sociedade, diante do delito por ele praticado e da conseqüente condenação que lhe foi imposta.

Não se olvida das condições precárias dos estabelecimentos penais do país. A própria Lei de Execução Penal (art. 2º, parágrafo único) induz à premissa de que o réu não pode vir a sofrer pela falta de estrutura, negligência ou deficiência do sistema car-

cerário, em outras palavras, do Poder Público. No entanto, também assegura que “a assistência à saúde do preso e do internado, de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico”, podendo ser prestada em outro local, quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para tanto (art. 14).

Mas a concessão do pedido não se lastra na situação acima exposta. O recorrido foi condenado pela prática de crime hediondo (art. 121, § 2º, II, III e IV) e o pedido foi deferido na origem (fls. 12/13), esclarecendo a ilustre Magistrada que ele está acometido de doença incurável (câncer pulmonar). No entanto, como bem acentuou o recorrente, não há prova disso nos autos e, na verdade, ele estava em tratamento de tuberculose pulmonar, cujo término era previsto para meados de junho próximo passado (fl. 126).

Por outro lado, em face do caráter *rebus sic stantibus* da execução penal, a qual está sujeita a mudanças e alterações no tocante à efetivação do título penal executório, fatos extintivos podem ocorrer que tirem a sua eficácia, além do que, outros fatos, de caráter modificativo, podem alterar a forma e extensão dos atos executórios. Por isso a legislação faz previsão de situações de alto risco, de doença grave ou acentuada debilidade do recluso, no sentido de conceder-lhe situações excepcionais para o cumprimento da pena, mas isso não se amolda à espécie, diante da ausência de prova incontestada da gravidade da moléstia, razão pela qual a decisão deve ser cassada, sem prejuízo de nova análise da matéria, no Juízo da execução.

Nesse sentido, José Frederico Marques ensina, com propriedade, que “não se altera, então, o que foi decidido, mas apenas os efeitos do julgado. A parte da sentença que incide sobre o preceito primário da norma penal incriminadora permanece íntegra, pois as alterações na sanção penal executável ‘nada alteram o efeito de coisa julgada, que produz o processo em que recaiu a sentença condenatória’. Além disso, nessas modificações não podem ser feitas mudanças ampliativas da sanção penal em detrimento da liberdade do réu.

“A coisa julgada penal, por outro lado, não pode impedir a realização do princípio da individualização da pena, regra programática da Constituição. A coisa julgada mantém-se intacta no tocante à decisão sobre a prática da infração penal. O que ficou declarado no *judicium* permanece inquestionável e intangível. O título executório é que sofre alterações, adaptando-se a fatos jurídicos e à

vontade da lei. Situações supervenientes, às quais o juiz da execução deve atender, submetem o título executório a essas mudanças; mas a parte declaratória da sentença de condenação não se altera nem sofre modificações” (Elementos de Direito Processual Penal, vol. III, Ed. Book-seller, 1997, pág. 85).

2. Diante do exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento, para cassar a decisão que concedeu prisão domiciliar ao recorrido.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Baasch Luz, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakís.

Florianópolis, 13 de agosto de 2002.

Sérgio Paladino,
Presidente com voto;
Irineu João da Silva,
Relator.

**JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL
E ADMINISTRATIVA**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1999.007875-2, DA CAPITAL

Relator: Des. Silveira Lenzi

Ação direta de inconstitucionalidade. Vício formal de alguns dispositivos da Lei Estadual n. 10.790/98. Projeto de lei de iniciativa privativa do Governador do Estado. Emendas parlamentares que redundaram em aumento de despesas. Afronta aos arts. 50, § 2º, inc. II, e 52, inc. I, da Constituição do Estado de Santa Catarina.

São de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que disponham sobre o aumento da remuneração de cargos e funções públicas da administração direta, autárquica e fundacional, não sendo admitido o aumento de despesas nesses projetos, ressalvado o disposto no art. 122, §§ 3º e 4º, da Carta Magna Estadual.

Ação julgada procedente. Inconstitucionalidade declarada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1999.007875-2, da comarca da Capital, em que é requerente o Procurador-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina, sendo requerida a Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal Pleno, por votação unânime, julgar procedente o pedido, declarando a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 1º, e dos arts. 2º, 3º e 4º da Lei Estadual n. 10.790/98.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina propõe ação direta de inconstitucionalidade, visando a ver declarada a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 1º, e os arts. 2º, 3º e 4º, todos da Lei Estadual n. 10.790, de 3 de julho de 1998, promulgada pelo Presidente da Assembléia Legislativa do Estado.

Aduz que o Governador do Estado encaminhou à Casa Legislativa projeto de lei estabelecendo linha de correlação no âmbito das extintas

Fundação Catarinense de Desenvolvimento de Comunidade — Fucadesc e Fundação Catarinense do Bem Estar do Menor — Fucabem, para efeitos de aplicação da Lei Complementar n. 83 de 18 de março de 1993.

Salienta que por meio de quatro emendas aditivas a Assembléia modificou substancialmente o projeto encaminhado pelo Governador, tendo as alterações ampliado o número de servidores com direito à Gratificação de Atividades Fazendárias; e que os referidos dispositivos inseridos foram vetados pelo Governador do Estado. Porém, os vetos apostos foram derrubados pelo Poder Legislativo estadual, o que determinou a promulgação das referidas normas pelo Presidente daquela Casa Legislativa.

Afirma que a inconstitucionalidade resta configurada, pois as referidas emendas acarretaram o aumento das despesas com o pessoal vinculado ao Poder Executivo, e tratam, ainda, de aumento da remuneração de servidores da Administração Pública, o que fere o disposto nos arts. 50, § 2º, inc. II, e 50, inc. I, da Constituição Catarinense.

Requer, liminarmente, a suspensão dos efeitos dos §§ 1º e 2º do art. 1º, e dos arts. 2º, 3º e 4º da Lei n. 10.790/98 e, ao final, a procedência da ação para declarar a inconstitucionalidade dos citados dispositivos legais.

A liminar concedida por este Relator foi referendada pelo egrégio Órgão Especial.

A Assembléia Legislativa do Estado, por seu presidente, prestou informações (fls. 84/88).

Foi apresentada defesa dos dispositivos impugnados pelo Procurador-Geral do Estado (fls. 95/102) e pela Procuradoria da Assembléia Legislativa Estadual (fls. 106/111).

II — Voto

Inquestionável é a competência desta Corte para as ações diretas de inconstitucionalidade de lei estadual, contestada em face da Constituição Estadual (art. 83, inc. XI, alínea *f*, da CE), e a legitimidade ativa *ad causam* do Procurador-Geral de Justiça para o aforamento da presente demanda (art. 85, inc. III, da CE).

Verifico a razoabilidade do Dr. Procurador-Geral de Justiça em sua intenção de ver declarada a inconstitucionalidade dos mencionados dispositivos da Lei Estadual n. 10.790/98, atacados pela inobservância de requisito formal.

Dispõe o art. 50, § 2º, inc. II, da Constituição do Estado de Santa Catarina, que:

“A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

“§ 2º — São de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que disponham sobre:

“II — a criação de cargos e funções públicas na administração direta, autárquica e fundacional ou aumento de sua remuneração” (grifei).

E, ainda, o art. 52, inc. I, da referida Carta Magna, preleciona que: “não será admitido aumento da des-

pesa prevista: I — nos projetos de iniciativa exclusiva do Governador do Estado, ressalvado o disposto no art. 122, §§ 3º e 4º”.

Ives Gandra Martins explica o porquê da exclusividade de competência ao Chefe do Poder Executivo:

“A matéria enunciada pela letra a diz respeito a questões de ordem administrativa afetas ao Poder Executivo. Em face da autonomia do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, no que diz respeito à sua administração direta, são estes poderes autônomos, cabendo-lhes, portanto, a iniciativa das leis.

“Por esta razão, há de se entender que a letra a é fundamentalmente dirigida à Administração direta do Poder Executivo e à Administração indireta. Esta não pode pertencer aos outros poderes (...).

“(...) tudo o que diz respeito à Administração Pública diz também respeito aos orçamentos, sendo o Executivo seu principal condutor.

“O fato de o sistema atual admitir a convivência de um orçamento executado sem ter sido aprovado pelo Congresso, em face da inexistência de expressa menção ao princípio da anualidade, visto que tal princípio apenas é aplicável à lei de diretrizes orçamentárias, infelizmente sem forças para amarrar a lei orçamentária posterior, não exclui as dificuldades inerentes à execução, sendo que qualquer aumento de vencimentos ou criação de novas funções pode acarretar desequilíbrio de porte.

“Por esta razão, houve por bem o constituinte ofertar competência de atribuições exclusiva, para efeitos de deflagração do processo legislativo,

ao Presidente da República” (Comentários à Constituição do Brasil, Celso Ribeiro Bastos, São Paulo, Saraiva, 1995, vol. 4, págs. 399/400).

Ocorre que o Governador do Estado encaminhou o Projeto de Lei n. 204.2/98 — que redundou na Lei Estadual n. 10.790/98 —, com a seguinte redação:

“Art. 1º. Para efeitos de aplicação do disposto na Lei Complementar n. 83, de 18 de março de 1993, no âmbito das extintas Fundação Catarinense de Desenvolvimento de Comunidade — Fucadesc e Fundação Catarinense do Bem Estar do Menor — Fucabem ficam estabelecidas as linhas de correlação constantes dos anexos I e II, parte integrante da Lei.

“Art. 2º. As despesas decorrentes da aplicação desta Lei correrão à conta das dotações próprias do orçamento do Estado.

“Art. 3º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

“Art. 4º. Revogam-se as disposições em contrário”.

Entretanto, ao referido Projeto de Lei foram acrescidas quatro emendas aditivas parlamentares, vetadas pelo Governador, cujos vetos foram derrubados pela Assembléia Legislativa, que promulgou a Lei n. 10.790/98, com a seguinte redação:

“Art. 1º. (...)

“§ 1º. O disposto no *caput* deste artigo aplica-se à Fundação Catarinense do Trabalho — Fucat.

“§ 2º. O disposto no *caput* deste artigo aplica-se à Fundação Hospitalar de Santa Catarina — FHSC e ao Departamento Autônomo de Saúde Pública — DSP.

“Art. 2º. A vantagem prevista no art. 7º da Lei n. 9.751, de 6 de dezembro de 1994, passa a ser devida aos servidores lotados e em efetivo exercício na Secretaria de Estado da Administração.

“Art. 3º. Fica estendida a aplicação do artigo 1º da Lei n. 9.818, de 29 de dezembro de 1994, no âmbito do Departamento de Estradas de Rodagem — DER/SC, às funções de Coordenador de Reconstrução e Programas Especiais — DAS-1 e Assessor — DAS-2, conforme linha de correlação constante no Anexo III, parte integrante desta Lei.

“Art. 4º. Fica estendida a aplicação do art. 1º da Lei n. 10.782, de 26 de junho de 1998, no âmbito do extinto Departamento Autônomo de Edificações — DAE, a função de Assessor — DAS-2, conforme linha de correlação constante do Anexo IV, parte integrante desta Lei”.

Ora, denota-se claramente que as emendas parlamentares acrescentadas ao Projeto de Lei n. 204.2/98 abarcaram matéria de competência exclusiva do Chefe do Executivo, pois aumentaram as despesas relativas a pagamento de pessoal, ampliando, inclusive, o número de servidores com direito à Gratificação de Atividades Fazendárias, e estabelecendo linha de correlação.

A respeito do poder de emenda, Hely Lopes Meirelles leciona que negá-lo totalmente é: “suprimir uma prerrogativa institucional do Legislativo, mas permiti-lo sem limites é invalidar o controle de um Poder sobre seus serviços e seu orçamento, cuja competência lhe é dada pela própria Constituição da República. *Daí por*

que a Carta Magna veda expressamente emendas que aumentem a despesa prevista na proposta de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo (art. 63, I) e do Legislativo ou do Judiciário (art. 63, II)” (Direito Administrativo Brasileiro, 24ª ed. rev. atual., São Paulo, Malheiros, 1999, pág. 375) (grifo nosso).

Ainda leciona o constitucionalista Alexandre de Moraes que: “o processo legislativo é verdadeiro corolário do princípio da legalidade, (...) que deve ser entendido como, ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de espécie normativa devidamente elaborada de acordo com as regras do processo legislativo constitucional’ (arts. 59 a 69 da Constituição Federal). *Assim sendo, a inobservância das normas constitucionais de processo legislativo tem como consequência a inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo produzido, possibilitando pleno controle repressivo de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, tanto pelo método difuso quanto pelo método concentrado” (Direito Constitucional, 9ª ed., São Paulo, Atlas, 2001, págs. 559/560).*

Assim, forçoso reconhecer a inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Lei Estadual n. 10.790/98, a saber: §§ 1º e 2º do art. 1º, e dos arts. 2º, 3º e 4º, em virtude de vício formal na elaboração da referida lei, pois a iniciativa de projeto de lei que dispõe sobre o aumento da remuneração de cargos e funções públicas da administração direta, autárquica e fundacional é de iniciativa privativa do Governador do Estado, não sendo admitido o aumento de despesas nesses projetos por meio de emendas parla-

mentares, ressalvado o disposto no art. 122, §§ 3º e 4º, da Carta Magna Estadual — que diz respeito a projeto de lei de diretrizes orçamentárias —, o qual não se enquadra no caso em exame.

A respeito, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“I. Processo Legislativo da União. Observância compulsória pelos Estados de seus princípios básicos, por sua implicação com o princípio fundamental da separação e independência dos Poderes. Jurisprudência do Supremo Tribunal.

“II. Processo legislativo. Emenda de origem parlamentar. Projeto de iniciativa reservada a outro Poder. Inconstitucionalidade, quando da alteração resulte aumento de despesa conseqüente ao projeto inicial. Precedentes” (ADin n. 774-2, Min. Sepúlveda Pertence, julgada em 10/12/98, DJU de 26/2/99).

E, também, este Tribunal de Justiça:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Projeto de lei de iniciativa do prefeito municipal. Emenda substitutiva acarretando aumento de despesas. Flagrante violação do artigo 52, § 2º, inc. II, da Constituição Estadual. Precedentes.

“Não cabe ao legislador municipal fixar normas que envolvam vantagens remuneratórias aos servidores públicos municipais acarretando, de forma indireta, aumento de despesa pública, atividade esta da estrita iniciativa e competência do Chefe do Poder Executivo” (Ação Direta Inconstitucionalidade n. 136, de Joaçaba, Des. Álvaro Wandelli, julgada em 17/9/97).

III — Decisão

Diante do exposto, julga-se procedente o pedido, declarando-se a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 1º, e dos arts. 2º, 3º e 4º da Lei Estadual n. 10.790/98.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra, Sérgio Paladino, Maurílio Moreira Leite, João Martins, Francisco Oliveira Filho, Alcides Aguiar, Alberto Costa, Anselmo Cerello, Jorge Mussi, Gaspar Rubik, Pedro Manoel Abreu, Orli Rodrigues e Trindade dos Santos.

Florianópolis, 16 de outubro de 2002.

Amaral e Silva,
Presidente com voto;
Silveira Lenzi,
Relator.

ARGÜIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 1997.004461-5, DE BLUMENAU

Relator: Des. João Martins

Argüição de inconstitucionalidade — Agravo de instrumento — Lei n. 4.678/96, regulamentada pelo Decreto n. 5.685/96, do município de Blumenau — Direito à meia-entrada para estudantes de 1º e 2º graus — Inexistência de violação aos princípios da isonomia (art. 5º, caput, CF) e da livre iniciativa (art. 170, II, CF) — Improcedência — Remessa dos autos ao órgão julgador competente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Argüição de Inconstitucionalidade no Agravo de Instrumento n. 1997.004461-5, da comarca de Blumenau, em que é argüinte a Segunda Câmara Civil, sendo agravante o município de Blumenau e agravada Praia de Belas Empreendimentos Cinematográficos Ltda.:

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal Pleno, por votação unânime, julgar improcedente a argüição de inconstitucionalidade, determinando-se o retorno dos autos ao órgão julgador competente.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Trata-se de argüição de inconstitucionalidade suscitada pela co-

lenda Segunda Câmara Civil por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento n. 1997.004461-5, interposto pelo município de Blumenau contra decisão que concedeu liminar nos autos da ação cautelar inominada ajuizada por Praia de Belas Empreendimentos Cinematográficos Ltda., sustentando os efeitos da Lei Municipal n. 4.678, de 3/7/96, bem como do Decreto n. 5.685, de 25/9/96, que asseguram aos estudantes de primeiro e segundo grau do Município o direito de acesso a espetáculos cinematográficos mediante o pagamento de metade do valor normal dos respectivos ingressos.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Promotor de Justiça convocado Gilberto Callado de Oliveira, manifestou-se pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do referido diploma legal.

É o relatório.

II — Voto

A agravada busca o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei municipal que concede aos estudantes portadores de carteira estudantil o acesso às salas de exibição de filmes cinematográficos, eventos culturais, circenses e esportivos mediante o pagamento de meia-entrada. Trata-se, portanto, do controle difuso de constitucionalidade.

Assim tem decidido este Tribunal:

“I. Controle difuso de constitucionalidade — Competência.

“O controle difuso de constitucionalidade de leis e atos normativos do poder público, sejam eles municipais, estaduais ou federais, pode ser exercido por todos os juízes *incidenter tantum*, com efeitos entre as partes” (Ap. Cív. n. 1998.008954-9, de Joaçaba, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

“Não pode ser confundido com o controle concentrado, exercido por meio de ação direta, com eficácia *erga omnes* e cuja competência vem expressamente delimitada nos arts. 102, I, a, e 125, § 2º, da Constituição Federal” (Ap. Cív. n. 1996.0010781-9, de Mafra, rel. Des. Eder Graf).

Dispõe o Código de Processo Civil acerca da declaração de inconstitucionalidade:

“Art. 480. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.

“Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se

for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

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

Assim, reconhecida pela Segunda Câmara Civil a plausibilidade da tese e não existindo o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, bem como deste Órgão Especial a respeito da matéria, apropriada a argüição suscitada.

Trata-se de argüição de inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 4.678, de 3/7/96, regulamentada pelo Decreto n. 5.685, de 25/9/96, que assegura “aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino de 1º e 2º graus, existentes no município de Blumenau, o pagamento de meia-entrada do valor efetivamente cobrado para o ingresso em casas exibidoras cinematográficas, de teatro, de espetáculos musicais, circenses e de eventos esportivos do município de Blumenau” (art. 1º).

Discute-se a constitucionalidade do referido diploma legal em face dos princípios da isonomia (CF, art. 5º, *caput*) e da livre iniciativa (CF, art. 170, II).

Quanto ao princípio da isonomia, não se pode supor que esta regra constitucional impeça o estabelecimento de desigualdades jurídicas entre os sujeitos de direito, pois a função legislativa resulta fatalmente na classificação de pessoas e bens segundo valores fático-jurídicos.

A respeito, oportuno o bem-lançado estudo realizado pelo advogado catarinense Joel de Menezes Niebuhr, no capítulo segundo da obra *Princípio da isonomia na licitação pública*, Florianópolis, Obra Jurídica Ltda., 2000:

“Logo, a fim de se saber quais as diferenças são toleráveis e quais não são, imediatamente é resgatada a máxima aristotélica, assaz lembrada e não poucas vezes ignorada, que propugna tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais (pág. 56).

(...)

“A solução que permite vislumbrar e delinear a correta apreensão de uma razão suficiente de igualdade ou desigualdade está na teoria acerca dos princípios. Para se concretizar o princípio isonômico, deve-se valer do processo de ponderação levado a termo pela razoabilidade, tendo em vista as condicionantes de fato de cada caso (pág. 57).

(...)

“Alexy, procurando solucionar a questão, salienta que, para a isonomia se compatibilizar ao tratamento desigual, é necessário que o mesmo não seja revestido de arbitrariedade. Para tanto, deve haver uma razão plausível que justifique este tratamento. Esta não é inarredavelmente a melhor ou a mais justa; entretanto deve ser, repita-se, plausível (pág. 57).

(...)

“As razões suficientes a um tratamento igual apresentam-se como a regra geral. Por sua vez, como corolário, *as razões suficientes a um tratamento desigual apresentam-se como exceção, a ser justificada por uma de-*

sigualdade de fato e iluminada pela razoabilidade. Daí afirmar-se não haver maiores problemas em se fundamentar juridicamente, através da isonomia, um ato estatal que trate de maneira diferenciada pessoas em situação desigual. Todavia o ponto mais delicado é aquele que se refere aos direitos subjetivos que se conferem a estas pessoas, dando-lhes o poder de exigir do Estado uma consideração diferenciada (pág. 61).

(...)

“Pontes de Miranda lembra que, ‘para se chegar, no direito, a maior igualdade entre os homens, é preciso criarem-se, no mundo fático, mais elementos *comuns* a todos. Maior igualdade não se decreta. Se bem que se possa decretar a redução de desigualdades artificiais, isto é, fora do homem” (pág. 62).

No caso dos autos, a lei inquirida trata de maneira diferenciada os estudantes matriculados em estabelecimentos de ensino de 1º e 2º graus do município de Blumenau, assegurando-lhes o direito à meia-entrada. Não há falar, no entanto, em concessão de “benefícios” à classe estudantil, mas tão-somente de incentivo para que esta freqüente as casas de espetáculos, cinemas e eventos esportivos, estimulando-se, por consequência, a valorização e o interesse pela cultura.

Não se deve interpretar o princípio da isonomia de forma equivocada, entendendo-se que o texto impugnado estabeleceu a diferenciação entre “estudantes” e “não-estudantes”. Aplica-se, como citado acima, a máxima de Aristóteles, segundo a qual se deve tratar igualmente os iguais e desigual-

mente os desiguais, observada a razoabilidade.

No mesmo norte asseverou Celso Ribeiro Bastos:

“O vício da inconstitucionalidade pode incidir em qualquer norma desde que não dê tratamento razoável, eqüitativo, aos sujeitos envolvidos” (Curso de Direito Constitucional, 19ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998, pág. 182).

Firma-se razoável e justa a distinção dada aos estudantes pela lei, eis que o pagamento de meia-entrada proporciona maior acesso à cultura na medida em que respeita o poder aquisitivo dos beneficiários. É sabido que a maioria dos estudantes – principalmente os que freqüentam o ensino fundamental e médio – não auferem renda própria, ou então a percebe em quantia inferior ao trabalhador comum, sendo desproporcional o pagamento integral do ingresso.

Outrossim, argüi-se a inconstitucionalidade por violação ao princípio da livre iniciativa (art. 170, II, da CF). A respeito, afirmou o Min. Francisco Rezek por ocasião do julgamento da Reclamação n. 434/SP (*in* RTJ 154/18):

“Assim, invocar o princípio da livre iniciativa para condenar algo que se pratica em tantos países atentos à sua classe estudantil – porque à sua cultura e, em última análise, ao seu futuro é no mínimo, temerário. Pretender que a ‘meia-entrada’ fere o princípio da isonomia é condescender com uma interpretação tacanha do que esse valioso princípio encerra. Sustentar que o novo ingresso inviabilizará a atividade das empresas exibidoras cinematográficas do Estado de São Paulo

é uma tese aventureira. A legislação atacada não é inédita, e ainda hoje outros estados da Federação contemplam tratamento diferenciado aos estudantes no preço de espetáculos abertos ao público”.

Destarte, o Município não está intervindo nas atividades da agravada, pois não fixou os preços dos espetáculos ou estabeleceu condições arbitrárias e/ou onerosas ao exercício de suas atividades. Está apenas assegurando aos estudantes o direito à meia-entrada.

Inaceitável, portanto, a tese de que este benefício poderia causar o comprometimento da rentabilidade do empreendedor. Facilitando-se o acesso às casas exibidoras de cinema, a tendência natural é a de que um número maior de pessoas passe a freqüentá-las, mantendo ou até mesmo aumentando o lucro auferido pelos proprietários com a cobrança integral do ingresso.

Em caso análogo, assim decidiu o Tribunal de Justiça Mineiro:

“Ação direta de inconstitucionalidade — Lei promulgada pela Assembleia Legislativa que instituiu meia-entrada para estudantes em locais de diversões que menciona — Improcedência.

“A instituição de meia-entrada para estudantes devidamente matriculados em estabelecimentos de ensino não é circunstância limitadora do exercício dos direitos culturais e nem inibe o poder da iniciativa privada de produzir eventos artísticos-culturais; inexistência de qualquer dado objetivo confirmador da existência de ônus exagerado ou de difícil satisfação ao destinatário da norma; não estabeleci-

mento de privilégio à classe estudantil em afronta a princípios da Carta Política Mineira” (TJMG, ADIn n. 000.200.179-0/00, da comarca de Belo Horizonte, rel. Des. Corrêa de Marins, j. em 26/9/2001).

E do corpo do v. acórdão, extrai-se:

“Com efeito, o art. 207 da Constituição Estadual não induz à uma segura convicção de que a concessão do benefício da meia-entrada aos estudantes das redes de ensino do Estado seja lesiva à cultura. Ao contrário, sendo preocupação precípua do Ente Público permitir a difusão da cultura e das artes a todos os segmentos da sociedade, especialmente em favor daqueles que se encontram em contínuo processo de aprendizagem e desenvolvimento intelectual, a formação cultural não trará ônus aos destinatários da norma, mas lhes trará significativos benefícios na medida em que estimula a difusão dos espetáculos e das atividades culturais, permitindo cultivar na população, desde a idade escolar, o valioso hábito de freqüentar tais manifestações culturais. O gosto pelas artes, inquestionavelmente, acabará beneficiando os próprios artistas e promotores de eventos que verão cada vez mais completa a lotação de seus espetáculos. Não havendo, portanto, a criação de qualquer privilégio à classe estudantil, — mas mero incentivo à freqüência aos espetáculos, com efeito inverso ao defendido na peça de ingresso — não

vejo como reconhecer qualquer lesão aos dispositivos constitucionais tidos como violados, razão pela qual, com a devida vênia de abalizadas opiniões em contrário, julgo improcedente a ação”.

Ante o exposto, julga-se improcedente a argüição de inconstitucionalidade, determinando-se o retorno dos autos ao órgão julgador competente.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide o Órgão Especial do Tribunal Pleno, à unanimidade, julgar improcedente a argüição de inconstitucionalidade, determinando-se o retorno dos autos ao órgão julgador competente.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Alcides Aguiar, Genésio Nolli, Jorge Mussi, Gaspar Rubik, Pedro Manoel Abreu, Orli Rodrigues, Trindade dos Santos, Souza Varella, Silveira Lenzi, Sérgio Paladino, Luiz César Medeiros e Wilson Augusto do Nascimento. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Gilberto Callado de Oliveira.

Florianópolis, 4 de setembro de 2002.

Amaral e Silva,
Presidente, com voto;
João Martins,
Relator.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1996.012680-5, DE CRICIÚMA**Relator: Des. Silveira Lenzi**

Argüição de inconstitucionalidade em reexame necessário de mandado de segurança. Taxa de segurança contra incêndio. Art. 11, inc. I, da Lei Municipal n. 3.219, de 27/12/95.

Prevenção de incêndios. Corpo de Bombeiros. Competência administrativa do Estado de Santa Catarina. Invasão da competência tributária.

Tendo em vista que a competência administrativa precede e determina a tributária, a instituição de taxas cujo fato gerador seja a prestação do serviço de prevenção de incêndios, pela unidade de bombeiros, é da competência do Estado, e não do Município.

Evidente, portanto, que a municipalidade invadiu competência tributária privativa ao instituir taxa cujo fato gerador é o desempenho de um serviço público do Estado.

Base de cálculo. Metragem quadrada do imóvel. Nexo de causalidade com a atividade estatal. Ausência. Elemento abarcado pela base impositiva do imposto predial e territorial urbano — IPTU. Identidade de bases de cômputo. Inteligência do art. 145, § 2º, da CF/88.

A dissociação da base de cálculo com o custo da atividade estatal desempenhada e a sua constância dentre os elementos estipuladores da base impositiva do imposto predial e territorial urbano implica ofensa ao § 2º do art. 145 da CF/88.

Inconstitucionalidade declarada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Argüição de Inconstitucionalidade n. 1996.012680-5, da comarca de Criciúma, em que é argüinte a egrégia Terceira Câmara Civil, sendo impetrante Maximiliano Gaidzinski S.A. — Indústria de Azulejos Eliane e impetrados o Prefeito do município de Criciúma e o Secretário de Finanças, no exercício de 1996:

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal Pleno, por votação unânime, declarar a inconstitucionalidade do inc. I do art. 11 da Lei Municipal n. 3.219, de 27/12/95.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de argüição de inconstitucionalidade suscitado pela eg. Ter-

ceira Câmara Civil deste Tribunal, no julgamento da remessa obrigatória em Mandado de Segurança n. 96.012680-5, em que é impetrante Maximiliano Gaidzinski S.A. — Indústria de Azulejos Eliane e impetrados o Prefeito do município de Criciúma e o Secretário de Finanças, a fim de apreciar a (in) constitucionalidade do inc. I do art. 11 da Lei Municipal n. 3.219, de 27/12/95, instituidora da taxa de segurança contra incêndio.

II — Voto

O reexame necessário em mandado de segurança está condicionado ao controle incidental de constitucionalidade da lei municipal instituidora da taxa preventiva de incêndios.

A questão cinge-se à (in) constitucionalidade do inc. I do art. 11 da Lei Municipal n. 3.219, de 27/12/95, que instituiu a taxa de segurança contra incêndio, cujo fato gerador é a prestação, efetiva ou potencial, do serviço de prevenção contra aquele infortúnio e outros sinistros, pelos órgãos policiais e pelo corpo de bombeiros, sendo devida pelos titulares de estabelecimentos comerciais/industriais ou de qualquer domínio útil de propriedade de qualquer categoria.

1. Invasão da competência tributária estadual

Competência tributária é o poder privativo de que gozam os entes federativos para legislar acerca de tributos, dentro dos limites constantes na legislação tributária.

Roque Antônio Carrazza expõe:

“A Constituição aponta as competências tributárias privativas de cada pessoa política.

“No Direito Brasileiro, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, no tocante à instituição de tributos, gozam de privatividade ou, se preferirmos, de exclusividade. A bem dizer, todos eles têm faixas tributárias privativas (...).

“As normas constitucionais que discriminam as competências tributárias encerram duplo comando: 1) habilitam a pessoa política contemplada — e somente ela — a criar, querendo, um dado tributo; e 2) proíbem as demais de virem a instituí-lo (...).

“Em conseqüência, a norma constitucional que trata de competência tributária confere à pessoa política contemplada a virtualidade de criar certo e determinado tributo. Ao fazê-lo, recusa, concomitantemente, esta possibilidade às demais pessoas políticas nela não indicadas (...).

“Merece também ser registrado que a competência tributária — como todas as competências constitucionais — é de ordem pública. Assim, a pessoa política não pode nem usurpar competência tributária alheia, nem aquiescer que sua própria competência tributária venha a ser utilizada por outra pessoa política (...)” (Curso de Direito Constitucional Tributário, 16ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001, págs. 429/432).

A competência tributária em relação às taxas é comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios (inc. II, art. 145, CF/88), mas privativa das entidades federativas que, por intermédio de seus órgãos componentes, desempenham o poder de polícia ou a serventia pública (art. 80, CTN).

Assim, somente quem goza de competência administrativa para a

prestação de poder de polícia e serviço público é que terá competência tributária para a instituição de taxas sobre estas atuações.

Alexandre de Moraes pontifica que “em relação à distribuição de competências tributárias para a instituição de taxas e contribuições de melhoria, o critério adotado foi correspondente à distribuição das competências administrativas. Dessa forma, para a instituição de taxas, bastará para criá-las que a pessoa jurídica de direito público interno possua competência administrativa para prestar o exercício do poder de polícia ou para a realização dos serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição” (Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, São Paulo, Atlas, 2002, págs. 1.658/1.659).

Roque Antônio Carrazza afirma que “a competência administrativa para prestar o serviço público, para praticar o ato de polícia ou para realizar a obra pública é que determina a competência da pessoa política para tributar por meio de, respectivamente, taxa de serviço, taxa de polícia ou contribuição de melhoria” (*op. cit.*, págs. 534/536).

Sacha Calmom Navarro Coêlho assevera que “somente será competente para instituir e efetivamente cobrar uma taxa a pessoa política que, antes, detenha a competência político-administrativa para realizar o ato de polícia ou prestar o serviço público” (Comentários à Constituição de 1988 — Sistema Tributário, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, pág. 31).

Hely Lopes Meirelles aduz que “as taxas não estão discriminadas constitucionalmente, podendo, assim,

o Município criar as que forem necessárias ao policiamento administrativo originário de sua competência ou à manutenção dos serviços específicos e divisíveis prestados aos munícipes ou postos à sua disposição” (Direito Municipal Brasileiro, 11ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, págs. 211/212).

Hugo de Brito Machado aduz:

“A Constituição Federal não alberga norma determinando quais são as taxas que podem ser instituídas pela União, pelos Estados e pelo Distrito Federal, ou pelos Municípios. (...) Esses tributos têm fato gerador que é, ou se liga à atividade estatal específica relativa ao contribuinte, de sorte que competente para instituí-los é a pessoa jurídica que desenvolve a atividade correspondente (...).

“Só a pessoa jurídica de Direito público que exercita a atividade estatal específica pode instituir o tributo vinculado a essa atividade. A competência tributária, assim, é privativa do ente estatal que exercita a atividade respectiva. Indicar-se como de competência comum os tributos vinculados não nos parece adequado. Preferimos dizer que esses tributos são privativos de quem exerce a atividade estatal a que se ligam, sendo a competência para o exercício dessa atividade estatal matéria estranha ao Direito Tributário” (Curso de Direito Tributário, 19ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001, págs. 245/246).

Roque Antônio Carrazza, em idêntico teor, afirma que “(...) também em relação aos tributos vinculados, a competência tributária de cada pessoa política é rígida, privativa e indelegável” (*op. cit.*, pág. 534).

Portanto, a fim de perquirir acerca da competência tributária do município para instituir a taxa, em razão do serviço de prevenção ao incêndio, faz-se mister indagar a que esfera pertence o órgão responsável por tal missão — os bombeiros. Isto porque, como já salientado, a competência administrativa precede a tributária (cf. Sacha Calmom Navarro Coêlho, *op. cit.*, pág. 31).

Importante destacar que o rol de atribuições públicas dos entes federados não consta na Constituição Federal, razão pela qual se impõe observar a Constituição Estadual (cf. Hely Lopes Meirelles, *op. cit.*, pág. 315).

O art. 107, inc. II, alínea a, da Constituição do Estado de Santa Catarina dispõe:

“art. 107 — À Polícia Militar, órgão permanente, força auxiliar, reserva do Exército, organizada com base na hierarquia e na disciplina, subordinada ao Governador do Estado, cabe, nos limites de sua competência, além de outras atribuições estabelecidas em lei: (...)

“II — através do corpo de bombeiros: a) realizar os serviços de prevenção de sinistros, de combate a incêndio e de busca e salvamento de pessoas e bens”.

Constata-se que o corpo de bombeiros é órgão componente da Administração Pública Estadual.

Por conseqüência, a instituição de taxas, cujo fato gerador seja a prestação do serviço de prevenção de incêndios, pela unidade de bombeiros, é da competência do Estado, e não do Município.

É evidente, portanto, que a municipalidade invadiu a competência tributária privativa do Estado ao instituir taxa cujo fato gerador é o desempenho de um serviço público estadual.

Restou inobservada a advertência de Hely Lopes Meirelles:

“O essencial é que sob o rótulo de taxa não se institua imposto municipal indevido, nem se tributem pessoas, atividades ou bens não sujeitos à ação impositiva do Município.

“Tratando-se de tributo comum às três esferas estatais, o Município deve limitar-se exclusivamente às matérias de sua competência constitucional e legal, tanto no que diz respeito ao poder de polícia como no que concerne à prestação de serviços” (*op. cit.*, págs. 211/212).

Sobre a invasão da competência tributária, Sacha Calmom Navarro Coêlho explicita:

“É dizer, dada pessoa política mal entende o relato constitucional e passa a exercer a tributação de maneira mais ampla que a prevista na Constituição, ocasionando fricções, atritos, em áreas reservadas a outras pessoas políticas. Diz-se então que há um conflito de competência. Quando ocorrem fenômenos dessa ordem, o normal é submeter ao Judiciário o desate da questão, o que provoca maior nitidez, dando feição cada vez mais nítida ao sistema de repartição das competências tributárias” (*op. cit.*, págs. 73/74).

Bernardo Ribeiro de Moraes, acerca da questão em debate, pontifica:

“Na discriminação constitucional de rendas tributárias encontramos tributos distribuídos por competências

privativas. Cada entidade tributante recebe determinada competência tributária. Pode ocorrer, assim, a figura da invasão tributária. Para tal, basta uma entidade política tributante desrespeitar essa discriminação de rendas tributárias e invadir matéria de competência privativa de outra. O conceito de invasão de competência tributária se relaciona, pois, com a distribuição de impostos de competência privativa. Pode ocorrer somente com impostos, jamais com taxas ou contribuições de melhoria, cujas distribuições são realizadas através de competências genéricas ‘comuns’ e não privativas. O que caracteriza a invasão de competência tributária é a exigência de um tributo privativo por entidade pública não contemplada na partilha constitucional com o aludido imposto. O imposto exigido, no caso, pertence, de forma privativa, a outra esfera de poder, diferente da que o está exigindo. Uma das entidades políticas tributantes invade a atribuição constitucional da outra. (...) Diante da invasão de competência tributária estaremos sempre diante de uma inconstitucionalidade, de um desrespeito à partilha consagrada na Constituição. Em verdade, quando uma entidade política age fora de sua competência específica há sempre uma inconstitucionalidade imediata, por desrespeito direto à Magna Carta” (Compêndio de Direito Tributário, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993, vol. 1, págs. 287/288).

E acrescenta:

“Portanto, para a instituição da taxa, embora de competência comum, tratando-se de serviço público de caráter privativo, somente a entidade política competente é que poderá exi-

gir a taxa, não se admitindo invasões na área de atuação pública estabelecida pela lei (...)” (*op. cit.*, pág. 539).

O entendimento acima é aplicável ao caso em comento, eis que as taxas são tributos vinculados e privativos do ente tributante que exerce o serviço público, segundo ensinamento *supra*, de Hugo de Brito Machado.

O doutrinador *retro* atesta que “O Supremo Tribunal Federal tem entendido que a competência para a instituição e cobrança de taxa depende de ter a entidade estatal competência para exercer a atividade que constitua o respectivo fato gerador (RE n. 100.033/RS, rel. Min. Francisco Rezek, RTJ 107–1.295/1.298)” (*op. cit.*, pág. 245).

Constatada a violação da competência tributária estadual, pela lei municipal *sub examen*, é de se declarar sua inconstitucionalidade.

Roque Antônio Carrazza conclui que “ou a pessoa política que decreta o tributo tem competência para fazê-lo, e ele é válido, ou não a tem, e ele será constitucionalmente ilegítimo. O vício que macula de inconstitucionalidade o tributo é, repetimos, o da invasão de competência” (*op. cit.*, pág. 435).

Ademais, forçoso recordar que a competência tributária é indelegável, a teor do *caput* do art. 7º do CTN.

2. *Identidade de bases de cálculo entre a taxa de segurança contra incêndio e o imposto sobre propriedade territorial urbana — IPTU, em ofensa aos arts. 77, parágrafo único, do CTN e 145, § 2º, da CF/88*

Tendo em vista que as taxas concernem a atividades estatais, sua base de cômputo deve coadunar-se

com tais atuações, sob pena de inconstitucionalidade, em ofensa ao § 2º do art. 145 da Magna Carta.

De um lado, a base de cálculo da taxa de segurança contra incêndios é a área edificada (cf. anexo I, tabelas I, II e III da Lei Municipal n. 3.219/95), e, de outro, a base de cálculo do IPTU é o valor venal do imóvel (cf. art. 33 do CTN), ou seja, sua valia se colocado a venda à vista no mercado em condições habituais.

A taxa em exame é inconstitucional, pois tem base de cálculo de imposto, porquanto (a) é dissociada do custo da atividade estatal desempenhada, eis que orçada com fulcro na metragem quadrada do imóvel, e (b) está abarcada pela base de cômputo do imposto predial e territorial urbano — IPTU.

Roque Antônio Carraza certifica:

“Conquanto não seja necessária uma perfeita coincidência entre o custo da atividade estatal e o montante exigido a título de taxa, deve haver, no mínimo, uma correlação entre ambas. Queremos com tais palavras destacar que, ao contrário do que acontece com os impostos, as pessoas políticas não podem criar taxas com o fito exclusivo de carrear dinheiro para os cofres públicos (...).

“Com isto, afastou, de uma vez por todas, a errônea idéia de que as taxas só não podem ter a base de cálculo que já tenha servido ‘para a incidência’ de algum imposto. Na verdade, elas não podem ter base de cálculo inadequada, ou seja, que não sirva para medir o exercício do poder de polícia (no caso das taxas de polícia) ou a utilização, efetiva ou potencial, de ser-

viços públicos específicos ou divisíveis (no caso de taxas de serviço).

“Portanto, a base de cálculo das taxas só poderá dimensionar o custo do ‘exercício do poder de polícia’ (no caso das taxas de polícia) ou dos ‘serviços públicos específicos ou divisíveis’ (no caso das taxas de serviço), sem qualquer alusão à condição do contribuinte (v. g., seus rendimentos, o volume das operações mercantis que presta, seu patrimônio líquido etc.). Do contrário, ter-se-á base de cálculo ‘própria de imposto’ (e, não, ‘própria de taxa’) e, nesta medida, manifestamente inconstitucional, por falta de nexo lógico com a hipótese de incidência do tributo (...)” (*op. cit.*, págs. 462/463).

Aliomar Baleeiro, de forma pontual, afirma que “Serão inconstitucionais as pseudotaxas que configuram criptoimpostos, por elegerem como base de cálculo coisa do contribuinte, ação ou situação jurídica estranha à atuação do Estado (...)” (*Direito Tributário Brasileiro*, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, pág. 553).

Misabel Derzi, em apontamentos à obra de Aliomar Baleeiro, expõe:

“Como a função da base de cálculo é medir o fato, posto na hipótese, transformando-a numa cifra ou em um número, sobre o qual se há de aplicar a alíquota, a base de cálculo de uma taxa só poderá dimensionar o custo do ‘serviço público’ ou o ‘exercício do poder de polícia’, sem relação ao contribuinte. Outra base de cálculo que meça outro fato qualquer (valor da propriedade do contribuinte, ou de seu capital, ou de sua renda, ou de sua produção industrial etc.) será ‘própria de imposto’ e inconstitucional.

“Portanto, com a Constituição de 1988, não basta que uma taxa se assente em base de cálculo ainda não escolhida para a incidência de algum imposto (como insinuava o Texto Magno de 1969), mas é ainda essencial que sua base de cálculo seja adequada à natureza própria de taxa, sob pena de invalidade” (Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, págs. 515/516).

Sacha Calmom Navarro Coelho adverte que “A nossa discriminação de competências é rígida, hirsuta, inadmitindo conflitos e superposições. Não fosse esta regra, aparentemente miúda, dadas pessoas políticas poderiam criar fatos geradores de taxas com base de cálculo de imposto e, assim, burlar o sistema, provocando invasões de competências em áreas já reservadas às outras, com evidente sobrecarga tributária em desfavor dos contribuintes” (*op. cit.*, pág. 57).

Pedro Roberto Decomain expõe:

“Para saber, então, se determinada taxa pode ser cobrada pela União, ou pelos Estados e Distrito Federal, ou pelos Municípios, será necessário verificar se o serviço público cuja prestação, ou o poder de polícia cujo exercício motivam a incidência da taxa, incumbe a uma ou outros. A União não pode cobrar taxas em decorrência de serviços públicos prestados, ou do poder de polícia exercido pelos Estados, Distrito Federal ou Municípios. Também a recíproca é verdadeira. Somente pelos serviços que lhe cabe prestar, e pelo poder de polícia que lhe incumbe exercer, é que cada entidade tributante pode preten-

der o pagamento de taxas” (Anotações ao Código Tributário Nacional, São Paulo, Saraiva, 2000, pág. 325).

E, complementando o ensinamento *retro*, aduz que “pela eleição de uma inadequada base de cálculo, pode-se estar tributando um que em verdade nenhuma relação guarda com a hipótese de incidência eleita pela lei. Devido à escolha de desvirtuada base de cálculo, pode ocorrer (e com frequência ocorre) mascarada invasão de competências tributárias. A lei define como hipótese de incidência do tributo determinado fato, mas depois escolhe como base de cálculo uma grandeza que lhe é alheia e, mais que isso, é própria de um fato distinto” (*op. cit.*, pág. 326).

Colhe-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“Taxa de segurança contra incêndio do Estado. Sua inconstitucionalidade, por identidade de base de cálculo (valor unitário do metro quadrado) com a do Imposto Predial e Território Urbano (art. 18, § 2º, da Constituição de 1967 — Emenda n. 1-69)” (RE n. 120.954-2/ES, Min. Octávio Gallotti, julgado em 14/3/96, DJU de 13/12/96, pág. 50.179).

O Min. Marco Aurélio de Mello, em situação análoga, manifestou-se:

“Dir-se-á que, no caso, a metragem quadrada do imóvel não é o único elemento que leva a saber-se o valor do IPTU. Todavia, é ela um dos que tem sido computados para chegar-se à fixação do valor do IPTU. E o que a Constituição visa a evitar? Justamente, sob o pretexto de estar-se cobrando uma taxa, que se parta para a cobrança de um verdadeiro imposto” (RE n. 232.393/SP, Min. Carlos Vello-

so, julgado em 12/8/99, DJU de 5/4/02, pág. 55).

Esse entendimento parece o mais consentâneo com as normas constitucionais, porquanto prima pela incolumidade da natureza jurídica do tributo em exame e estorva a possibilidade de subversão do sistema tributário nacional, por meio da criação de taxas com bases de cálculo de impostos.

III — Decisão

Do exposto, na forma do art. 97 da Constituição Federal, declara-se, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 11, inc. I, da Lei n. 3.219/95, do município de Criciúma, oficiando-se a Assembléia Legislativa para efeitos do inciso XIII do art. 40 da Constituição do Estado de Santa Catarina.

Remetam-se os autos a uma das Câmaras de Direito Público, por força do Ato Regimental n. 41/00.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra, Sérgio Paladino, Maurílio Moreira Leite, João Martins, Francisco Oliveira Filho, Alcides Aguiar, Alberto Costa, Amaral e Silva, Anselmo Cerello, Jorge Mussi, Gaspar Rubik, Pedro Manoel Abreu, Orli Rodrigues e Trindade dos Santos. Pela Procuradoria-Geral da Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. José Galvani Alberton.

Florianópolis, 16 de outubro de 2002.

Alberto Costa,
Presidente com voto;
Silveira Lenzi,
Relator.

**JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 231.466/SC

Relator: Min. Carlos Velloso

Recorrente: Município de Imaruí

Advogados: Letiane A. Mousquer Leal e outros

Recorrida: Maria da Graça Bittencourt

Advogados: Sérgio Machado Faust e outros

DECISÃO

Vistos. O acórdão recorrido, da Quarta Câmara Civil do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em mandado de segurança, reconheceu a servidor público municipal — admitido sem concurso público e exonerado por ter sido nomeado após 5/10/1983 — estabilidade sindical provisória, nos termos do art. 8º, VIII, da Constituição Federal, ainda que o sindicato não tenha registro no Ministério do Trabalho.

Daí o RE, interposto pelo município de Imaruí, com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal, alegando violação aos arts. 8º, I; 37, II; e 19 do ADCT, da mesma Carta, sustentando, em síntese, o seguinte:

a) ofensa ao art. 8º, I, da CF/88, dado que o sindicato ao qual a recorrida é filiada não possui registro no Ministério do Trabalho;

b) contrariedade ao art. 37, II, da Carta Magna, mormente porque a recorrida foi admitida no serviço público sem prestar concurso, sendo a sua exoneração medida moralizadora, a qual não se poderia negar validade;

c) violação ao art. 19 do ADCT, consubstanciada na manutenção em cargo público de provimento efetivo de servidor celetista admitido sem concurso público, que não estava em exercício há cinco anos quando da promulgação da CF/88.

Admitido o recurso, subiram os autos.

O ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. João Batista de Almeida, opina pelo provimento do recurso (fls. 166/173). Os autos me foram conclusos em 31/5/2001.

Decido.

Destaco do parecer da Procuradoria-Geral da República, lavrado pelo ilustre Subprocurador-Geral, Dr. João Batista de Almeida:

“(...)”.

“12. Merece prosperar o recurso em tela.

“13. O registro da organização sindical no Ministério do Trabalho possui dupla função: conferir personalidade jurídica ao sindicato e atender ao disposto no inciso II do art. 8º, possibilitando a aferição pelo Poder Público da unicidade sindical naquela base territorial.

“14. A necessidade de registro no órgão competente, indvidosamente o Ministério do Trabalho, como condição para a aquisição de personalidade jurídica, apesar de encontrar reiterados posicionamentos favoráveis, inclusive desse Supremo Tribunal Federal, como os citados pelo recorrente, não é pacífica.

“15. Adotando posição contrária ao registro, *in verbis*:

‘Ementa:

‘Estabilidade sindical provisória (CF, art. 8º, VIII). Reconhecimento da garantia aos diretores eleitos, na assembléia constitutiva da entidade sindical, desde, pelo menos, a data do pedido de registro no Ministério do Trabalho, o que não contraria a exigência deste, constante no art. 8º, I, da Constituição.

‘1. A constituição de um sindicato ‘posto culmine no registro no Ministério do Trabalho (STF, MI n. 144, 3/8/92, Pertence, RTJ 147/868)’ a ele não se resume: não é um ato, mas um processo.

‘2. Da exigência do registro para o aperfeiçoamento da constituição do sindicato, não cabe inferir que só a partir dele estejam os seus dirigentes ao abrigo da estabilidade sindical: é

‘interpretação pedestre’, que esvazia de eficácia aquela garantia constitucional, no momento talvez em que ela se apresenta mais necessária, a da fundação da entidade da classe’ (RE n. 205.107/MG, rel. Min. Sepúlveda Pertence — *in DJ* de 25/9/98, pág. 21).

“16. Não sendo determinante para aquisição de personalidade jurídica por parte do sindicato, não procede o argumento de contrariedade ao art. 8º, I, da CF/88.

“17. Quanto ao segundo argumento utilizado pelo recorrente, não se questiona ser a recorrida portadora da estabilidade prevista no art. 19, *caput*, do ADCT. Ela foi admitida em 1º/7/1988, o que significa que não preenche o lapso temporal previsto no dispositivo em tela. Portanto, não é estável.

“18. A decisão recorrida não prequestionou essa forma de estabilidade, incidindo, assim, o verbete 356 da súmula da jurisprudência dessa Corte. Logo, o recurso não pode ser conhecido por este fundamento.

“19. O cerne da questão em análise reside na forma de admissão da servidora pública. Ela foi admitida no serviço público municipal sem concurso público.

“20. São normas da Constituição de 1967 quanto à forma de investidura no serviço público: ‘Art. 97 (...) Parágrafo 1º — A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei. Parágrafo 2º — Prescindirá de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração (...) Art. 106. O regime

jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza especializada será estabelecido em lei especial'.

"21. Infere-se desde a data de sua admissão a necessidade de concurso público para o preenchimento de cargo público, o que não se realizou no caso dos autos.

"22. O caráter cogente da admissibilidade em cargos públicos mediante concurso somente cedia nas restritas hipóteses previstas no texto constitucional (casos previstos em lei, cargos em comissão, serviços de caráter temporário ou especializados).

"23. A recorrida não se enquadra em nenhuma das exceções ao princípio da acessibilidade aos cargos públicos por concurso.

"24. Sob a égide da Constituição de 1988, a rigidez desse princípio trouxe apenas duas exceções: cargos em comissão e necessidades temporárias.

"25. A desconformidade da situação da recorrida com a Constituição é patente, à medida que não possui vínculo jurídico válido com o município recorrente. Trata-se de vício insanável, cuja declaração é autorizada pelas Súmulas 346 e 473 da jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal.

"26. Ainda que se admitisse, só para argumentar, ter sido a recorrida admitida para cargo em comissão, não teria ela direito a se manter no cargo. Acentua-se que o cargo em comissão é de livre nomeação e exoneração, de acordo com o art. 37, II, da CF/88.

"27. Admitida a acumulação do cargo em comissão com o de dirigente sindical, deve prevalecer a liberdade de exoneração, consoante entendimento jurisprudencial expresso na Suspensão de Segurança n. 1.173, da lavra do Min. Sepúlveda Pertence:

'(...)

'De qualquer sorte, admitida a esdrúxula acumulação, o que efetivamente não parece razoável é dar prevalência à garantia do direito sindical sobre a livre exonerabilidade, típica do regime dos cargos em comissão'.

"28. Dessa forma, presentes eivas de ilegalidade no ato admissional exposto, não pode este subsistir a estabilidade sindical prevista no art. 8º, VIII, da CF/88, devendo ser aplicada, às inteiras, a sentença proferida no caso *sub judice*.

"29. Aliás, em caso análogo, a jurisprudência desse colendo Supremo Tribunal Federal assentou:

'Ementa:

'Estabilidade sindical provisória (art. 8º, VIII, CF). Não alcança o servidor público, regido por regime especial, ocupante de cargo em comissão e, concomitantemente, de cargo de direção no sindicato da categoria' (RE n. 183.884/SP, relator Min. Sepúlveda Pertence — *in DJ* de 13/8/99, pág. 16).

"30. No mesmo sentido: RE n. 242.282/SC, relator Min. Marco Aurélio, *in DJ* de 13/2/2001 (Informativo 217).

"31. Dessa forma, configurada violação ao art. 37, II, da Carta Política de 88, prospera o presente recurso no que busca arrimo na alínea a do permissivo constitucional vigente (...)" (fls. 170/173).

Correto o parecer. A decisão recorrida contraria o entendimento do Supremo Tribunal Federal: RE n. 230.762/SC, Celso de Mello, DJ de 15/5/02; RE n. 227.634/SC, Maurício Corrêa, DJ de 20/2/02; RE n. 231.375/SC, Nelson Jobim, DJ de 17/11/00; RE n. 248.282/SC, Marco Aurélio, 2ª T., 13/2/01, DJ de 27/4/01; RE n. 311.855/SC, Ellen Gracie, DJ de 18/10/01.

Do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

Publique-se.

Brasília, 15 de maio de 2002.

Ministro Carlos Velloso,
Relator.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 244.014/SC

Relator: Min. Sydney Sanches

Recorrente: Estado de Santa Catarina

Advogados: PGE-SC — Renato Kadletz e outro

Recorrida: Eluiza Heidrich Antunes

Advogados: Flávio Ricardo Felix e outros

DECISÃO

1. Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Estado de Santa Catarina contra acórdão do Tribunal de Justiça que admitiu a ascensão de servidora como forma de provimento de cargo público, em face da faculdade conferida pela Lei Estadual n. 6.844, de 29 de junho de 1986.

2. Sustenta o recorrente, com base no art. 102, III, a e c, a ocorrência de violação ao art. 37, II, da Constituição Federal de 1988.

3. Não admitido, o extraordinário acabou subindo a esta Corte, porque provido o agravo de instrumento, cujos autos encontram-se em apenso.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 231/RJ e 245/RJ, relatadas pelo Ministro Moreira Alves, decidiu no sentido de que a ascensão funcional não

mais é admitida na ordem jurídica brasileira, tendo em vista o disposto no art. 37, II, da Constituição Federal.

5. O acórdão na ADin. n. 231/RJ ficou assim ementado:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento no tocante a cargos ou empregos públicos. O critério do mérito aferível por concurso público de provas ou de provas e títulos é, no atual sistema constitucional, ressaltados os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração, indispensável para cargo ou emprego público isolado ou em carreira. Para o isolado, em qualquer hipótese; para o de carreira, para o ingresso nela, que só se fará na classe inicial e pelo concurso público de provas ou de provas e títulos, não o sendo, porém, para os cargos subsequentes que nela se escalonam até o final dela, pois, para estes, a investi-

dura se fará pela forma de provimento que é a 'promoção'.

"Estão, pois, banidas das formas de investidura admitidas pela Constituição a ascensão e a transferência, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso, e que não são, por isso mesmo, ínsitas ao sistema de provimento em carreira, ao contrário do que sucede com a promoção, sem a qual obviamente não haverá carreira, mas, sim, uma sucessão ascendente de cargos isolados.

"O inciso II do artigo 37 da Constituição Federal também não permite o 'aproveitamento', uma vez que, nesse caso, há igualmente o ingresso em outra carreira sem o concurso exigido pelo mencionado dispositivo.

"Ação direta de inconstitucionalidade que se julga procedente para declarar inconstitucionais os artigos 77 e 80 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado do Rio de Janeiro".

6. A orientação vem sendo seguida por ambas as Turmas da Corte (RE ns. 168.105/SC, relatado pelo Ministro Carlos Velloso, e 172.531/SC, relatado pelo Ministro Ilmar Galvão), ficando este último aresto assim ementado:

"Professor Estado de Santa Catarina. Acesso mediante aprovação de nova habilitação profissional. Estatuto do Magistério Público: Lei Estadual n. 6.844/86. Incompatibilidade com o art. 37, II, da Constituição Federal.

Não cabe o exame da prejudicialidade do recurso extraordinário argüida, em memorial, pelas recorridas, em face de legislação superveniente, que nem existia à ocasião do julgamento. O sistema constitucional atual, ressalvados os cargos em comissão, exige o concurso público de provas ou de provas e títulos, para a investidura em cargo ou emprego público.

"A ascensão, que constitui forma de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor ingressou no serviço público, foi banida das formas de investidura admitidas pela Constituição. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

"Ao permitir o ingresso por acesso de professores ocupantes de carreira inferior para outra mais elevada, sem prévio concurso público, a lei catarinense mostra-se incompatível com o art. 37, II, da Carta Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido".

7. Ante o exposto, com base no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei n. 9.756, de 17/12/1998, conheço do RE, e dou-lhe provimento, para julgar improcedente a ação, ficando condenada a autora a pagar ao réu honorários advocatícios arbitrados em quarenta reais (R\$ 40,00).

8. Publique-se.

Intimem-se as partes.

Brasília, 5 de fevereiro de 2002.

Ministro Sydney Sanches,
Relator.

EMBARGOS EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO

EMBARGOS EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 275.159/SC

Relatora: Min. Ellen Gracie

Embargantes: Rodolfo Luiz de Quevedo e outro

Embargado: Estado de Santa Catarina

DECISÃO

Trata-se de embargos de divergência opostos a decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, que, proferida no julgamento do RE n. 275.159/SC, rela. Min. Ellen Gracie, acha-se consubstanciada em acórdão assim ementado (fl. 202): “Concurso público — Delegado de polícia — Exame psicotécnico. Se a lei exige, para a investidura no cargo, o exame psicotécnico, não pode este ser dispensado, sob pena de ofensa ao art. 37, I, da Constituição. Não pode, a circunstância de ter sido a liminar deferida, sanar a inconstitucionalidade da sua concessão. Recurso extraordinário provido”.

Nos presentes embargos de divergência, invocou-se a ocorrência de dissenso que existiria entre o acórdão ora embargado e diversas outras decisões colegiadas proferidas no âmbito desta Suprema Corte e no do Superior Tribunal de Justiça.

Sendo esse o quadro processual, cabe-me examinar, para os fins a que se refere o art. 335, *caput*, do

RISTF, c/c o art. 546, parágrafo único, do CPC, na redação dada pela Lei n. 8.950/94, se se revelam admissíveis, ou não, os mencionados embargos de divergência.

Cumpra verificar, para esse efeito, se os acórdãos, invocados como referência paradigmática (todos eles proferidos no julgamento de recursos ordinários em mandado de segurança e de recursos extraordinários), podem, ou não, ser indicados como padrões de confronto em relação à decisão ora embargada.

O Supremo Tribunal Federal, pronunciando-se, a esse respeito, quer antes da promulgação da Constituição de 1988, quer depois de sua vigência, quer, ainda, após a edição da Lei n. 8.950/94 (EVRE 233.712/RS, rel. Min. Celso de Mello), firmou orientação jurisprudencial no sentido de que apenas as decisões emanadas desta Corte, que tenham sido proferidas no exame de recursos extraordinários, podem ser invocadas como padrões de confronto, desqualificando-se, para esse específico efeito, acórdãos resultantes do jul-

gamento de outras espécies recursais (RTJ 103/643, rel. Min. Djaci Falcão — RTJ 118/265, rel. Min. Rafael Mayer — RTJ 125/637, rel. Min. Sydney Sanches — RTJ 129/1.397, rel. Min. Célio Borja — RTJ 134/1.252, rel. Min. Sydney Sanches — RTJ 145/884, rel. para o acórdão Min. Moreira Alves — RTJ 162/1.082, rel. Min. Celso de Mello — ERE n. 103.792/SP, rel. Min. Paulo Brossard — ERE n. 205.968/SP (EDcl) (AgRg), rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno — ERE n. 247.416/SP (EDcl) (AgRg), rel. Min. Celso de Mello, v.g.).

Na realidade, a decisão divergente — invocável, como padrão de confronto, para efeito de demonstração do dissídio jurisprudencial — somente pode ser aquela emanada de Turma ou do Plenário do Supremo Tribunal Federal (e não de qualquer outra Corte judiciária), proferida em sede recursal compatível com a utilização dos embargos de divergência.

Vale dizer, apenas o acórdão proferido no julgamento de recurso extraordinário é que poderá revestir-se de caráter paradigmático. Isso significa, portanto, na linha da orientação jurisprudencial predominante no Supremo Tribunal Federal, que, para demonstrar-se a divergência pretoriana, não se revela processualmente idônea a indicação de acórdãos proferidos no julgamento de outros recursos, que não o apelo extremo, deixando de assumir caráter paradigmático, desse modo, qualquer decisão, que, embora emanando desta Suprema Corte, tenha resultado, por exemplo, do exame de “agravos regimentais”, de agravos de instrumento ou de recursos ordinários em mandado de segurança.

Cabe referir, por oportuno, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ERE n. 112.146/RN, rel. Min. Octavio Gallotti, reafirmou esse entendimento, enfatizando, uma vez mais, por expressiva maioria, que, se o acórdão de Turma, proferido em sede de agravo regimental, não permite que, contra ele, se deduzam embargos de divergência, em face do que se contém na Súmula 599/STF, também não pode, a decisão proferida em sede de agravo regimental (ou em sede de recurso ordinário em mandado de segurança), ser invocada como padrão de confronto, para efeito de demonstração do dissenso necessário ao cabimento dos embargos de divergência.

Essa mesma orientação veio a ser reiterada pelo Plenário desta Corte, quando do julgamento do ERE n. 247.416/SP (EDcl) (AgRg), rel. Min. Celso De Mello: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mesmo após a vigência da Lei n. 8.950/94, firmou-se no sentido de considerar incabível, para efeito de interposição dos embargos de divergência, a invocação, como padrão de confronto, de decisão proferida, por esta Corte, no julgamento de agravo ‘regimental’, deduzido em sede de agravo de instrumento. Para esse específico efeito, somente o acórdão proferido em sede de recurso extraordinário poderá revestir-se de caráter paradigmático, viabilizando-se, processualmente, como padrão de confronto, apto a demonstrar a existência de dissídio jurisprudencial no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Precedentes”.

De outro lado, e mesmo que se pudesse superar o aspecto ora referido, também não se mostrariam cabíveis os presentes embargos de diver-

gência, eis que a parte embargante deixou de cumprir o que determina o art. 331 do RISTF.

Com efeito, a parte ora embargante, ao deduzir o presente recurso, descumpriu o preceito regimental mencionado, eis que não demonstrou, com a transcrição dos textos que o configurariam, o alegado dissídio jurisprudencial, abstendo-se, também, de mencionar as circunstâncias que identificariam ou assemelhariam os casos confrontados. Impõe-se ter presente, neste ponto, a propósito do indispensável cotejo analítico a que se refere o art. 331 do RISTF, a advertência fundada no magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal:

“A utilização dos embargos de divergência reclama, sob pena de liminar recusa de seu processamento, que o dissídio interpretativo seja demonstrado de forma clara, objetiva e analítica, mencionando-se as circunstâncias que identificam ou tornam assemelhados os casos em confronto. Não basta, para esse efeito, a mera transcrição das ementas dos julgados invocados como referência paradigmática. Ausência, no caso, do necessário cotejo analítico” (RTJ 157-980/981, rel. Min. Celso De Mello, Pleno).

“Não basta, para efeito de comprovação do dissídio pretoriano, a simples juntada do inteiro teor do acórdão apontado como referência paradigmática. A utilização adequada dos embargos de divergência impõe que se demonstre, de maneira clara, objetiva e analítica, o dissídio jurisprudencial invocado, devendo o recorrente, para esse efeito, reproduzir os trechos pertinentes e mencionar as cir-

cunstâncias que identifiquem ou tornem assemelhados os casos em confronto” (RTJ 159-296/297, rel. Min. Celso de Mello, Pleno).

Revela-se legítima, desse modo, a recusa liminar de processamento dos embargos de divergência, sempre que a parte que deles se utilizar descumprir, como no caso, a obrigação formal de proceder ao confronto analítico entre as decisões invocadas como referência paradigmática, de um lado, e o acórdão embargado, de outro: “A utilização adequada dos embargos de divergência impõe ao recorrente o dever de demonstrar, de maneira objetiva e analítica, o dissídio interpretativo alegado, reproduzindo, para efeito de sua caracterização, os trechos que configuram a divergência indicada e mencionando, ainda, as circunstâncias que identificam ou tornam assemelhados os casos em confronto. O desatendimento desse dever processual legítima o indeferimento liminar da petição recursal ou justifica, quando já admitidos, o não-conhecimento dos embargos de divergência” (RTJ 157-975/976, rel. Min. Celso de Mello, Pleno)

“A parte embargante, sob pena de recusa liminar de processamento dos embargos de divergência — ou de não-conhecimento destes, quando já admitidos — deve demonstrar, de maneira objetiva, mediante análise comparativa entre o acórdão paradigma e a decisão embargada, a existência do alegado dissídio jurisprudencial, impondo-se-lhe reproduzir, na petição recursal, para efeito de caracterização do conflito interpretativo, os trechos que configuram a divergência indicada, mencionando, ainda, as circunstâncias que identificam ou tornam as-

semelhados os casos em confronto” (ERE n. 247.416/SP (EDcl) (AgRg), rel. Min. Celso De Mello, Pleno).

Finalmente, e mesmo que fosse lícito conhecer dos presentes embargos de divergência — afastados, em consequência, os óbices de natureza formal anteriormente referidos (o que se alega por mero favor dialético) —, ainda assim não se mostraria acolhível a pretensão recursal deduzida pela parte ora embargante, considerado o que dispõe o art. 332 do RISTF. É que o acórdão ora embargado — ao repelir a teoria do fato consumado, nos termos em que o fez — nada mais refletiu senão diretriz jurisprudencial prevalecente em ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal.

Cumprе assinalar, neste ponto, por necessário, que situações de fato, geradas pela concessão de provimentos judiciais de caráter meramente provisório, não podem revestir-se, ordinariamente, *tractu temporis*, de eficácia jurídica que lhes atribua sentido de definitividade, compatível, apenas, com decisões favoráveis revestidas da autoridade da coisa julgada, notadamente nas hipóteses em que o deferimento de medida liminar esteja em conflito com a ordem constitucional, como expressamente reconhecido no acórdão ora embargado.

Cabe registrar, por relevante, que esse entendimento tem prevalecido na mais recente jurisprudência firmada, no tema, por ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, como se vê dos julgamentos — a seguir referidos — consubstanciados em acórdãos assim ementados:

“Não assiste, ao candidato reprovado em etapa eliminatória de con-

curso público, a pretensão de alcançar a segunda fase do mesmo, sob a alegação da ulterior abertura de novo procedimento seletivo. Assertiva, também infundada, de fato consumado, decorrente de concessão liminar do mandado de segurança indeferido por decisão definitiva (cf. Acórdão no Agravo n. 120.893/AgRg)” (RTJ 176/263, rel. Min. Octávio Gallotti, Primeira Turma). “A concessão de liminar mandamental não basta, só por si, para garantir, em caráter definitivo, a nomeação e a posse em determinado cargo público. A mera concessão de liminar mandamental — consideradas as notas de transitoriedade, cautelaridade, provisoriedade e instabilidade que tipificam esse provimento judicial — não basta, só por si, em face de sua evidente precariedade, para assegurar, em caráter permanente, a nomeação e a posse em determinado cargo público, pois tais atos administrativos, quando vindicados em sede judicial, somente se revelam compatíveis com a definitiva prolação de ato sentencial favorável. Precedentes” (RMS n. 23.636-DF (AgRg), rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma).

“Recurso ordinário de mandado de segurança — Improcedência da aplicação ao caso da denominada ‘teoria do fato consumado’. Teoria, aliás, que tem sido rejeitada por esta 1ª Turma. Recurso ordinário a que se nega provimento” (RMS n. 23.593/DF, rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma).

“A aprovação na primeira etapa, conforme estabelecido no edital, não confere aos candidatos direito de participar do curso de formação, se não classificados dentro do número de vagas previsto. Liminar que determina a participação dos impetrantes

na segunda etapa de novo concurso público, cujo resultado final é publicado quando já verificada a caducidade do concurso anterior. Hipótese em que não se caracteriza a quebra da ordem classificatória. Fato consumado inexistente diante da denegação do mérito da ordem liminarmente concedida. Recurso não provido” (RMS n. 23.693-DF, rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma).

“Mandado de segurança — Concurso público — Delegado de Polícia Federal — Candidato não classificado dentro do número de vagas previsto em edital (Edital n. 1/93) — Concurso público cujo prazo de validade já se exauriu — Pretendido reconhecimento do direito à participação em curso de formação profissional, a ser realizado no contexto de novo concurso público, aberto, posteriormente, quando já esgotado o prazo de validade do certame anterior — Impossibilidade — Rejeição da teoria do fato consumado — Precedentes (STF) — Agravo improvido” (RMS n. 23.544/DF (AgRg), rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma).

A inviabilidade dos presentes embargos de divergência, em decorrência das razões ora mencionadas, impõe uma observação adicional: no desempenho dos poderes processuais de que dispõe, assiste, ao Ministro-relator, competência plena para exercer, monocraticamente, o controle das ações, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, legitimando-se, em consequência, os atos

decisórios que, nessa condição, venha a praticar.

Cumpra acentuar, neste ponto, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inteira validade constitucional da norma legal que inclui, na esfera de atribuições do relator, a competência para negar trânsito, em decisão monocrática, a recursos, pedidos ou ações, quando incabíveis, estranhos à competência desta Corte, intempestivos, sem objeto ou que veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante do Tribunal (RTJ 139/53 — RTJ 168-174/175).

Nem se alegue que esse preceito legal implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado (Ag n. 159.892/SP (AgRg), rel. Min. Celso de Mello — RE n. 222.285-SP (AgRg), rel. Min. Carlos Velloso).

Sendo assim, pelas razões expostas, não admito os presentes embargos de divergência, por reputá-los incabíveis (CPC, art. 557, *caput*).

Publique-se.

Brasília, 7 de junho de 2002.

Ministro Celso de Mello,
Relator.

**JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RECURSOS ESPECIAIS

RECURSO ESPECIAL N. 258.492/SC

Relator: Min. Francisco Falcão

Recorrente: Ricardo Carlos Ripke

Advogado: Agnaldo Chaise

Recorrida: Fundação Unificada do Oeste de Santa Catarina

Advogado: Manoel J. G. Seganfredo

DECISÃO

Vistos etc.

Cuida-se de recurso especial interposto por Ricardo Carlos Ripke, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas a e c, do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assim ementado, *verbis*:

“Mandado de segurança — Impetração contra atos praticados pelos coordenadores do curso de direito da Uniesc, indeferindo transferência de matrícula — Aluno regularmente matriculado em faculdade de direito do Rio Grande do Sul e passou a exercer função comissionada em município do território catarinense — Segurança concedida — Recurso voluntário interposto, colimando a reforma do julgado monocrático — Provimento.

“1. A transferência de matrícula de um estabelecimento de ensino para outro congênere, dentro do territó-

rio nacional, só é possível, quando o estudante é servidor público e, no interesse da Administração, muda de domicílio.

“2. O exercente de cargo comissionado, sujeito a demissão *ad nutum*, não é servidor público” (fl. 112).

Sustenta o recorrente, em síntese, que o v. acórdão hostilizado violou expressamente o disposto nos arts. 499 do CPC e 99 da Lei n. 8.112/90, bem como divergiu de julgados deste e de outros Tribunais, aduzindo ser direito do servidor público a transferência compulsória para instituições de ensino independentemente do fato de exercer função pública num cargo comissionado.

Instado, o douto representante do Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 183/195).

Relatados. Decido.

O cerne da discussão aparentemente encontra-se no fato de se po-

der estender àqueles que assumem cargo em comissão a benesse da matrícula compulsória em instituições de ensino superior, garantida aos servidores públicos em geral, caso sejam transferidos no interesse da Administração.

Todavia, há que se ponderar, antes, a situação fáctica já instalada no caso concreto, i. e., o fato de o recorrente estar próximo de concluir o curso, ou de até mesmo já o ter concluído, e as conseqüências que a supressão da segurança a ele trariam no presente momento.

A posição desta colenda Corte é no sentido de que os jurisdicionados não podem sofrer com as decisões colocadas à apreciação do Poder Judiciário, especialmente em se tratando de uma situação fáctica consolidada pelo lapso temporal. A supressão da segurança, e seu conseqüente impedimento a que o recorrente conclua seu curso de graduação, implicaria num retrocesso em sua educação. Ademais, a manutenção da segurança prejuízo algum traria a terceiros.

Este entendimento foi assim plasmado em muitos julgados deste Tribunal, dos quais destaco: EREsp n. 177.523/PE, rela. Min. Nancy Andrighi, DJ de 27/3/2000, pág. 60; EREsp n. 140.726/RN, rel. Min. Adhemar Maciel, rel. para acórdão Min. José Delgado, DJ de 16/8/99, pág. 40; REsp n. 137.989/CE, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 10/5/1999, pág.

134; EREsp n. 94.941/CE, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 10/4/2000, pág. 66, este último assim ementado:

“Processo civil e administrativo. Embargos de divergência (arts. 496, VIII, e 546, CPC; art. 266, RISTJ). Ensino superior. Contrato de trabalho com autarquia federal. Transferência de estudante matriculado em curso superior. Lei n. 4.024/61 (art. 100). Lei n. 7.037/82. Lei n. 8.112/90 (art. 99).

“1. *Omissis*.

“2. O favorecimento de inicial provimento judicial, apesar das travas administrativas, ficando demonstrado que o estudante continuou frequentando os períodos curriculares, o decurso de tempo amolda o fato consumado. Desaforá-lo, seria revolta contra a realidade fáctica e delírio contra a razão, causando danos irreparáveis ao estudante interessado.

“3. *Omissis*.

“4. *Omissis*.”

Ante o exposto, respeitando-se a situação fáctica já consolidada e em atendimento ao princípio do fato consumado, dou provimento ao recurso especial, com esteio no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

Brasília (DF), 2 de agosto de 2002.

Ministro Francisco Falcão,
Relator.

RECURSO ESPECIAL N. 277.443/SC**Relator: Min. Francisco Falcão****Recorrente: Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 11ª Região — Creci/SC****Advogados: Adilson Alexandre Simas e outros****Recorrido: Instituto Catarinense de Engenharia de Avaliações e Perícias — Ibape/SC****Advogado: André Opilhar****Recorrido: Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia de Santa Catarina — Crea/SC****Advogado: João Henrique Blasi****DECISÃO***Vistos etc.*

Cuida-se de recurso especial interposto pelo Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 11ª Região – Creci/SC, com fulcro no artigo 105, III, alíneas a e c, do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assim ementado:

“Administrativo e constitucional – Mandado de segurança coletivo – Ato normativo de efeito concreto – Pressupostos de admissibilidade do *writ* – Perícias judiciais – Atos privados de profissionais de nível universitário – Crea – Associação de engenheiros – Creci – Ato do Corregedor-Geral – Competência do Tribunal de Justiça – Ordem concedida para suspender provimento que faculta aos corretores a realização de perícias judiciais.

“Havendo probabilidade de lesão a direito de determinada coletividade, próprio e adequado o recurso ao mandado de segurança preventivo de natureza coletiva.

“Possui efeito concreto, ato normativo que excluindo prerrogativa legal de uma classe, os engenheiros, faculta a outra, os corretores de imóveis, a realização de perícias judiciais” (fl. 115).

Sustenta o recorrente violação ao artigo 3º da Lei n. 6.530/78 e à Súmula 266 do STF, bem como divergência jurisprudencial, aduzindo que não é exclusividade dos profissionais inscritos no Crea a realização de arbitramento ou avaliação de imóvel.

Instado, o douto Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso especial (fls. 180/182).

Relatados, decido.

Verifico que a pretensão do recorrente merece guarida.

A avaliação de imóveis não demanda conhecimentos específicos de engenharia, arquitetura ou agronomia. Para determinar-se o valor de um imóvel, é necessário o conhecimento do mercado imobiliário local e das características do bem, matéria que não se restringe àquelas áreas de conhecimento, podendo ser aferida pelos cor-

retores de imóveis ou outros profissionais com conhecimento sobre o tema.

Dessa forma, o Provimento da Corregedoria-Geral de Justiça de Santa Catarina, o qual possibilitou a realização de perícias judiciais por corretores de imóveis, não feriu direito líquido e certo dos profissionais inscritos no Crea, pois a avaliação de imóveis não é ato privativo desses profissionais.

Sobre o assunto, destaco os seguintes precedentes jurisprudenciais, *verbis*:

“Processual civil. Execução. Art. 680, CPC. Avaliação de imóvel. Inexistência de avaliador oficial. Nomeação de perito engenheiro, arquiteto ou agrônomo. Lei n. 5.194/66. Não exclusividade. Doutrina. Jurisprudência. Precedentes. Recurso desacolhido.

“I – Ao nomear o perito, deve o juiz atentar para a natureza dos fatos e agir com *grano salis*, aferindo se a perícia reclama conhecimentos específicos de profissionais qualificados e habilitados em lei, dando à norma interpretação teleológica e valorativa.

“II – A determinação do valor de um imóvel depende principalmente do conhecimento do mercado imobiliário local e das características do bem, matéria que não se restringe às áreas de conhecimento de engenhei-

ro, arquiteto ou agrônomo, podendo ser aferida por outros profissionais.

“III – A verificação da qualificação profissional do perito nomeado para avaliar imóvel em execução e a existência ou não de avaliadores oficiais na comarca (art. 680, CPC) exigem a reapreciação de fatos da causa, vedada à instância especial, a teor do enunciado n. 7 da Súmula/STJ” (REsp n. 130.790/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 13/9/1999).

“Processual civil. Renovatória de locação. Laudo pericial. Incapacidade profissional do perito.

“Não é privativa de profissionais inscritos nos Creas a elaboração de laudo para a determinação de valor de aluguel, em ação renovatória, podendo tal atividade ser desempenhada por profissionais de corretagem e de ciências contábeis, afeitos ao mister” (REsp n. 21.303-8/BA, rel. Min. Dias Trindade, DJ de 29/6/1992).

Tais as razões expendidas, com esteio no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso especial.

Publique-se.

Brasília/DF, 11 de junho de 2002.

Ministro Francisco Falcão,
Relator.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 11.589/SC

Relator: Ministro Franciulli Netto

Recorrentes: Ceres Cavalcanti de Albuquerque e outro

Advogados: Ceres Cavalcanti de Albuquerque (em causa própria) e outro

Impetrado: Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Rio do Sul

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procuradores: Mauro José Deschamps e outros

EMENTA

Recurso ordinário. Mandado de segurança impetrado contra ato de magistrado. Advogado. Autorização para a retirada de autos de cartório. Provimento n. 90/98. Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Pessoa de confiança processada por crime de desacato. Revogação da autorização pelo juiz. Impossibilidade.

Ao regular a atividade da secretaria da vara na qual oficiava, o MM. Juiz de primeiro grau age como autoridade administrativa, submetido, portanto, às regras do direito administrativo. Dessa forma, tem inteira pertinência a antiga máxima pela qual se o particular pode fazer tudo que a lei não proíbe, a administração somente poderá fazer aquilo que a lei determina.

O Provimento n. 90/98 expressamente permite a autorização, pelo advogado, para que qualquer pessoa possa, sob sua responsabilidade, retirar autos.

Entre a norma e o fato (pretensão do advogado em autorizar a retirada por pessoa de sua confiança) há inequívoca vinculação. Se o ato normativo não protegia de maneira adequada o interesse público, deveria ser desconstituído ou modificado pelas vias próprias,

mas nunca aplicado de maneira restritiva pelo magistrado que, contém repetir, exercia na ocasião função administrativa, não jurisdicional.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Filho, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 5 de junho de 2001.
(data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins,
Presidente;
Ministro Franciulli Netto,
Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator):

Ceres Cavalcanti de Albuquerque e Allan Cavalcanti de Albuquerque Oltan impetraram mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do Exmo. Sr. Juiz da 1ª Vara Cível da comarca de Rio do Sul, para que fosse garantido o direito da primeira advogada, em autorizar seu funcionário e filho, o segundo, a retirar autos da secretaria da vara, como lhe permitia o Provimento n. 90/98 da Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, não

obstante a existência de processo criminal contra aquele.

A liminar foi indeferida (fl. 18).

Encerrada a instrução processual, o egrégio Tribunal do Estado de Santa Catarina houve por bem denegar a ordem, proferindo acórdão assim ementado:

“Mandado de segurança — Permissão para a retirada de processos do cartório — Cassação — Imputação ao autorizado da autoria de fatos desabonadores — Revogabilidade do ato lastreada na quebra de confiança, revogável *ad nutum* — Poder-dever do togado, investido do *munus* de administrador — Interesses da ordem pública, sociedade e justiça — Ausência de ilegalidade ou abuso de poder (Lei n. 1.533/51, artigo 1º) — Ordem denegada” (fl. 120).

Irresignados, opuseram os impetrantes embargos declaratórios, rejeitados, todavia, pelo Tribunal a *quo*:

“Embargos declaratórios — Vedação da retirada de autos de cartório — Questão afeta aos motivos que ensejaram o impedimento ao autorizado — Constituição Federal, Estatuto da OAB e Provimento n. 90/98 da Corregedoria-Geral da Justiça — Medida administrativa disciplinadora de natureza provisória — Autorização cassada no interesse da ordem pública, sociedade e justiça — Hipótese de omissão repelida — Erros — Juízo de convicção — Apoio em premissas equivocadas — Manifestação do acór-

dão em sintonia com o resultado do julgamento — Requisitos do artigo 535 — Ausência — Rejeição” (fl. 138).

Inconformados com esse resultado, interpuseram os impetrantes recurso ordinário, pleiteando seja reformada a decisão proferida pelo Tribunal *a quo* e restaurado o ato que concedeu o direito à primeira recorrente a autorizar a retirada de autos pelo segundo, sob sua responsabilidade.

Contra-razões (fls. 182/184).

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento parcial do recurso (fls. 198/208).

É o relatório.

Recurso ordinário. Mandado de segurança impetrado contra ato de magistrado. Advogado. Autorização para a retirada de autos de cartório. Provimento n. 90/98. Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Pessoa de confiança processada por crime de desacato. Revogação da autorização pelo juiz. Impossibilidade.

Ao regular a atividade da secretaria da vara na qual oficiava, o MM. Juiz de primeiro grau age como autoridade administrativa, submetido, portanto, às regras do direito administrativo. Dessa forma, tem inteira pertinência a antiga máxima pela qual se o particular pode fazer tudo que a lei não proíbe, a administração somente poderá fazer aquilo que a lei determina.

O Provimento n. 90/98 expressamente permite a autorização, pelo advogado, para que qualquer pessoa possa, sob sua responsabilidade, retirar autos.

Entre a norma e o fato (pretenção do advogado em autorizar a reti-

rada por pessoa de sua confiança) há inequívoca vinculação. Se o ato normativo não protegia de maneira adequada o interesse público, deveria ser desconstituído ou modificado pelas vias próprias, mas nunca aplicado de maneira restritiva pelo magistrado que, convém repetir, exercia na ocasião função administrativa, não jurisdicional.

Recurso conhecido e provido.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator):

Tratam os autos da questão de saber se decisão de natureza administrativa proferida por Juiz de Direito pode extrapolar o conteúdo de provimento editado pela Corregedoria do Tribunal.

O Provimento n. 90, de 12 de novembro de 1998, assinado pelo Corregedor-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina, dispõe que:

“Art. 1º — A retirada de autos cíveis de cartório é reservada a advogados, estagiários regularmente inscritos na OAB, constituídos procuradores de alguma das partes, além de pessoas expressamente autorizadas por escrito pelo advogado, sob sua responsabilidade.

“Art. 2º — Em caso de tramitação mediante segredo de justiça, o seu exame, em cartório, é restrito aos advogados, ressalvadas informações às partes.

(...)

“Art. 4º — Em matéria penal, a carga poderá ser efetuada, também, somente por advogado ou estagiário regularmente inscritos na OAB, mesmo sem procuração, se o acusado in-

dicar defensor no interrogatório ou em qualquer ocasião que comparecer em juízo, bem assim de terceiros expressamente autorizados por escrito pelo advogado, sob sua responsabilidade”.

O Juízo de primeiro grau, por seu turno, não obstante a permissão conferida pelo referido provimento, houve por bem revogar o ato que deferira o pedido formulado por Ceres Cavalcanti de Albuquerque para que Allan Cavalcanti de Albuquerque Oltan retirasse autos do Cartório da 1ª Vara em seu nome e sob sua responsabilidade (fl. 11). Esclareceu o inclito magistrado, nas informações, que:

“Tratou-se de medida preventiva que levou em conta os interesses da ordem pública, da sociedade e da justiça, que estão sempre acima de qualquer interesse pessoal. O que diria o cidadão rio-sulense, ávido por descobrir escândalos, sumamente atento à correção dos atos administrativos de todos os Poderes, se já na segunda-feira seguinte ao episódio tido por desabonador, visse o indigitado solto sob fiança transportando processos judiciais pelas ruas da cidade, sob plena autorização do Juízo?”.

O douto colegiado *a quo* reforça essa fundamentação, ao mencionar que:

“(…) Nem a edição do Provimento nem a interpretação conferida pelos impetrantes às referidas normas são aptas a desconstituir os critérios de que se valeu o juiz que, para tal desiderato, invocou outras, sobrepondo os interesses particulares da causídica e de seu filho. Neste contexto, e ainda que venha a ser absolvido, o envolvimento do segundo impetrante

nos fatos narrados na peça acusatória era fator que incitava certo receio em relação à confiança que se lhe havia sido depositada, pois deixou antever, quando menos, seu despreparo frente a determinadas responsabilidades” (fls. 123/124).

Consoante se pode observar pela leitura da narrativa *supra*, total razão assiste aos recorrentes.

Ao regular a atividade da secretaria da vara na qual oficiava, o MM. Juiz de primeiro grau age como autoridade administrativa, submetido, portanto, às regras do direito administrativo. Dessa forma, tem inteira pertinência a antiga máxima pela qual, se o particular pode fazer tudo que a lei não proíbe, a administração somente poderá fazer aquilo que a lei determina.

O Provimento n. 90/98 expressamente permite a autorização, pelo advogado, para que qualquer pessoa possa, sob sua responsabilidade, retirar autos. Assim, nenhuma restrição pode ser imposta, a não ser a relacionada com a própria movimentação desses. Quer dizer, limitações ou cessações poderiam ser impostas, desde que ocorridas na retenção indevida dos autos, extravio etc., pois, não há perder de vista que a responsabilidade pela autorização é do advogado, a quem somente poderão ser carregadas as penalidades previstas em lei.

Trata-se, portanto, de ato vinculado, pois que pelo referido provimento a autoridade administrativa declarou, de maneira explícita, a sua vontade de permitir a retirada de autos em tais condições. Daí decorre que, do confronto entre a norma e o fato (pretensão do advogado em autorizar a retirada por pessoa de sua confian-

ça), há inequívoca vinculação. Se o ato normativo não protegia de maneira adequada o interesse público, deveria ser desconstituído ou modificado pelas vias próprias, mas nunca aplicado de maneira restritiva pelo magistrado que, convém repetir, exercia na ocasião função administrativa, não jurisdicional.

Consoante bem lembrou o nobre representante do Ministério Público Federal:

“A rigor qualquer providência no sentido de restrição ao direito do segundo impetrante deveria, a nosso sentir, decorrer de ato dessa autoridade e não do Juiz da 1ª Vara da comarca de Rio do Sul/SC. A competência para instaurar a ação disciplinar não deve ser confundida com a competência do órgão que forma juízo sobre o fato e a conduta do apontado infrator, e a eventual aplicação de sanções.

“A lei de organização judiciária dispõe sobre a competência dos juízes de varas, dos diretores de foro e dos corregedores, que se sobrepõem à ordem hierárquica, quanto ao poder disciplinar.

“O provimento é ato administrativo diretamente expedido por Sua Excelência o Corregedor-Geral da Justiça, ato que deve ser cumprido pelos demais juízes titulares de varas.

“A aplicação restritiva do provimento não pode ficar à libido da autoridade hierarquicamente inferior, de sorte a considerar fatos isolados ocorridos sem nenhuma vinculação com a matéria tratada no ato regulamentador para justificar a aplicação de sanções não previstas no citado provimento” (fls. 205/206).

Evidente, portanto, a violação ao direito da advogada em autorizar qualquer pessoa de sua confiança a retirar os autos e, em consequência, o desrespeito ao direito do segundo impetrado em, uma vez autorizado, utilizar tais poderes, motivo pelo qual impõe-se a reforma do acórdão recorrido para que seja concedida a ordem.

Diante do exposto, dou provimento ao presente recurso.

É como voto.

Ministro Franciulli Netto,
Relator.

**VICE-PRESIDÊNCIA
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

PEDIDOS DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR N. 2002.011635-7, DA CAPITAL

Requerente: Estado de Santa Catarina

Procuradores: Drs. Walter Zigelli e Queila de Araújo Duarte Vahl

Requerido: Banco de Brasília S.A. – BRB

Advogado: Dr. Eduardo Dantas Ramos Jr.

Processo na origem: Ação Cautelar Inominada n. 023.02.009313-9 (Vara da Fazenda Pública – 2º Cartório)

O Estado de Santa Catarina, com fundamento no art. 4º da Lei n. 8.437/92, requer a suspensão da liminar deferida pelo DD. Juiz de Direito da Vara dos Feitos da Fazenda Pública da Capital, nos autos da Ação Cautelar Inominada n. 023.02.009313-9, proposta pelo Banco de Brasília S.A., que, mediante caução, determinou que o Estado de Santa Catarina, por intermédio do seu agente financeiro guardião, o Besc, “provisione os títulos por ele emitidos disponibilizando-os livremente, na movimentação financeira e de custódia na Cetip (Central de Custódia e Liquidação Financeira de Títulos), do Bacen, na forma dos regulamentos vigentes”.

Explica ser conhecido por todos neste Estado o “escândalo dos precatórios”, que foi a emissão de Letras Financeiras do Tesouro do Estado de Santa Catarina – LFTSC, no montante aproximado de R\$ 600 milhões de reais (à época), para pagamento de precató-

rios pendentes de pagamento nos moldes do art. 33 do ADCT da Constituição Federal, quando em verdade não haviam precatórios naquelas condições. Os títulos foram colocados no mercado com elevado deságio, “assim como pagamento de R\$ 33 milhões de reais a título de ‘taxa de sucesso’ para o Banco Votorantim S.A.”.

Prossegue, dizendo que, em face de tais atos ilegais e lesivos ao patrimônio público, foram ajuizadas duas ações: uma ação popular (autos n. 023.97.243870-7), na qual foi declarada a nulidade dos títulos e a sentença confirmada nos autos da Apelação Cível n. 1999.019464-7 (rel. Des. Francisco Oliveira Filho), e uma ação civil pública (autos n. 023.98.021459-1), na qual foi deferida medida liminar que bloqueou a circulação dos títulos e impediu seu resgate, e mantida pelos Agravos de Instrumento ns. 98.013050-8, 98.007451-0 e 98.008988-3 (rel. Des. Carlos Prudêncio).

Informa que após declarada a nulidade dos títulos o Banco de Brasília S.A. ingressou com ação de cobrança para obter o ressarcimento dos valores despendidos na aquisição destes, tendo ajuizado, incidentalmente, a ação cautelar de que ora se trata, cuja liminar restou deferida, argumentando o autor naquela ação estar sendo obrigado pelo Banco Central do Brasil a realizar o provisionamento dos títulos.

Esclarece que o provisionamento determinado pelo Bacen ao Banco de Brasília não se refere a depósito de valores, mas sim a um lançamento contábil exigido pelo art. 183 da Lei das Sociedades Anônimas, logo o “provisionamento” que o Banco de Brasília pretende do Estado não equivale ao exigido pelo Banco Central.

Alega causar a medida liminar grave lesão à ordem pública, porquanto afronta as decisões deste Tribunal de Justiça, antes referidas, pois reconhece a validade, liquidez e exigibilidade dos títulos declarados nulos, ressaltando que a sentença que julga procedente pedido formulado em ação popular possui eficácia *erga omnes* e, no caso, também é auto-executória.

Diz também caracterizar prejuízo à ordem pública o fato de a Fazenda Pública ter que disponibilizar valores sem a prévia apresentação de precatório, contrariando o disposto no art. 100 da CF, a par de implicar a liminar deferida em verdadeira antecipação da tutela, pois “possibilita praticamente o resgate dos títulos pelo BRB junto ao Cetip”, sem a presença do requisito da verossimilhança, dada a inexistência de incerteza, iliquidez e inexigibilidade de tal crédito, susten-

tando, outrossim, que o art. 730 do CPC só tem aplicação quando a execução contra a Fazenda Pública estiver fundada em título judicial – sentença, o que não é o caso da tutela antecipada, posto ser uma decisão interlocutória.

Sustenta, por fim, que o cumprimento da decisão impugnada causará grave lesão à economia pública, pela ausência de previsão orçamentária para o pagamento em questão, obrigando o Estado de Santa Catarina a burlar o orçamento anual aprovado, remanejando verbas destinadas a outras finalidades, tais como saúde, educação ou obras necessárias à população, para realizar o resgate dos títulos do Banco de Brasília, os quais somam mais de 9 milhões de reais, existindo outros detentores de títulos que já ajuizaram ou estão ajuizando ações de cobrança contra o Estado, abrindo a cautelar em questão precedente para os demais adquirentes de títulos, o que significaria um desembolso imediato de mais de R\$ 625.366.444,87 “(valor atualizado até 31/1/2001, quando da baixa dos títulos no Cetip)”, quantia esta superior à arrecadação mensal do Estado.

É o relatório.

Infere-se dos autos que a partir da Ordem de Serviço SEF/Gasec n. 005/88, da Secretaria de Estado da Fazenda, que relacionou os precatórios pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição Federal, teve início processo legislativo que culminou com a edição de lei para criação, emissão, lançamento e colocação de Letras Financeiras do Tesouro do Estado – LFTSC, no valor de 600 milhões de reais, para pagamento

dos precatórios enquadrados na situação prevista no art. 33 do ADCT/CF, com autorização do Senado Federal e aprovação do Banco Central.

O Banco de Brasília adquiriu três lotes no total de 9.000 Letras Financeiras, pagando pela aquisição R\$ 9.526.673,97, para serem resgatadas em 1º/8/1998 e 1º/5/2001. Porém, antes do vencimento foi ajuizada pelo Ministério Público Estadual a Ação Civil Pública n. 023.98.021459-1, sendo deferida a liminar bloqueando as operações relativas às Letras, impedindo o resgate dos títulos públicos adquiridos no mercado aberto de capitais.

Na Ação Popular n. 023.97.243870-7 foi declarada a nulidade da ordem de serviço e, diante do vício de origem, a conseqüente perda de validade das Letras Financeiras do Tesouro do Estado de Santa Catarina, sendo a decisão confirmada em 15/3/2001, pela 6ª Câmara Civil deste Tribunal, na Ap. Cív. n. 99.019464-7.

Em dezembro de 2001, o Banco de Brasília propôs “ação de cobrança de título extrajudicial com pedido alternativo de tutela antecipada” contra o Estado de Santa Catarina (Autos n. 023.01.061400-4) e, incidentalmente a esta, a Ação Cautelar Inominada n. 023.02.009313-9, com pedido liminar, dizendo-se “compelido pelo Banco Central a constituir uma provisão para a desvalorização das letras em valor equivalente ao total dos títulos adquiridos, ante a inadimplência do Estado, que não resgatou as letras no prazo determinado” (fl. 38), requerendo o deferimento da liminar para que o réu provisionasse o valor nominal dos títulos emitidos, pelo Banco Central e a Cetip, o que restou

deferido, contra o que ora se insurge o Estado de Santa Catarina.

O pedido de suspensão de liminar concedida em ação cautelar movida contra o Poder Público está previsto no art. 4º da Lei Federal n. 8.437/92, devendo ser deferido, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

É tranqüilo, de outra parte, o entendimento do STF e do STJ no sentido de que nos pedidos de suspensão de liminares contra o Poder Público não se examinem questões processuais nem se decida sobre o mérito, havendo via adequada para o seu exame. A exemplo: STF — Pleno, AGRSS 471/DF, j. 13/4/92 e STJ — SS 878, Min. Costa Leite, DJU 15/2/2001, e AGP 1055/MA, Corte Especial, DJU 14/8/2000, pág.130.

No caso, está caracterizada a lesão à ordem jurídica, uma vez que a decisão impugnada, determinando que o Estado realize a cobertura dos títulos, contraria o acórdão da 6ª Câmara Civil deste Tribunal, da lavra do eminente Des. Francisco Oliveira Filho, em que constou:

“Anulada (arts. 15, V, e 37, § 4º da CR, e do ADCT daquela *Lex Mater*, e art. 2º, letras a e c, da Lei n. 4.717/65) aquela ordem de serviço, imprescindível é ‘verificar se o beneficiário do ato estava ou não de boa-fé. Se estava de boa-fé tem direito a uma indenização, caso contrário não tem tal direito. A indenização também tem cabida em relação a terceiros de boa-fé. Estes, quando alcançados pelos efeitos da invalidação, têm esse direito’ (Diógenes Gasparini, Direito

Administrativo, Saraiva, 5ª ed., págs. 104/5). Resultado exegético: as adquirentes das Letras Financeiras do Tesouro do Estado de Santa Catarina, inclusive no mercado secundário, como decorrência da invalidação das cédulas, em ação autônoma, poderão cogitar de reaverem os valores do negócio anulado. Inadmissível é supor que a compra daqueles títulos por terceiros que se dizem de boa-fé convalidaria o vício *ab initio*; ou, então, que a anulação seria parcial. O alcance da ilegalidade e lesão ao patrimônio público é irrestrito” (fls. 102/3).

O Banco de Brasília, bem verdade, ingressou com a ação autônoma (ação de cobrança) pleiteando a devolução dos valores das Letras pelo Estado de Santa Catarina, porém, o procedimento determinado pela medida liminar contraria a decisão do Colegiado, pois manda o Estado provisionar, de imediato, os valores dos títulos disponibilizando-os na movimentação financeira e de custódia na Cetip, do Banco Central, validando, de forma indireta, as Letras Financeiras do Tesouro do Estado de Santa Catarina, enquanto a decisão da 6ª Câmara Civil proferida na ação popular as considerou inexigíveis, a par de remeter os adquirentes de boa-fé às vias judiciais ordinárias, o que equivale a submeter a execução contra a Fazenda Pública ao procedimento previsto no art. 730 do CPC, o que não foi observado.

Conforme decisão do Ministro Marco Aurélio, do STF (SS 1263/PE, DJU 13/12/2001) o pagamento sem o precatório afronta o “o art. 100 da Carta Magna, uma vez ter a norma constitucional estabelecido que *todos os pagamentos devidos pela Fazenda Pública Federal, Estadual ou Municipal, em vir-*

tude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios à conta dos créditos respectivos.

“Com efeito, nenhum pagamento devido pela Fazenda Pública poderá escapar ao sistema de precatórios estabelecido pelo Texto Constitucional, nem mesmo o pagamento de vantagens asseguradas em sentença concessiva de mandado de segurança.

“*In casu*, como bem ressaltou o autor à fl. 9, o eminente relator do mandado de segurança determinou o imediato e integral cumprimento da decisão, inobservando a devida expedição do precatório, conforme exige o art. 100 da Constituição Federal...” (grifo nosso).

O prejuízo à economia pública é manifesto, em virtude de o Estado de Santa Catarina ter de desembolsar de imediato mais de 9 milhões de reais, podendo ultrapassar 625 milhões de reais se os demais adquirentes dos títulos também obtiverem decisão favorável, valor este superior à arrecadação mensal do Estado, conforme prova o documento de fls. 171/172 (balanço financeiro do mês de abril de 2002, publicado no Diário Oficial de 4/6/2002), o que certamente causará grave lesão aos cofres públicos e descumprimento do orçamento anual, com possíveis transferências de recursos destinados ao atendimento básico de setores indispensáveis à população, como saúde, educação e segurança, causando, por igual, prejuízo à ordem administrativa, em detrimento do interesse público primário.

Nessas condições, defiro o pedido para suspender os efeitos da liminar concedida na Ação Cautelar Ino-

minada n. 023.02.009313-9, que tramita na Vara dos Feitos da Fazenda Pública da Capital (2º Cartório).

Dê ciência ao Juízo *a quo*, com urgência, para as devidas providências.

Intimem-se e publique-se.

Florianópolis, 19 de junho de 2002.

Alberto Costa,
1º Vice-Presidente.

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR N. 2002.022970-4, DE INDAIAL

Requerente: Município de Indaial

Procurador: Dr. Nilton Hening

Autor: Ministério Público Estadual

Promotor: Dr. Odair Tramontin

Interessado: Estado de Santa Catarina

Procuradores: Drs. Walter Zigelli e Queila de Araújo Duarte Vahl

Autos na origem: Ação Civil Pública n. 031.02.004236-2 (2ª Vara de Indaial)

O município de Indaial interpôs agravo de instrumento da decisão da Juíza de Direito da 2ª Vara de Indaial, que deferiu liminar em ação civil pública proposta pelo Ministério Público Estadual.

O processo foi inicialmente distribuído para o Des. Victor Ferreira, o qual se declarou suspeito para atuar nos autos.

Na mesma data do despacho (26/9/2002), o Estado de Santa Catarina ingressou nos autos, noticiando sua pretensão de habilitar-se na ação civil pública, requerendo a juntada da manifestação do Secretário de Estado da Saúde dirigida ao Procurador-Geral do Estado, sobre “a repartição das competências administrativas no âmbito do Sistema Único de Saúde, que caracteriza a responsabilidade municipal pelo transporte intraestadual” (fls. 423/433).

Redistribuídos os autos, o novo relator, Des. Nilton Macedo Machado,

por entender que “havendo previsão legal de recurso próprio para suspender a liminar e, previsto ainda o recurso de agravo para o caso de suspensão, sua análise agora em agravo de instrumento importaria a supressão de um recurso”, determinou a remessa dos autos a esta 1ª Vice-Presidência.

Nesse passo, destaco que a petição inicial não é muito clara quanto à via processual eleita para atacar a liminar concedida na ação civil pública, referindo-se o Município ora a agravo de instrumento, ora ao pedido de suspensão da execução de liminar previsto no art. 12, § 1º, da Lei n. 7.347/85, como bem registrou em seu relatório o Exmo. Des. Nilton Macedo Machado:

“Concluiu requerendo ‘seja regularmente recebido o presente recurso de agravo de instrumento, em seu efeito suspensivo, para processá-lo segundo o rito cabível à espécie;

‘seja por parte do eminente Presidente desta egrégia Corte, analisado

o pedido de suspensão da execução da liminar, com fulcro no art. 12, § 1º, da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985” (fls. 439/440).

Por oportuno, esclareça-se, com a lição de Marcelo Abelha Rodrigues, que o pedido de suspensão da liminar e o agravo de instrumento não se confundem, pois “estes dois institutos não possuem a mesma natureza, não possuem o mesmo objeto e tampouco a mesma finalidade. Enquanto o primeiro é incidente processual o segundo é recurso; enquanto o primeiro tem por objeto a sustação apenas do efeito da liminar, o segundo pretende corrigi-la, atacando o suposto erro do juiz na sua concessão; enquanto o primeiro pretende evitar a grave lesão ao interesse público, o segundo pretende a reforma da decisão” (Suspensão de Segurança, RT, 2000, pág. 224).

De qualquer modo, diante da ausência de impugnação à decisão que não conheceu do agravo, e ante a expressa referência, na petição inicial, ao dispositivo legal que prevê a suspensão de liminar em ação civil pública, bem como a um de seus pressupostos, conhecimento do agravo de instrumento como pedido de suspensão da eficácia da liminar.

O município de Indaial insurge-se contra a decisão que reconheceu, “*ad cautelam*, a obrigação do Município requerido em relação ao transporte adequado de pacientes do SUS em situações de emergência, quando a remoção for para tratamento fora do domicílio no âmbito intra-estadual; *determinar* aos gestores, respectivamente, Prefeito e Secretária de Saúde, que disponibilizem, por conseguinte, ao corpo clínico do hospital Beatriz Ramos, de forma

ininterrupta e sempre que solicitados, o transporte adequado dos referidos pacientes, podendo, para tanto, utilizar-se do veículo que lhes foi cedido pelo Estado ou contratar, junto a terceiros, um serviço de ambulância com UTI móvel, bem como que *estabeleçam* um serviço de plantão 24 horas por dia, que possa facilmente ser contratado por telefones específicos, visando o atendimento dos chamados de emergência, *sob pena de incorrerem* os requeridos, Olímpio e Vanir, na condição de pessoas físicas, no pagamento de uma multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada um, a qual deverá incidir sobre cada negativa na disponibilização do serviço de ambulância de UTI móvel, nos termos dos arts. 11 e 12, § 2º, da Lei n. 7.347/85”.

O Requerente tece considerações a respeito do mérito da ação civil pública, alegando ser obrigação do Estado, e não do Município, o transporte intra-estadual de pacientes em situação de emergência, e argúi a incompetência absoluta da justiça estadual para o julgamento da ação civil pública, questões estas cujos exames, todavia, refogem ao âmbito do pedido de suspensão de liminar (RTJ 147/512), motivo pelo qual são desconsideradas.

“As razões que justificam o pedido de suspensão de execução de pronunciamento judicial não se associam à juridicidade ou antijuridicidade da decisão prolatada, isto é, não são conseqüência de uma suposta legalidade ou ilegalidade do pronunciamento que se pretende suspender a eficácia. Bem pelo contrário, as razões e motivos da suspensão são para evitar grave lesão à ordem, à saúde e à economia públicas, independentemente do acerto ou desacerto da decisão

que terá sua eficácia suspensa. A licitude ou ilicitude da decisão deverão ser atacadas pela via própria recursal que terá o condão, pois, de apreciar as razões jurídicas da decisão, para só então reformá-la ou cassá-la” (obra citada, págs. 136/7).

Sustenta, ainda, que a decisão impugnada causa lesão à economia pública, porquanto acarretará “despesa pública em dobro para um mesmo fim”, e, sendo suspensa a liminar, a comunidade não ficará desamparada, em face do convênio firmado entre o Município e o Hospital Beatriz Ramos, em que o primeiro repassou ao segundo R\$ 20.300,00 (vinte mil e trezentos reais), com o objetivo de manter os serviços de atendimento de emergência no pronto-socorro do hospital.

Porém, a despesa pública em dobro não foi demonstrada pelo Município, o que é imprescindível, mormente por que a decisão impugnada facultou a utilização da ambulância com UTI cedida pelo Estado (fl. 258).

Ademais, para a suspensão da liminar não é suficiente que a decisão combatida cause despesa para o ente público. Mais que isso, exige-se que o requerente comprove, com números, o prejuízo de elevada monta às suas finanças.

“A mera alegação não basta. É necessária a indicação exuberante com elementos factuais de prova que a lesão está por se verificar” (Ação Civil Pública – Considerações sobre a discricionariedade na outorga e no pedido de suspensão de liminar, na concen-

são de efeito suspensivo aos recursos e na tutela antecipatória. Coord. Édis Milaré, RT, 1995, pág. 344).

A par disso, a medida liminar não prejudica o interesse público. Ao contrário, o resguarda, na medida em que garante serviço de ambulância com UTI aos pacientes que necessitam ser atendidos em outros Municípios.

O Ministério Público Estadual, inclusive, na petição inicial da ação civil pública, noticiou a situação lamentável da ocorrência de óbitos em razão da falta de transporte emergencial e apropriado para a transferência dos pacientes.

Tal quadro revela que o repasse de R\$ 20.300,00, realizado em razão do convênio entre o Município e o Hospital Beatriz Ramos, não obstante destinado ao pronto-socorro, não foi suficiente para aparelhar o hospital de modo a oferecer tratamento adequado a pacientes em estados mais graves, donde se conclui que a suspensão da liminar é que causaria grave lesão à saúde pública, motivo pelo qual o pedido do Município de Indaial é indeferido.

Cientifique-se o Juiz da 2ª Vara de Indaial.

Publique-se e intimem-se, observada a intimação pessoal ao Ministério Público.

Florianópolis, 25 de outubro de 2002.

Alberto Costa,
1º Vice-Presidente.

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SENTENÇA

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SENTENÇA N. 2002.018196-5, DE TIMBÓ

Requerente: Município de Timbó

Advogados: Drs. Max Roberto Bornholdt, Rodrigo Meyer Bornholdt e Ericson Meister Scorsim

Impetrante/interessada: Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – Casan

Advogado: Dr. Charles Fernando Schroeder

Autos na origem: Mandado de Segurança n. 073.01.003808-9 (2ª Vara)

Na comarca de Timbó, a Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – Casan impetrou o Mandado de Segurança preventivo n. 073.01.003808-9, contra ato do Prefeito do município de Timbó, Sr. Waldir Ladehoff, pedindo a concessão de medida liminar.

A liminar restou deferida para que o impetrado se abstinhasse de adotar medidas visando à retomada, pelo Município, dos serviços de abastecimento de água e de coleta de esgoto sanitário concedidos à Casan, a partir do Convênio n. 001/71, sem a prévia indenização pelos investimentos realizados pela concessionária, conforme estabelecido na cláusula 14ª do acordo.

O Município ingressou com pedido de suspensão dos efeitos da liminar, tendo o então 1º Vice-Presidente deste Tribunal de Justiça, o eminente Des. João José Schaefer, indeferido o

pleito, com o que, inconformado, o Município ingressou com pedido semelhante perante o Superior Tribunal de Justiça, o qual, a princípio, foi indeferido pelo Ministro Paulo Costa Leite, vindo a decisão, em 30/4/2002, a ser reconsiderada pelo Ministro Nilson Naves, suspendendo, por conseguinte, a eficácia da liminar deferida na comarca de Timbó.

Após a prestação de informações pela autoridade impetrada e a manifestação do Ministério Público Estadual pela ilegalidade do ato coator, sobreveio sentença concessiva da segurança, para que o Prefeito abstenha-se de adotar medidas visando à assunção dos referidos serviços públicos, “sem que tenha sido apurado, em procedimento próprio, se deve indenizar os investimentos realizados pela impetrante, e, sendo obrigado, levantar o montante e os termos da indenização”.

Inconformado, o Município vem agora pedir a sustação dos efeitos da sentença.

Relata que o convênio com a sociedade de economia mista estadual foi celebrado em 12 de novembro de 1971, e findou em 12 de novembro de 2001, e que, antes do advento do termo final da concessão, constatou irregularidades na prestação dos serviços, razão por que declarou a extinção do convênio e comunicou à concessionária que passaria a explorá-los diretamente, informando os nomes dos servidores públicos municipais que iriam acompanhar a transição dos serviços para a administração municipal. O Prefeito encaminhou projeto de lei para a criação de uma entidade autárquica para efetuar os serviços de água e esgoto, tendo, inclusive, já nomeado os servidores do Serviço Autônomo Municipal de Água e Esgoto – Samae, estando o Município, portanto, preparado para a assunção dos referidos serviços públicos.

Argumenta que, ao proferir a sentença, o Juiz baseou-se exclusivamente no convênio, deixando de julgar a matéria à luz da Lei de Concessões de Serviços Públicos, e inverteu o ônus processual ao decidir que competia ao município a prova de que investiu adequadamente no serviço de água e esgoto, quando, na verdade, a impetrante é quem deveria comprovar o suposto direito à indenização.

Sustenta que a sentença proporcione grave lesão à ordem jurídica e administrativa, à saúde pública e à economia pública.

À ordem jurídica, porque a extinção da concessão em decorrência do

término do prazo acarreta o compulsório retorno do serviço público ao Poder concedente, e permite a ocupação das instalações e a utilização de todos os bens reversíveis, independentemente do pagamento de indenização, cujo direito, se existente, deve ser buscado nas vias ordinárias.

A par disso, assevera ser presumida a inexistência do dever de indenizar, uma vez que a concessionária remunera-se das taxas ou tarifas que cobra, as quais, no caso, foram fixadas unilateralmente pela Casan, presumindo-se, portanto, a amortização dos seus investimentos nos trinta anos de exploração do serviço público municipal, não havendo o que indenizar, fato este, ademais, não comprovado pela impetrante, inexistindo, portanto, direito líquido e certo de continuar como concessionária.

À saúde pública, porque a concessionária não atende adequadamente a comunidade de Tiroleses, estando contaminados 90% dos poços, nascentes e fontes da localidade, ou seja, o lençol freático; ao longo dos trinta anos a concessionária nunca prestou o serviço de esgoto, apenas no final da concessão ofereceu propostas para a sua implantação; desrespeita a legislação vigente sobre a qualidade da água para consumo humano; são antigas as instalações da estação de tratamento da Casan, existindo sérios riscos de contaminação da água que abastece a cidade, devido à falta de manutenção de dois decantadores danificados; a gravidade da situação é reforçada pelo ofício do Ministério Público Federal exigindo providências quanto à implantação do sistema de coleta e tratamento de esgoto.

O Município alega que a decisão também causa prejuízo à ordem administrativa, por impedir o normal funcionamento do serviço público de água e esgoto pela administração municipal.

À economia pública, porque a sentença proporciona à Casan a receita significativa de R\$ 2.000.000,00 por ano, recursos estes que deixam de ingressar no erário municipal, e o excedente, em vez de servir ao próprio serviço público acaba por servir a fins outros que não os do município de Timbó, pois, sendo a impetrante uma empresa privada, possui finalidade de lucro.

Argumenta, ainda, que a concessionária está percebendo valores de forma ilícita, porquanto, terminada a concessão, os recursos provindos do recolhimento das tarifas, por serem públicos, deveriam ser canalizados para o Poder Concedente.

Afirma que o equilíbrio econômico-financeiro não foi alcançado, devido à precariedade do serviço público prestado, muito inferior ao lucro auferido nos trinta anos pela concessionária.

A gravidade do prejuízo à economia pública residiria, ainda, no elevado desperdício de água em razão do rompimento das redes de tubulação, chegando ao teto de 30%, conforme demonstra a Mensagem ao Projeto de Lei que cria o Samae.

Alega, ainda, que a gestão direta do serviço de água e saneamento pelo município de Timbó é a melhor medida administrativa para a satisfação do interesse público, informando, outrossim, que de um total de 290 municípios, a Casan conseguiu a renova-

ção da concessão do serviço de água e esgoto em apenas 12 deles, ou seja, menos de 5% dos convênios foram renovados, estando muitos municípios catarinenses insatisfeitos com a qualidade do serviço prestado pela impetrante.

Afirma, por fim, possuir capacidade técnica e financeira para assumir o serviço público, e menciona trecho da decisão do STJ que suspendeu os efeitos da liminar, na qual diz que “dificilmente a concessionária irá investir recursos próprios na execução de obras de melhoria, uma vez que encerrado o período de vigência – trinta anos – do convênio celebrado para tal finalidade.” Ademais, prossegue, a análise dos balanços da Casan revela que esta não possui “fôlego” financeiro para suportar pesados investimentos, pois se trata de uma “empresa falida” que sobrevive às custas do Estado, tanto que este está criando uma nova empresa, por meio de projeto legislativo, para trazer créditos para a Casan, uma vez que esta não tem condições de acessar novas linhas de crédito.

É o relatório.

O Município de Timbó e a Casan celebraram, em 12 de novembro de 1971, o Convênio n. 001/71, em que o primeiro outorga à segunda, com exclusividade, “a concessão para exploração, implantação e ampliação dos serviços públicos de abastecimento de água e coleta de esgotos sanitários”, com prazo de vigência de 30 anos, o qual findou em 12/11/2001.

“Define-se o convênio como forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse

comum, mediante mútua colaboração” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Direito Administrativo, Editora Atlas, 14ª edição, 2002, pág. 291).

É um acordo de vontades, mas não é contrato. “No contrato tem-se partes, ligadas perenemente (contratualmente), que buscam interesses diversos e contrapostos (uma quer, no contrato de obra pública, a obra; a outra deseja a contraprestação, o preço). No convênio, tem-se partícipes (convenientes não vinculados contratualmente) que propugnam por objetivos de interesses comuns (ambos os Municípios querem a demarcação dos limites municipais; ou Estado Membro e União desejam trocar informações para fins tributários). Desse modo, é natural que qualquer partícipe, a todo tempo, possa denunciar o convênio e dele retirar-se, respondendo pelas obrigações assumidas e auferindo as vantagens até esse momento. Nada deve impedir esses atos do partícipe. *Não se pode, nem mesmo constando do convênio, obrigá-lo a permanecer integrando o ajuste ou puni-lo por solicitar seu desligamento. Qualquer cláusula que restrinja a faculdade de denunciar o acordo ou que institua punição pela retirada contraria a natureza desses ajustes e por essa razão não é admitida*, conforme vêm decidindo os nossos pretórios, a exemplo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (RJTJSP, 96/61). Cláusulas desse teor devem ser tidas como não escritas” (Diógenes Gasparini, Direito Administrativo, Editora Saraiva, 6ª ed., 2001, págs. 375/376) (grifo nosso).

Edmir Netto de Araújo ensina que, como nos convênios as vontades somam-se para a consecução do ob-

jetivo comum, decorre: “a ausência de vinculação contratual, a inadmissibilidade de cláusula de permanência obrigatória (...) e de sanções pela inadimplência...” (Do negócio Jurídico Administrativo, Editora RT, 1992, pág. 146).

Ainda, em acórdão do STF (RTJ 141/625) registrou-se:

“Embora perfeito, o ato administrativo complexo que é o convênio, só isso não gera direito de ser mantido intacto qual se aperfeiçoou, pois, repete-se, a liberdade de ingresso e retirada dos partícipes do convênio é traço característico dessa cooperação associativa a impedir obrigatoriedade de permanência ou sancionadora de quem o denuncie ou queira de modo diverso do acordado, para conformá-lo, como é o caso dos autos, à nova sistemática legal. Em outras palavras, quando o Instituto de Previdência do Estado de São Paulo – Ipesp exigiu o cumprimento da lei nova, ele, em absoluto, não afrontou ato perfeito e/ou direito adquirido, pois é da natureza do Convênio a sua precariedade e, ao certo, ele não gera direito adquirido para os seus partícipes, em razão da sua própria natureza jurídica”.

Portanto, a nosso ver, não pode cláusula convenial condicionar a extinção do convênio pelo término do prazo à prévia indenização.

E como decidiu o ilustrado Ministro Nilson Naves, do STJ, quando da suspensão da liminar, “a Casan possui os meios próprios para garantir a efetividade do direito à indenização postulada – caso o possua – sem a necessária permanência à frente dos serviços objeto da *quaestio*”.

Conclui-se, ante o exposto, pela plausibilidade dos argumentos do requerente, a qual, contudo, não se confunde com a alegada lesão à ordem jurídica, esta ocorrente somente em caso de ilegalidade flagrante, o que, a toda evidência, não acontece na hipótese ora em comento.

Não há, por igual, ameaça de grave *prejuízo* à economia pública, pois a sentença apenas proporciona a continuidade da prestação do serviço público pela Casan, como vem acontecendo há mais de 30 anos, não havendo decréscimo nas contas do Município.

Ademais, os valores arrecadados são destinados, precipuamente, à realização dos serviços públicos pela concessionária, não havendo o requerente comprovado o *lucro* obtido pela Casan e seu impacto nas contas do município de Timbó, apenas apontada a receita anual da empresa estatal, o que, per si, não caracteriza grave lesão à economia pública.

Os demais pressupostos para a suspensão da segurança, todavia, estão presentes.

Mais uma vez evoca-se a decisão do ilustre Ministro do STJ, para quem “a liminar mantendo a Companhia à frente da concessão causa prejuízo ao sistema de saneamento básico e, por conseguinte, à saúde da população timboense, visto que dificilmente a concessionária irá investir recursos próprios na execução de obras de melhoria, uma vez que encerrado o período de vigência – trinta anos – do convênio celebrado para tal finalidade”, e já anunciados pelo Município seu desinteresse em prorrogar a concessão com a sociedade de economia

mista estadual, a criação de autarquia municipal e a nomeação de servidores para dar continuidade à prestação do serviço público. E, diante da complexidade e do montante dos recursos investidos e expendidos na execução do serviço público no município de Timbó nos últimos 30 anos, será necessária, além da prova documental, a realização de prova pericial ampla e detalhada para o encontro de contas, o que poderá levar anos, ficando o Município durante todo o tempo sem o serviço de coleta e tratamento de esgoto, o que, sem dúvida, caracteriza lesão grave à saúde pública, estando, por isso, presente o interesse público tutelado pela suspensão da segurança.

A sentença também causa lesão à ordem administrativa (cf. conceito de José Néri da Silveira, *in* Mandado de Segurança, Hely Lopes Meirelles, Malheiros, 15ª ed., pág. 62), uma vez que, como fundamentado acima, impede a normal execução do serviço público. A par disso, obstaculiza o devido exercício das funções da Administração pela autoridade municipal, atingindo-se a autonomia administrativa do Município consagrada pela Magna Carta (art. 18, *caput*), pois o Chefe do Poder Executivo Municipal não está podendo gerir a coisa pública cuja competência lhe foi atribuída pelo Constituinte (arts. 30, V, CF, e 112, V, da CE).

Ante o exposto, defiro o pedido de suspensão dos efeitos da sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança n. 073.01.003808-9, para possibilitar a assunção dos serviços de água e esgoto pelo município de Timbó, com a ocupação de todos os bens necessários à continuidade dos

referidos serviços sem comprometimento dos atuais níveis de qualidade e quantidade.

Cientifique-se o Juízo da origem, com urgência.

Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 12 de setembro de 2002.

*Des. Alberto Costa,
1º Vice-Presidente.*

RECURSOS ESPECIAIS CÍVEIS

RECURSO ESPECIAL CÍVEL N. 1999.019165-6, DE IMBITUBA

Recorrente: Estado de Santa Catarina

Procuradores: Dra. Bárbara Lebarbenchon Moura Thomaselli Bez e outro

Recorridos: Miriam Stancowich Octávio e Laerte de Carvalho Octávio Filho

Advogado: Dr. Zulamir Cardoso da Rosa

1 – O Estado de Santa Catarina, com espeque no art. 105, inciso III, alínea c, da Constituição Federal, interpôs recurso especial contra decisão da egrégia Sexta Câmara Civil que, apreciando apelação cível, manteve a sentença que julgou procedente ação de indenização pelos recorridos intentada.

Alegou que o aresto atacado é divergente do entendimento jurisprudencial de outros tribunais, requerendo, assim, a admissão do presente recurso.

Juntou cópia de alguns julgados, sendo, posteriormente, apresentadas as contra-razões.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo seguimento do inconformismo, ante a dissonância interpretativa referente à responsabilidade objetiva do Estado.

2 – O reclamo recursal deve ascender ao colendo Superior Tribunal de Justiça, porquanto o recorrente conseguiu demonstrar a ocorrência de discordância pretoriana, quanto à responsabilidade objetiva, pois trouxe à colação duas decisões paradigmas que apresentam similitude com o caso em testilha e em que houve julgamento totalmente diverso à hipótese vertente, uma vez que esta entendeu que o Estado deve indenização decorrente de suicídio de preso psicologicamente perturbado, enquanto aquelas, em situações idênticas, concluíram que “O Estado não pode ser responsabilizado por ato tresloucado do preso, nem mesmo objetivamente” (RT 682/71, fl. 232), e que “não se pode cogitar de falta do serviço ou culpa dos agentes do Estado na guarda do detento”, porque “é inexistente que fosse colocado

um funcionário à sua disposição para vigiá-lo" (RT 743/153, fl. 234).

Além disso, verifica-se que o recorrente efetuou o necessário cotejo analítico entre as decisões indicadas como paradigmas, extraídas de repositórios credenciados, e o aresto objurgado, preenchendo, desse modo, as exigências contidas nos arts. 541 do Código de Processo Civil e 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

3 – De igual modo, o apelo excepcional merece admissão com relação ao valor da pensão, uma vez que o recorrente fez referência a julgado retirado de repositório credenciado (RT 749/354), em que se decidiu de maneira divergente à do presente processo, haja vista este determinar que a pensão a ser paga é de um salário mínimo, enquanto o acórdão paradigma estabeleceu que esta “deve ser calculada com base nos rendimentos auferidos pela vítima descontando-se do seu valor 1/3, que seriam gastos em sua própria manutenção se vivo fosse” (fl. 241).

Da decisão trazida à baila pelo recorrente, observa-se a semelhança

com o caso em apreço, pois em ambos a pensão é decorrente de indenização causada por falecimento, e nos dois julgados houve conclusão diversa quanto ao seu valor, consoante se vislumbra do devido confronto realizado entre os arestos.

4 – Por outro lado, pertinente ao *quantum* estabelecido a título de danos morais, melhor sorte não lhe assiste, pois, conforme reiteradamente vem decidindo o Pretório Superior, este somente é passível de revisão quando se apresenta exorbitante, irrisório e afora dos princípios da razoabilidade e da proporção, o que, obviamente, não ocorreu no caso dos autos.

5 – Diante do exposto, dá-se seguimento ao recurso especial com relação à responsabilidade objetiva do Estado e ao valor fixado para a pensão.

6 – Subam os autos ao eg. Superior Tribunal de Justiça.

7 – Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 13 de agosto de 2002.

Jorge Mussi,
2º Vice-Presidente.

RECURSO ESPECIAL CÍVEL N. 2000.001913-5, DA CAPITAL

Recorrente: Organizações Makenji Importação e Comércio Ltda.

Advogados: Dr. César Luís da Silva e outros

Recorrida: Catarina Navarro Haberbeck de Oliveira

Advogados: Dr. Fábio Luiz da Cunha e outros

1 – Organizações Makenji Importação e Comércio Ltda., com esboço no art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, interpôs recurso especial contra decisão da eg. Segunda Câmara Civil que, apreciando

apelação cível, negou-lhe provimento, mantendo a sentença que julgou procedente a ação de despejo intentada pela recorrida e improcedente a reconvenção e a declaratória incidental que ajuizou.

Sustentando que o aresto impugnado aplicou equivocadamente o contido no art. 330 do Código de Processo Civil, argüiu que houve negativa de vigência aos arts. 130, 267, incisos VI e X, ambos do mesmo Diploma Legal, e 57 da Lei n. 8.245/91. Alegou, ainda, com relação ao art. 130 do Estatuto Processual, que o acórdão obargado deu-lhe interpretação divergente de outros tribunais.

Postulou, assim, a admissão do presente recurso, sendo, posteriormente, apresentadas as contra-razões.

2 – Inicialmente, no tocante ao art. 267 do *Codex* de Processo Civilista, impende destacar que, a par de não ter sido debatido na decisão recorrida, à exceção do direito à renovação da locação (art. 636 do CC), a questão a ele referente foi discutida pelo Órgão Colegiado, vez que, *in casu*, a recorrente insurgiu-se quanto à impossibilidade jurídica do pedido, ao argumento de que restou caracterizada a confusão (art. 1.049 do CC) e pelo fato de que não se pode despejar quem é igualmente condômino-proprietário do imóvel e cumpre com as obrigações que lhe incumbe.

Por outro lado, inviável a ascensão do inconformismo com base na alegada negativa de vigência, porquanto a recorrente, em tese, não logrou demonstrar em que consistiu a aventada ofensa, porque o aresto vergastado deixou nitidamente esclarecido que, na espécie, por si só, ser co-proprietária do imóvel “não obriga a locadora a manter o contrato de locação, existente entre as partes, muito menos permite que a recorrente disponha do imóvel como melhor lhe convenha”, tendo elucidado que “Se a ré tivesse adquirido o imóvel todo, sem exceção, a locação, neste caso, estaria extinta em face da aquisição da propriedade” (fl.

305), e acrescentado que a parte ideal do imóvel adquirida pela recorrente é insignificante diante do todo e que “a parte do imóvel que está sendo utilizada pela recorrente excede em muito a sua eventual cota-parte” (fl. 306).

Assim, sendo as razões baseadas no instituto da confusão e tendo o aresto aclarado suficientemente que, na hipótese, a recorrente tornou-se proprietária apenas de uma pequena fração do imóvel objeto do litígio (1/14), razão pela qual afastou a qualidade concomitante de credora e devedora, impossível reconhecer-se, pela via eleita, qualquer violação ao art. 267 do Código de Processo Civil, sob pena de estar-se rediscutindo a lide — indubitavelmente a pretensão da recorrente, uma vez que lhe foi desfavorável —, para qual não se presta o especial.

3 – Com relação ao art. 130 daquele Código Instrumental, melhor sorte não lhe socorre, pois a matéria constante no respectivo dispositivo e a reclamada pela recorrente (negativa de produção de prova) não foram alvo de prévio debate ou examinadas no acórdão hostilizado e, a respeito, sequer houve oposição de embargos declaratórios, ressentindo-se, desse modo, do imprescindível prequestionamento, pelo que, à luz das Súmulas 282 e 356 do colendo Supremo Tribunal Federal, resta obstada a admissibilidade da irresignação, seja pela negativa de vigência seja pela divergência jurisprudencial.

4 – Por fim, a alegada contrariedade ao art. 57 da Lei n. 8.245/91 também não tem o condão de determinar a remessa do apelo excepcional, pois referido dispositivo estabelece que “O contrato de locação por prazo indeterminado pode ser denunciado por escri-

to, pelo locador, concedido ao locatário 30 (trinta) dias para a desocupação”, ou seja, exatamente como entendeu o veredicto guerreado, ao asseverar que a recorrente foi notificada sendo-lhe informado “que não tinha mais interesse no prosseguimento da locação, bem como concedeu o prazo de 30 dias para desocupação voluntária do imóvel”, notificação que “obedeceu rigorosamente às formalidades legais e não deixou dúvidas a respeito da sua intenção, qual seja, a retomada do imóvel”, feita dentro do prazo legal (dois dias antes do término da prorrogação do contrato) (fl. 304).

Mais adiante, concluiu o acórdão que “não se vislumbra qualquer irregularidade no prazo de ajuizamento da presente ação, posto que esta somente poderia ser proposta após o decurso do prazo concedido para desocupação voluntária do imóvel, ou seja, a partir do mês de março de 1987. Observa-se que foi exatamente o que ocorreu no

caso em tela, pois a apelada interpôs a demanda no dia 16/3/87. Por óbvio não teria nenhum cabimento a autora propor a ação de despejo antes do término do prazo por ela concedido” (fls. 305).

Então, ante os fundamentos contidos na decisão combatida e nas razões recursais, verifica-se que aquela seguiu precisamente os termos da Legislação Específica, não conseguindo, aparentemente, a recorrente comprovar a ocorrência de qualquer negativa de vigência, com porte suficiente à admissibilidade do reclamo e a sua conseqüente elevação ao eg. Superior Tribunal de Justiça.

5 – Diante do exposto, nega-se seguimento ao recurso especial.

6 – Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 3 de setembro de 2002.

Jorge Mussi,
2º Vice-Presidente.

RECURSO ESPECIAL CRIME

RECURSO ESPECIAL CRIME N. 2002.007694-0, DE BLUMENAU

Recorrente: Karl Friederich Eugen Strauss

Advogado: Dr. Valkírio Lorenzette

Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador: Dr. Paulo Roberto Speck

1 – Karl Friederich Eugen Strauss, por seu advogado, fundado no art. 105, III, alíneas a e c, da Constituição Federal, interpõe recurso es-

pecial do acórdão unânime da colenda Segunda Câmara Criminal que, por votação unânime, negou provimento ao apelo que ajuizou, mantendo a deci-

são do Juízo da 2ª Vara Criminal da comarca de Blumenau que, com fundamento no disposto na Lei n. 10.259/02, declinou da competência para o Juizado Especial Criminal daquela Comarca.

Alega que a decisão combatida ofendeu o disposto nos arts. 2º, parágrafo único, e 20 da Lei n. 10.259/01, e divergiu de julgado do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, ao entender derogado o art. 61 da Lei n. 9.099/95.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça contra-arrazoou no sentido da admissão do reclamo raro, mas tão-somente quanto ao alegado dissenso interpretativo, visto que a sustentada violação não ficou patenteada.

2 – Relativamente à alínea a do permissivo constitucional invocado nas razões de recurso, impossível dar-se seguimento.

Não logrou o recorrente demonstrar a aventada contrariedade às normas federais apontadas, na medida em que o acórdão atacado, com suporte na Resolução n. 5/01, do Conselho da Magistratura deste Tribunal, publicada no Diário da Justiça de 21/12/2001, pág. 1, no Ofício Circular n. 61/02, da Corregedoria-Geral da Justiça, datado de 14/1/2002, e em abalizada doutrina sobre o tema, julgou que o disposto no art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259, de 12/7/2001, derogou o art. 61 da Lei n. 9.099/95, ampliando o rol dos delitos de menor potencial ofensivo, que com a entrada em vigor da citada lei passaram a ser os “que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou

multa”, abrangendo, então, o crime no qual fora denunciado o recorrente, não obstante praticado em continuidade delitiva.

3 – No que toca à ocorrência do sustentado dissídio pretoriano, merece ascender o especial.

O julgado trazido à colação – HC n. 398.760-7, do TACRimSP – presta-se à comprovação da alegada divergência, pois além de ter o recorrente instruído a petição recursal com cópia devidamente autenticada dessa decisão, procedeu ao necessário coitejo analítico, conseguindo demonstrar, com clareza e precisão, a similitude entre a situação debatida no aresto paragonado e aquela tratada no acórdão paradigma, logrando, assim, evidenciar a sustentada discrepância jurisprudencial sobre a questão posta, pois aquele, diversamente do decidido no combatido, concluiu pela não extensão do conceito de infração de menor potencial ofensivo previsto no parágrafo único do art. 2º da Lei n. 10.259/01 aos delitos apuráveis na Justiça Estadual.

4 – Pelo exposto, dá-se seguimento ao especial pela alínea c do permissivo constitucional invocado.

5 – Subam os autos ao colendo Superior Tribunal de Justiça.

6 – Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 27 de agosto de 2002.

Jorge Mussi,
2º Vice-Presidente.

RECURSO ESPECIAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

RECURSO ESPECIAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.004961-9, DE CHAPECÓ

Recorrente: Telesc Brasil Telecom S.A.

Advogados: Dra. Luciana Faísca Nahas e outro

Recorrido: Procon (Coordenadoria Municipal de Defesa do Consumidor)

Advogados: Dr. Mauro Antonio Prezotto e outros

1 – Telesc Brasil Telecom S.A., por seus advogados, com abrigo no art. 105, III, a, da Constituição Federal, manifesta recurso especial do acórdão da Quinta Câmara Civil que, à unanimidade, apreciando agravo de instrumento por aquela interposto em ação civil pública, afastou a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* do Procon municipal, ora recorrido, mantendo a liminar concedida pelo Juízo da Vara da Fazenda Pública da comarca de Chapecó, que determinou que a recorrente abstinhasse de suspender total ou parcialmente seu serviço ou rescindir o contrato com o consumidor sem que previamente o notificasse individualmente, com prazo mínimo de 15 dias, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 por usuário, que seria a este revertido, com efeitos tão-somente nos limites territoriais da referida Comarca.

Sustentou, em suas razões, contrariedade aos arts. 1º e 19, VI, da Lei n. 9.472/97; 1º, 2º, 13 e 21 da Lei

n. 7.347/85; e 5º do Decreto n. 2.181/97.

Por não se tratar da hipótese do art. 542, § 3º, do CPC, determinou-se o processamento do reclamo, com a apresentação de contra-razões pelo recorrido.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela não admissão do recurso interposto.

2 – Não há ascender a irresignação no tocante à alegada violação aos artigos 1º e 19, VI, da Lei n. 9.472/97, bem como aos arts. 2º e 13 da Lei n. 7.347/85 e 5º do Decreto n. 2.181/97, apontados como vulnerados, porque não foram analisados pelo julgado atacado, ainda que opostos embargos declaratórios, que foram justificadamente rejeitados. A falta de debate em torno desses preceitos normativos impede a admissão recursal, pela incidência dos enunciados ns. 211 do STJ e 282 e 356 do STF.

3 – Quanto ao art. 1º da Lei n. 7.347/85, que a recorrente argúi ter si-

do contrariado, em vista da afirmação de que esta cumpre a legislação vigente na prestação dos serviços de telefonia, não há perscrutar a alegada violação, porquanto não serve o apelo raro para o revolvimento de matéria probatória, segundo preceitua o verbete n. 7 do STJ, ainda mais que a ação civil pública intentada para este fim encontra-se, no momento, em fase de liminar.

4 – Também não logrou, a recorrente, demonstrar malferimento ao art. 21 da Lei da Ação Civil Pública, ante a alegação de que o Código de Defesa do Consumidor não teria aplicação na espécie, por tratar-se de serviço público regulado pela Lei n. 9.472/97.

É que, apesar de a matéria ser doutrinariamente controversa, o ares-to combatido vai ao encontro do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que vem decidindo pela aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no resguardo dos direitos dos usuários dos serviços públicos concedidos, dentre eles a telefonia, por meio de ação civil pública proposta por órgãos de proteção ao hipossuficiente, conforme se lê do excerto: "(...) decisão em sentido contrário significará deixar milhares de cidadãos, usuários dos serviços de telefonia que, diga-se de passagem, é serviço público de competência legislativa da União (art. 22, IV, da CF/88), ao desamparo das regras do Código de Defesa do Consumidor, que nada mais estabelece do que um mínimo de equilíbrio na relação contratual, preservando a necessidade de adequada informação, de harmonia na relação, políticas impostas na Constituição da República e que podem ser facilmente

cumpridas. Significará dar dois passos atrás: (1) restabelece o princípio de que a concessionária do serviço de telecomunicações pode impor as suas condições, sem atentar para as regras mínimas de controle estabelecidas no CDC, diploma que apenas procura assegurar respeito à cidadania e garantir o princípio da igualdade. Isso do ponto de vista do direito material. Ao mesmo tempo, (2) dificulta a propositura de ação coletiva, meio eficaz para a solução das causas massificadas, como a dos autos, a fim de permitir apenas a iniciativa individual de cada interessado, atulhando varas e tribunais com milhares de ações idênticas" (REsp n. 331524, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, publ. no DJU em 22/4/2002).

Também já decidiu a Corte Superior, em caso de corte de fornecimento de energia elétrica por ausência de pagamento de tarifa: "Os arts. 22 e 42 do Código de Defesa do Consumidor aplicam-se às empresas concessionárias de serviço público. (...) O direito do cidadão de se utilizar dos serviços públicos essenciais para a sua vida em sociedade deve ser interpretado com vistas a beneficiar a quem deles se utiliza" (ROMS n. 8915/MA, rel. Min. José Delgado, publ. no DJU em 17/8/1998, pág. 23).

5 – É necessário ressaltar que a decisão impugnada baseou-se em outros fundamentos, dentre os quais a exegese de cláusulas do contrato de concessão firmado entre a Anatel e a concessionária ora recorrente que, como se sabe, não dá ensejo à interposição de recurso especial, conforme preceitua a Súmula 5 do STJ.

Tomou como fundamento, também, o argumento de que "a agravante

não logrou êxito em provar, de forma *in-dubitable*, que procede à regular notificação dos usuários de seus serviços, sendo razoável, numa análise de cognição parcial, como no caso em exame, que se dê credibilidade à decisão agravada, pois o juiz está mais próximo dos fatos da causa e demonstrou alto grau de convencimento” (fl. 188).

Incide, portanto, na hipótese, o verbete n. 283 da Corte Constitucional.

6 – Ante o exposto, nega-se seguimento ao recurso.

7 – Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 5 de julho de 2002.

Jorge Mussi,
2º Vice-Presidente.

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS CÍVEIS

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CÍVEL N. 1999.021727-2, DA CAPITAL

Recorrente: Wanderlei Carvalho da Rosa

Advogados: Dr. Renato Kadletz e outro

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procurador: Dr. Paulo Roney Ávila Fagúndez

1 – Wanderlei Carvalho da Rosa, fundado no art. 102, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, interpôs recurso extraordinário contra decisão da eg. Quinta Câmara Civil que, apreciando apelação cível, reformou a sentença que havia julgado procedente a ação de indenização que propôs.

Sustentou que o aresto impugnado feriu o disposto no art. 40, inciso III, alínea *a*, c/c art. 202, § 2º, além do art. 37, § 6º, todos da Carta Política Federal, postulando, assim, a admissão do presente recurso.

Apresentadas as contra-razões, a douta Procuradoria-Geral de Justiça

manifestou-se pelo não seguimento do inconformismo, pela falta de prequestionamento dos arts. 37 e 40 e ante a ausência de contrariedade ao art. 202, bem como ao argumento de que a ofensa, caso ocorrente, dar-se-ia pela via reflexa.

2 – Primeiramente mister salientar que, ao menos de forma implícita, a decisão impugnada fez referência aos dispositivos aventados como ofendidos, ao concluir que ao recorrente inexistia o direito à indenização, pronunciando-se a respeito da matéria neles contidas, razão pela qual se verifica que os temas em questão foram prequestionados.

Por outro lado, não se vislumbra que, em caso de caracterizar-se as ofensas, estas dariam-se pela via indireta, uma vez que o direito pleiteado pelo recorrente está explicitamente inserto na Constituição da República, e com base nela pode ser requerido.

Assim, passa-se à análise dos demais requisitos de admissibilidade do recurso em apreço.

3 – Com relação aos arts. 40 e 202, impossível a remessa do apelo extremo ao colendo Supremo Tribunal Federal, pois, de forma alguma a decisão objurgada negou que o recorrente tivesse direito à aposentadoria. *A contrario sensu*, asseverou que ele fazia jus à aposentação na época em que a requereu.

4 – Entretanto, quanto ao art. 37, § 6º, merece ascensão a irresignação, porquanto o recorrente conseguiu demonstrar que, em tese, houve infringência ao aludido dispositivo, o qual estabelece que “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”, e o aresto hostilizado, apesar de reconhecer que já havia direito à aposentadoria na época em que fora requerida e indeferida, motivo pelo qual o recorrente postulou a reconsideração do pedido e continuou a trabalhar, entendeu que a sua manutenção no serviço ocorreu de forma

voluntária, não fazendo jus à indenização pleiteada.

Trouxe como fundamento, ainda, o fato de que o recorrente poderia “procurar as vias judiciais adequadas para resguardar seu direito, independentemente de qualquer outro recurso interposto na esfera administrativa” (fl. 103), e que pelo trabalho que prestou percebeu regularmente seus salários.

Assim, considerando-se que o recorrente continuou laborando por mais de quatro anos, e que poderia ter recebido seus vencimentos mesmo sem trabalhar, pois já havia preenchido os requisitos necessários para se aposentar, o que lhe foi, a princípio, negado, aparentemente, tinha ele o direito à indenização que postulou e que lhe foi obstada neste Tribunal.

Desse modo, havendo a possibilidade de ofensa ao dispositivo constitucional suso mencionado, deve o reclamo recursal, com base na alínea a do inciso III do art. 102 da Lei Fundamental, ascender à colenda Instância Suprema que poderá analisar a matéria.

5 – Diante do exposto, dá-se seguimento ao recurso extraordinário.

6 – Subam os autos ao eg. Excelso Pretório.

7 – Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 18 de julho de 2002.

Jorge Mussi
2º Vice-Presidente.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CÍVEL N. 2000.023048-0, DE BLUMENAU**Recorrente: Marcelo Ivan Testoni****Advogado: Dr. Marcelo Ivan Testoni****Recorrido: Reitor da Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB****Advogado: Dr. Fiorello Nunes**

1 – Trata-se de recurso extraordinário interposto por Marcelo Ivan Testoni, com fundamento no art. 102, III, alínea a, da Constituição Federal, contra acórdão da Primeira Câmara Civil que, por votação unânime, não conheceu do agravo previsto no art. 557, § 1º, do CPC, por si detonado em sede de apelação cível em mandado de segurança, em vista da decisão monocrática do então relator de casar a segurança para reconhecer a legalidade da retenção, por parte do ora recorrido, do seu diploma de conclusão de ensino superior, por estar inadimplente com a referida instituição educacional.

Alegou que a decisão impugnada violou os arts. 1º, IV, 5º, XIII e XXXIV, b, 6º, 170, 205 e 227, todos da Carta Política Federal.

Intimado para as contra-razões, silenciou o recorrido, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, instada, opinou pela admissão do reclamo, ante a contrariedade ao art. 5º, XXXIV, b, da CF.

2 – Os artigos 1º, IV, 5º, XIII, 6º e 170 da Constituição Federal, apontados pelo recorrente como afrontados, não foram discutidos no acórdão guerreado, nem foram opostos embargos declaratórios para sanar eventual omissão, restando evidente, assim, a falta de prequestionamento da matéria, sendo inafastável, portanto, a incidência das Súmulas 282 e 356 do STF, como, aliás, é do entendi-

mento da Suprema Corte: “Diz-se prequestionada a matéria quando a decisão impugnada haja emitido juízo explícito a respeito do tema, inclusive mencionando o dispositivo constitucional previamente suscitado nas razões do recurso submetido à sua apreciação. Se o acórdão recorrido, para decidir o mérito da questão objeto do extraordinário, não faz qualquer referência à norma constitucional tida como violada e não foram opostos embargos de declaração para sanar a omissão, não se conhece do recurso extraordinário em face do teor das Súmulas 282 e 356 desta Corte” (AGRRE n. 210637/RN, rel. Min. Maurício Corrêa, publ. no DJU em 14/6/2002, pág. 153).

3 – O recorrente não logrou demonstrar, em princípio, a alegada negativa de vigência aos arts. 205 e 227, ambos da Lei Fundamental, que asseguram a educação como dever do Estado e direito de todos, porquanto o aresto impugnado, ante o entendimento de que se trata, no caso, de educação privada e, portanto, paga e não obrigatória, considerou plausível a atitude da instituição de ensino em questão, diante do preceituado no art. 209 da Carta da República, que atesta ser livre à iniciativa privada explorar o ensino, mediante o cumprimento das normas gerais da educação nacional e a autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público, e do inciso III do art. 206, também da CF, que dis-

põe que se deve assegurar a coexistência de instituições públicas e privadas a prestar o ensino.

Assim, as exigências que se poderia ter em relação a um tipo de estabelecimento educacional não se teria em relação ao outro, por possuem naturezas e fins diversos.

Assentou o aresto guerreado que se, de um lado, o Estado tem o dever de assegurar a educação pública e gratuita a todos, em respeito aos mandamentos constitucionais ditos afrontados, de outro, pode a iniciativa privada, com a liberdade típica desse sistema, porém excetuando-se, por óbvio, a necessária obediência às regras especiais que deve seguir por se tratar de serviço de enorme responsabilidade como a educação, cobrar pela sua prestação, “sendo-lhe assegurado o livre exercício de negociar a cobrança de mensalidades escolares, cabendo seu ajuste econômico exclusivamente às partes interessadas, ao usuário ou responsáveis e à própria escola” (fl. 95).

Aliás, a Corte Suprema, ao sopesar o interesse do aluno com as implicações da falta de pagamento sobre o orçamento das instituições de ensino privadas, já se manifestou, em caso semelhante, nesse sentido: “não é possível abstrair a repercussão – de óbvia previsibilidade – sobre a receita e as finanças da Universidade, privada do ingresso do produto das matrículas e do valor limitado das mensalidades (...): reflexo disperso pela comunidade acadêmica (professores, servidores e os demais alunos (...)). Dentro do quadro acima descrito, penso que a utilização da suspensão da segurança, movida pela inspiração de

restabelecer a garantia de alegados direitos individuais (mesmo respeitáveis como o direito ao acesso ou à continuidade do ensino), em detrimento de outro interesse de caráter mais abrangente, seria subverter a finalidade do instituto (...)” (SS n. 639/RS, rel. Min. Octávio Gallotti, DJU de 6/5/1994).

De mais a mais, aparentemente, não foi negado ao recorrente o direito à educação, tanto que concluiu o curso e colou grau, tendo tido acesso, portanto, a esse direito fundamental.

4 – No entanto, no que tange à alegada afronta ao art. 5º, XXXIV, b, da Constituição Federal, merece ascender o apelo.

O aresto sob censura firmou o entendimento de que seria “inegável a possibilidade de retenção do diploma do impetrante antes de satisfeitos os débitos em atraso” (fl. 97).

O dispositivo constitucional dito violado, por sua vez, enuncia que, independentemente do pagamento de taxas, é assegurada a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

Como bem ressaltou o representante da douta Procuradoria-Geral de Justiça, “O impetrante requereu à Fundação Universidade Regional de Blumenau a entrega do seu diploma, certidão que comprova a conclusão do curso de Direito.

“Ressalte-se que a Fundação Universidade Regional de Blumenau possui natureza jurídica de fundação pública, passível, portanto, de ser enquadrada na definição de repartição pública.

“Ainda, na situação em apreço, a obtenção do diploma tem por fim a defesa do direito ao exercício da profissão de advogado.

“Seu pedido tem, pois, base constitucional na garantia inscrita no dispositivo acima citado. Garantia esta que não foi condicionada pelo legislador constituinte” (fl. 146).

Assim, ao ter condicionado a entrega ao aluno do certificado de conclusão do curso ao pagamento dos débitos em atraso, poder-se-ia vislumbrar, em tese, limitação não prevista na alínea *b* do inciso XXXIV do art. 5º da CF.

Desse modo, ante a relevância do tema, e por tratar-se de direito fun-

damental, de cuja negativa de vigência poderiam derivar, como argumentou o recorrente, restrições ao pleno desenvolvimento do trabalho e ao livre exercício da profissão, ainda que de forma indireta ou reflexa, melhor que se pronuncie a Corte Constitucional.

5 – Ante o exposto, dá-se seguimento ao recurso.

6 – Subam os autos ao egrégio Supremo Tribunal Federal.

7 – Publique-se e intemem-se.

Florianópolis, 26 de agosto de 2002.

Jorge Mussi,
2º Vice-Presidente.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CÍVEL N. 2001.003690-8, DE CANOINHAS

Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador: Dr. Paulo Roberto Speck

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procuradora: Dra. Ana Cláudia Allet Aguiar

1 – Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, com fulcro no art. 102, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, contra acórdão do colendo Grupo de Câmaras de Direito Público que acolheu embargos infringentes opostos nos autos da Apelação Cível n. 97.008330-0, da comarca de Canoinhas, julgando improcedente ação civil pública por si intentada, em que pretendia a condenação do Estado de Santa Catarina na obrigação de fazer a reforma da cadeia pública daquele Município, no período de quatro meses a partir da citação do réu, ou que

constasse do orçamento seguinte verba específica para a realização da obra, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 500,00, ante o argumento de que a decisão de conveniência e oportunidade de realizar tal ato cabia tão-somente ao Poder Executivo, e que não poderia o Poder Judiciário ingerir-se no seu âmbito de atuação, por respeito ao princípio da harmonia e independência dos Poderes.

Argüiu que o aresto atacado contrariou o disposto no art. 144, *caput*, da Carta Política Federal, reque-rendo, assim, a admissão do presente

recurso, para que fosse julgada procedente a exordial.

Intimado para apresentar contra-razões, quedou-se silente o recorrido.

2 – Alega o recorrente que o artigo que reputa violado, o qual dispõe que “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (...)”, ainda que de natureza programática, não daria ao Poder Público muita elasticidade no seu cumprimento, devendo tomar-se como pronta e certa a sua aplicação.

Sobre o caráter das obrigações do Poder Público, manifestou-se o Pretório Excelso: “Reclamam-se do Estado (gênero) as atividades que lhe são precípuas, nos campos da educação, da saúde e da segurança pública, cobertos, em si, em termos de receita, pelos próprios impostos pagos pelos cidadãos. É hora de atentar-se para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do homem” (RE n. 280642/RS, rel. Min. Marco Aurélio, publ. no DJU em 17/11/2000, pág. 62).

Ao tratar de norma de caráter análogo à que se diz contrariada, qual seja, o art. 196 da Carta Magna, o eg. Supremo Tribunal Federal já decidiu que “O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a Federação brasileira – não pode converter-se em promessa

constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RE n. 248304/RS, rel. Min. Celso de Mello, publ. no DJU em 13/12/2001, pág. 64).

Ressalte-se que nos precedentes citados está sendo pesado direito de semelhante relevância ao do caso em apreço, tendo sido ambos erigidos pela Lei Maior, no seu art. 5º, *caput*, à categoria de direitos fundamentais do ser humano.

Frise-se, ainda, que, na hipótese, estão em discussão dois dispositivos constitucionais da maior importância. De um lado o direito do homem e dever do Estado de garantir a segurança, conforme peticionado pelo recorrente, e de outro o princípio basilar do Estado Democrático de Direito, a independência e harmonia entre seus Poderes, no qual baseou-se o acórdão recorrido, de modo que, ante a controvérsia, melhor que se pronuncie o guardião de nossa Constituição.

4 – Pelo exposto, dá-se seguimento ao recurso extraordinário.

5 – Subam os autos ao Supremo Tribunal Federal.

6 – Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 1º de julho de 2002.

Jorge Mussi,
2º Vice-Presidente.

ÍNDICE NUMÉRICO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

1999.007875-2 — Capital	547
-------------------------------	-----

AÇÃO RESCISÓRIA

1988.090221-9 — Itajaí	408
------------------------------	-----

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

2000.017886-1 — Timbó	333
2001.000033-0 — Capital	341
2001.020015-5 — Lages.....	351
2002.002700-6 — Balneário Camboriú	337
2002.007168-0 — Xanxerê	370
2002.008939-2 — Caçador.....	378
2002.009871-5 — São José do Cedro	388
2002.009605-4 — Jaguaruna	372
2002.011574-1 — Joinville.....	354
2002.012154-7 — São Joaquim	363
2002.012611-5 — Criciúma	375

AGRAVOS EM AGRAVOS DE INSTRUMENTO

2000.012112-6 — Capital	385
2002.008952-0 — Criciúma	400
2002.010933-4 — Coronel Freitas.....	403
2002.011556-3 — Capital	405
2002.018218-0 — Orleans.....	391

APELAÇÕES CÍVEIS

1996.000566-8 — Biguaçu	325
1996.009585-3 — Canoinhas	138
1997.005329-0 — Santa Cecília	236
1998.004392-1 — Joinville.....	289
1998.010094-1 — Capital	101
1999.004296-0 — Bom Retiro	148
1999.007835-3 — Lages.....	220
1999.008586-4 — Blumenau	185
1999.009481-2 — Joinville.....	242
1999.010348-0 — Joinville.....	248
1999.013125-4 — Taió	209
1999.013378-8 — Pinhalzinho.....	213

1999.016353-9	— Tubarão	215
1999.017922-2	— Capital	151
1999.018329-7	— São José do Cedro	109
1999.020084-1	— Blumenau	225
2000.003430-4	— Capital	117
2000.003750-8	— Anchieta	158
2000.011597-5	— Joinville.....	104
2000.014689-7	— São Francisco do Sul.....	329
2000.017355-0	— Itajaí	298
2000.017363-0	— São Bento do Sul.....	166
2000.018983-9	— Itajaí	94
2000.020673-3	— Concórdia.....	263
2000.023599-7	— Criciúma	175
2001.001243-5	— Criciúma	98
2001.003681-9	— Criciúma	136
2001.007720-5	— Blumenau	306
2001.008995-5	— Capital	180
2001.013491-8	— Criciúma	266
2001.013986-3	— Criciúma	233
2001.015734-9	— Trombudo Central.....	198
2001.018279-3	— Balneário Camboriú.....	271
2002.006188-9	— Criciúma	273
2002.006603-1	— Capital	259
2002.008128-6	— Urubici	279
2002.013174-7	— Porto União	285
2002.013244-1	— Sombrio.....	122
2002.017457-8	— Blumenau	254

APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

1998.013808-6	— Capital	83
2001.004152-9	— Braço do Norte.....	90
2002.002587-9	— Capital	87
2002.015074-1	— Otacílio Costa.....	78

APELAÇÕES CRIMINAIS

1998.006374-4	— Criciúma	503
2000.023932-1	— Santa Cecília	484
2001.016197-4	— Balneário Camboriú.....	517
2001.016300-4	— Bom Retiro	468
2002.001821-0	— Fraiburgo.....	511
2002.002637-9	— Capital	446
2002.003389-8	— Timbó	475
2002.008486-2	— Ituporanga.....	455
2002.011531-8	— Palhoça	494
2002.014046-0	— Capital	461
2002.014822-4	— Balneário Camboriú.....	525
2002.018486-7	— Anita Garibaldi.....	532

ARGÜIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE

1996.012680-5 — Criciúma	557
1997.004461-5 — Blumenau	553

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

2001.014531-6 — Capital	424
-------------------------------	-----

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS

2002.003501-7 — Itajaí	535
------------------------------	-----

EMBARGOS EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO

275.159 — Santa Catarina (STF)	572
--------------------------------------	-----

EMBARGOS INFRINGENTES

2001.022284-1 — Maravilha	415
2002.004708-2 — Tubarão	419

HABEAS CORPUS

2002.011092-8 — Tubarão	431
2002.012125-3 — Capital	437
2002.016147-6 — Lages.....	434

MANDADOS DE SEGURANÇA

1998.008136-0 — Capital	72
2002.005040-7 — Capital	65

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SENTENÇA

2002.018196-5 — Timbó	598
-----------------------------	-----

PEDIDOS DE SUSPENSÃO DE LIMINARES

2002.011635-7 — Capital	591
2002.022970-4 — Indaial.....	595

PROCESSO CRIME

2001.021994-8 — Taió	536
----------------------------	-----

RECURSO DE AGRAVO

2002.011301-3 — Criciúma	541
--------------------------------	-----

RECURSO ESPECIAL CRIME

2002.007694-0 — Blumenau	606
--------------------------------	-----

RECURSO ESPECIAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

2001.004961-9 — Chapecó.....	608
------------------------------	-----

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA

11.589 — Santa Catarina (STJ)..... 583

RECURSOS ESPECIAIS

258.492 — Santa Catarina (STJ)..... 579

277.443 — Santa Catarina (STJ)..... 581

RECURSOS ESPECIAIS CÍVEIS

1999.019165-6 — Imbituba 603

2000.001913-5 — Capital 604

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

231.466 — Santa Catarina (STF) 567

244.014 — Santa Catarina (STF) 570

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS CÍVEIS

1999.021727-2 — Capital 610

2000.023048-0 — Blumenau 612

2001.003690-8 — Canoinhas 614

ÍNDICE POR ASSUNTO

A

AÇÃO CAUTELAR

- *Vide* Medida cautelar.

AÇÃO DE COBRANÇA

- Serviço mecânico — Veículo na garantia. Não demonstração. Pleito procedente. 263

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE

- *Vide* Possessória.

AÇÃO DECLARATÓRIA

- Inexistência de débito — Compra e venda. Transação desfeita. Dívida inexistente. Duplicata indevidamente protestada. Pleito procedente. 215

AÇÃO MONITÓRIA

- Débito bancário — Quitação por terceiro. Reembolso. Descabimento. Pagamento efetuado por mera liberalidade. Pleito improcedente. 329

AÇÃO RESCISÓRIA

- Violação à literal disposição de lei e preterição de formalidade essencial — Ocorrência. Pleito procedente. 408

ACIDENTE DO TRABALHO

- Indenização — Morte por eletrocussão. Culpa da empregadora não caracterizada. Verba indevida. 158

AGRAVO DE INSTRUMENTO

- *Vide* Recurso.

AGRAVO INOMINADO

- *Vide* Recurso.

APELAÇÃO CÍVEL

- Vide Recurso.

ARREMATÇÃO

- Vide Venda judicial.

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

- Gratuita — Pessoa jurídica. Possibilidade..... 271

B**BUSCA E APREENSÃO**

- Alienação fiduciária — Contrato com encargos abusivos e ilegais. Mora descaracterizada. Carência da ação. Extinção do feito. 122
- Liminar — Apreciação após concessão de prazo ao devedor de purgar a mora ou a apresentação de contestação. Possibilidade. 351
- Notificação extrajudicial — Irregularidade. Encargos. Cobrança abusiva. Mora não caracterizada. Liminar revogada. 337

C**CAMBIAL**

- Duplicata — Aceite por preposto da firma. Validade. 375

CERCEAMENTO DE DEFESA

- Caracterização — Julgamento antecipado da lide. Inadmissibilidade. Necessidade de dilação probatória. Preliminar acolhida..... 117

CÓDIGO CIVIL

- Art. 134, II 306
- Art. 159 158 e 298
- Art. 177 198
- Art. 178, § 6º, II 248
- Art. 457 273
- Art. 485 236
- Art. 505 236 e 242
- Art. 816, § 4º 225

— Art. 930, parágrafo único.....	329
— Art. 931	329
— Art. 963	122
— Art. 1.069.....	117
— Art. 1.071.....	117
— Art. 1.126.....	215
— Art. 1.168.....	306
— Art. 1.438.....	109
— Art. 1.462.....	109
— Art. 1.463, parágrafo único.....	248
— Art. 1.500.....	101
— Art. 1.525.....	198
— Art. 1.531	285 e 419
— Art. 1.532.....	285
— Art. 1.553.....	419
— Art. 1.774.....	408

CÓDIGO COMERCIAL (Lei n. 556/1850)

— Art. 337	333
— Art. 338	333

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)

— Art. 2º	104 e 341
— Art. 3º, §§ 1º e 2º	341
— Art. 3º, § 2º	354
— Art. 6º, VI	104
— Art. 6, VIII.....	341 e 357
— Art. 51, I	104
— Art. 50, parágrafo único.....	263
— Art. 84, § 4º.....	354

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

— Art. 19, § 4º.....	408
— Art. 20, § 3º	166, 220 e 263
— Art. 20, § 4º.....	185
— Art. 21	220
— Art. 70	185
— Art. 82, III	175
— Art. 126	424
— Arts. 234 a 239.....	424
— Art. 235, III	254
— Art. 241	405
— Art. 242	424
— Arts. 258 a 261	372

— Art. 265, IV, a	337
— Art. 266	424
— Art. 267	279
— Art. 267, III e § 1º	122
— Art. 269, I	87
— Art. 273	354
— Art. 295, parágrafo único, III	180
— Art. 330, I	117
— Art. 333, I	117 e 385
— Art. 333, II	117
— Art. 364	166
— Art. 461, § 4º	354
— Art. 467	136
— Art. 472	101
— Art. 475	136
— Art. 475, § 2º	98
— Art. 480	553
— Art. 481	553
— Art. 485, V	408
— Art. 506	213
— Art. 508	213
— Art. 515, §§ 1º e 2º	122
— Art. 515, § 3º	248 e 279
— Art. 523, § 4º	385
— Art. 526	424
— Art. 527, I	388
— Art. 527, II	385
— Art. 530	415
— Art. 557, <i>caput</i>	388 e 391
— Art. 557, § 1º	388, 391, 400, 403 e 405
— Art. 585	220
— Art. 585, II	209
— Art. 604	363
— Art. 614, <i>caput</i>	209
— Art. 614, II	209, 220 e 363
— Art. 616	209, 220 e 388
— Art. 618, I	136
— Arts. 629 a 631	388
— Arts. 646 e seguintes	388
— Art. 655, § 2º	225
— Art. 677	391
— Art. 678	391
— Art. 739, § 2º	363
— Art. 798	354

— Art. 806	279
— Art. 808, I	279
— Art. 920	236
— Art. 927	236
— Art. 993, parágrafo único, II	408
— Art. 1.030, II	408
— Art. 1.046, § 3º	266

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

— Art. 185	431
— Art. 310	437
— Art. 312	437
— Art. 383	455, 475 e 494
— Art. 594	434
— Art. 617	475

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (Lei n. 9.503/1997)

— Art. 302	494
------------------	-----

CÓDIGO PENAL

— Art. 12	525
— Art. 14, II	532
— Art. 29	455
— Art. 29, § 1º	503
— Art. 43, I	494
— Art. 44	455 e 525
— Art. 61, I	517
— Art. 61, II, I	494
— Art. 65, III, d	455 e 494
— Art. 69, <i>caput</i>	503
— Art. 69	517
— Art. 70, <i>caput</i>	461
— Art. 71, <i>caput</i>	461
— Art. 109, VI	484
— Art. 121, <i>caput</i>	532
— Art. 121, § 2º, I	437
— Art. 121, § 2º, II, III e IV	541
— Art. 121, §§ 3º e 4º	494
— Art. 129, <i>caput</i>	532
— Art. 129	484
— Art. 155, <i>caput</i>	431
— Art. 155, § 2º	455
— Art. 155, § 4º, I e IV	468
— Art. 155, § 4º, IV	455 e 517

— Art. 157, §§ 1º e 2º, I, II e V.....	468
— Art. 157, § 2º, I e II.....	461
— Art. 157, § 2º, II e IV.....	503
— Art. 157, § 3º, <i>in fine</i>	468 e 503
— Art. 158, § 1º.....	461
— Art. 171, <i>caput</i>	455
— Art. 171.....	117
— Art. 288, parágrafo único.....	468
— Art. 297.....	475
— Art. 307.....	517

COISA JULGADA

— Ocorrência — Decisão de mérito não mais sujeita ao recurso ordinário ou extraordinário.....	136
---	-----

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL — 1989

— Art. 50, § 2º, II.....	547
— Art. 52, I.....	547
— Art. 107, II, <i>a</i>	557
— Art. 122, §§ 3º e 4º.....	547

CONSTITUIÇÃO FEDERAL — 1988

— Art. 5º, <i>caput</i>	351, 532 e 553
— Art. 5º, V e X.....	104
— Art. 5º, X.....	419
— Art. 5º, XXXII.....	104
— Art. 5º, XXXV.....	285
— Art. 5º, XXXIX.....	494
— Art. 5º, XL.....	494
— Art. 5º, LIII e LIV.....	424
— Art. 5º, LIV e LV.....	431
— Art. 5º, LV.....	351
— Art. 5º, LXIII.....	517
— Art. 5º, LXXIII.....	180
— Art. 5º, LXXIV.....	271
— Art. 6º.....	259
— Art. 30, I.....	151
— Art. 37, § 6º.....	285
— Art. 37, IX.....	78
— Art. 37, XXI.....	72
— Art. 97.....	557
— Art. 145, § 2º.....	557
— Art. 170, II.....	553
— Art. 170, V.....	104

- Art. 192, § 3º..... 220 e 337
- Art. 205 259
- Art. 208, IV, § 2º..... 259
- Art. 227 259

CONTRATO

- Bancário — Revisão. CDC. Aplicação. Ônus da prova. Inversão. Exibição dos contratos, extratos e planilhas. Imposição. Decisão mantida. 341
- Promessa de doação — Pacto que não se coaduna com a essência da doação. Nulidade reconhecida. 306

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

- Delito caracterizado — Comerciante. Omissão de registro contábil de entrada de produto para supressão do pagamento de ICMS. Condenação. 475

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

- Tráfico de entorpecente — Autoria e materialidade comprovadas. Associação. Agravante caracterizada. Pena. Elevação. Apelo ministerial provido. 446
- Tráfico de entorpecente — Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. 525

CURADOR

- Doente mental — Autorização para internação. Indeferimento. Tratamento recomendado no seio da família e da sociedade. Decisão mantida. 273

D

DANO MORAL

- Execução — Instauração indevida. Inexistência de débito. Conduta dolosa. Inocorrência. Exercício regular de direito. Pleito improcedente. 285
- Indenização — Banco. Abertura de conta corrente com documentos falsos. Negligência. Emissão de cheques no comércio. Inscrição do nome do autor nos órgãos creditícios. Abalo configurado. Verba devida. 298
- Indenização — *Quantum*. Redução demasiada. Adequação. 419

DENÚNCIA

- Capitação — Excesso. Correção de ofício. Possibilidade..... 437

DESPACHO DA VICE-PRESIDÊNCIA

- Ação cautelar inominada — Liminar. Resgate de Letras Financeiras do Tesouro do Estado. Suspensão. Deferimento. Cártulas declaradas inexigíveis em ação popular. 591
- Ação civil pública — Município. Disponibilização de ambulância para remoção de pacientes do SUS. Alegação de despesa pública em dobro. Não demonstração. Liminar mantida. 595
- Água e esgoto — Abastecimento. Convênio entre município e Casan. Extinção condicionada à prévia indenização. Impossibilidade. Precariedade do ajuste. Retomada dos serviços pela municipalidade. Determinação. 598
- Recurso especial — Contrariedade a vários dispositivos legais. Não demonstração. Seguimento ao apelo negado. 608
- Recurso especial — Infração de menor potencial ofensivo. Divergência jurisprudencial. Demonstração. Seguimento ao apelo determinado. 606
- Recurso especial — Negativa de vigência aos arts. 130, 267, VI e X, ambos do CPC e — Art. 57 da Lei n. 8.245/91. Não comprovação. Seguimento ao apelo negado. 604
- Recurso especial — Responsabilidade objetiva do Estado. Divergência jurisprudencial. Demonstração. Seguimento ao apelo determinado. 603
- Recurso extraordinário — Contrariedade ao — Art. 144, *caput*, da CF. Reconhecimento. Seguimento ao apelo extremo determinado. . 614
- Recurso extraordinário — Ofensa ao — Art. 37, § 6º, da CF. Demonstração. Seguimento ao apelo extremo determinado. 610
- Recurso extraordinário — Violação ao — Art. 5º, XXXIV, letra *b*, da CF. Demonstração. Seguimento ao apelo extremo determinado. . 612

DOCTRINA

- A ação direta de inconstitucionalidade em Santa Catarina — Eduardo Sens dos Santos, Procurador Federal. 41
- A difícil arte de desaprender — Volnei Ivo Carlin, Desembargador. . 27
- Clonagem. Reprodução assexuada. Aspectos jurídicos e bioéticos — Pedro Manoel Abreu, Desembargador. 3
- Uma política jurídica para a redução do consumo de bebidas alcoólicas — Sérgio Luiz Junkes, Juiz de Direito. 29

DUPLICATA

- *Vide* Cambial.

E**EDUARDO SENS DOS SANTOS (Dr.)**

- A ação direta de inconstitucionalidade em Santa Catarina. 41

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

- *Vide* Recurso.

EMBARGOS DO DEVEDOR

- Execução — Demonstrativo de débito incompleto. Prosseguimento da ação em relação ao valor principal da dívida sem os acessórios. Pleito parcialmente procedente. 220

EMBARGOS INFRINGENTES

- *Vide* Recurso.

ESTABELECIMENTO COMERCIAL

- Supermercados — Funcionamento aos domingos e feriados. Admissibilidade. Serviço essencial. 151

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069/1990)

- Art. 4º 259
- Art. 19 378
- Art. 23 378
- Art. 25 378
- Art. 35 378
- Art. 53, V 259
- Art. 54, IV, § 2º 259
- Art. 112 511
- Art. 126, *caput* 511
- Art. 127 511
- Art. 148, IV 259
- Art. 181, §§ 1º e 2º 511
- Art. 201, I 511

ESTATUTO DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SANTA CATARINA (Lei n. 6.218/1983)

- Art. 11 65

EXECUÇÃO

- Embargos — Títulos extrajudiciais. Demonstrativo do débito incompleto. Suspensão do feito. 363

- Rito processual — Alteração após realizada a citação. Possibilidade. Aplicação dos princípios da economia e da celeridade processual..... 388
- Título executivo extrajudicial — Débito. Demonstrativo deficiente. Regularização. Possibilidade. Aplicação do — Art. 616 do CPC... 209

EXECUÇÃO FISCAL

- ICMS — Transportador de mercadoria sem nota fiscal. Alienação do veículo anteriormente à notificação. Comprovação. Ilegitimidade passiva. Reconhecimento. Extinção do feito..... 148

EXTORSÃO

- Cumulação com roubo qualificado — Desclassificação para furto. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida..... 461

F

FALÊNCIA

- Decretação — Multa fiscal e juros moratórios. Cobrança. Inadmissibilidade. Penalidade de natureza administrativa. 98
- Habilitação de crédito — Juros e correção monetária. Incidência. 233

FALSA IDENTIDADE

- Delito caracterizado — Agente que visa à autodefesa. Irrelevância. Condenação. Apelo ministerial provido..... 517

FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO

- Delito caracterizado — Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida..... 475

FIANÇA

- Contrato de locação — Revisional. Não participação do fiador. Cobrança de valores não pactuados. Impossibilidade. Inteligência do — Art. 472 do CPC. 101
- Outorga uxória — Falta. Nulidade da garantia. Aplicação do — Art. 235, III, do CC. 254

FUNCIONÁRIO PÚBLICO

- Ascensão funcional — Inadmissibilidade. Exegese do — Art. 37, II, da CF. 570

- Comissionado — Estudante universitário. Mudança de domicílio por interesse da administração. Transferência de matrícula. Possibilidade..... 579
- Comissionado — Exoneração. Estabilidade sindical. Não reconhecimento. Exegese do — Art. 37, II, da CF. 567

FURTO QUALIFICADO

- Concurso de pessoas — Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. 517
- Concurso de pessoas — Desclassificação para furto simples. Acolhimento. Pena. Adequação. Apelo parcialmente provido. 455
- Delito caracterizado — Desclassificação para favorecimento real. Inviabilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. 468

H

HABEAS CORPUS

- Liberdade provisória — Viabilidade. Ausência dos pressupostos do — Art. 312 do CPP. Ordem concedida. 437
- Recurso em liberdade — Vedação ao benefício sem fundamentação. Constrangimento ilegal. Ordem concedida. 434

HOMICÍDIO CULPOSO

- Acidente de trânsito — Imprudência comprovada. Culpa das vítimas. Inocorrência. Pena-base e multa. Redução. Apelo parcialmente provido. 494

HONORÁRIOS DE ADVOGADO

- Defensor dativo — Fixação. Observância do — Art. 12 da Lei Complementar n. 155/97..... 455

I

IMÓVEL

- Avaliação — Corretor de imóveis. Possibilidade..... 581

INDENIZAÇÃO

- Contrato — Prestação de serviços médicos e hospitalares com seguradora. Revogação unilateral. Procedimento ilegal. Danos materiais. Demonstração. Verba devida. 289
- Transporte marítimo — Violação de *container*. Falta de mercadoria. Responsabilidade da autoridade portuária. Verba devida. 94

INTERDITO PROIBITÓRIO

- *Vide* Possessória.

L**LATROCÍNIO**

- Delito caracterizado — Desclassificação para homicídio. Impossibilidade. Não detenção da *res* subtraída. Irrelevância. Condenação mantida. 503

LEGISLAÇÃO ESTADUAL**DECRETOS**

- N. 3.017/1989 — Art. 7º, II, *a*..... 148
- N. 14.250/1981 — Art. 8º 83

LEIS

- N. 5.793/1980 — 83
- N. 6.218/1983 — *Vide* Estatuto da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina.
- N. 10.790/1998 — Art. 1º, §§ 1º e 2º 547
 - Art. 2º 547
 - Art. 3º 547
 - Art. 4º 547

LEGISLAÇÃO FEDERAL**DECRETOS**

- N. 2.222/1997 — Art. 13..... 65
- N. 20.910/1932 — Art. 1º 198
- N. 27.048/1949 — 151

DECRETOS-LEIS

— N. 116/1967	— Art. 1º, § 3º.....	94
	— Art. 2º	94
— N. 911/1969	—	122
	— Art. 2º, § 2º.....	337
	— Art. 3º, <i>caput</i>	351
	— Art. 4º	415
— N. 4.657/1942	— <i>Vide</i> Lei de Introdução ao Código Civil.	
— N. 7.661/1945	— <i>Vide</i> Lei de Falências.	

LEIS

— N. 556/1850	— <i>Vide</i> Código Comercial.	
— N. 605/1949	—	151
— N. 1.060/1950	— <i>Vide</i> Lei da Assistência Judiciária.	
— N. 1.533/1951	— <i>Vide</i> Lei do Mandado de Segurança.	
— N. 4.591/1964	— Art. 37	225
— N. 4.717/1965	— Art. 1º	180
— N. 4.898/1965	— Art. 4º, <i>a</i>	484
— N. 5.474/1968	— Art. 8º	117
— N. 6.015/1973	— <i>Vide</i> Lei dos Registros Públicos.	
— N. 6.368/1976	— <i>Vide</i> Lei Antitóxicos.	
— N. 6.515/1977	— <i>Vide</i> Lei do Divórcio.	
— N. 6.766/1979	—	138
— N. 6.830/1980	— <i>Vide</i> Lei de Execução Fiscal.	
— N. 7.347/1985	— Art. 11	595
	— Art. 12, §§ 1º e 2º	595
— N. 8.069/1990	— <i>Vide</i> Estatuto da Criança e do Adolescente.	
— N. 8.072/1990	— <i>Vide</i> Lei dos Crimes Hediondos.	
— N. 8.078/1990	— <i>Vide</i> Código de Defesa do Consumidor.	
— N. 8.137/1990	— Art. 1º, V	475
	— Art. 2º, I	475
— N. 8.437/1992	— Art. 4º	591
— N. 8.666/1993	— Art. 3º	72
	— Art. 41	72
— N. 8.987/1995	— <i>Vide</i> Lei das Concessões.	
— N. 9.099/1995	— Art. 612.....	65
	— Arts. 71 e seguintes	536
	— Art. 82.....	532
	— Art. 89.....	494
— N. 9.394/1996	— <i>Vide</i> Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.	
— N. 9.437/1997	— Art. 6º	65
	— Art. 10, <i>caput</i>	532

	— Art. 10.....	437 e 468
— N. 9.455/1997	— Art. 1º	484
— N. 9.503/1997	— Vide Código de Trânsito Brasileiro.	
— N. 9.605/1998	— Art. 46.....	475
— N. 9.714/1998	—	525
— N. 10.259/2001	— Art. 2º, parágrafo único	532
	— Art. 20, parte final	532
— N. 10.352/2001	—	248, 279, 385 e 388
	— Art. 1º	98
	— Art. 2º	98

LEGISLAÇÃO MUNICIPAL

DECRETOS

— N. 077/1996 (Florianópolis).....	83
— N. 5.685/1996 (Blumenau)	553

LEIS

— N. 3.219/1995 (Criciúma) — Art. 11, I	557
— N. 4.565/1994 (Florianópolis) — Art. 18	83
— N. 4.678/1996 (Blumenau)	553

LEI

— Estadual — Emendas parlamentares. Aumento de despesas. Matéria privativa do Governador do Estado. Inconstitucionalidade declarada.	547
— Municipal — Estudante. Direito a meia-entrada. Violação aos princípios da isonomia e da livre iniciativa. Inocorrência. Inconstitucionalidade improcedente.	553
— Municipal — Instituição da Taxa de Segurança contra Incêndio. Invasão da competência tributária privativa do Estado. Inconstitucionalidade declarada.....	557

LEI ANTITÓXICOS (Lei n. 6.368/1976)

— Art. 12, <i>caput</i>	525
— Art. 12, § 2º, III	446
— Art. 18, III	446 e 525
— Art. 38, § 1º.....	446

LEI DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (Lei n. 1.060/1950)

— Art. 4º	271
-----------------	-----

LEI DAS CONCESSÕES (Lei n. 8.987/1995)

— Art. 6º, § 3º, II	90
---------------------------	----

LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL (Lei n. 9.394/1996)

- Art. 4º, IV 259

LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (Lei n. 6.830/1980)

- Art. 11 391

LEI DE FALÊNCIAS (Decreto-Lei n. 7.661/1945)

- Art. 23, parágrafo único, III..... 98
— Art. 26 98 e 233

LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL (Decreto-Lei n. 4.657/1942)

- Art. 6º, § 3º 136

LEI DO DIVÓRCIO (Lei n. 6.515/1977)

- Art. 7º 279

LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA (Lei n. 1.533/1951)

- Art. 12, parágrafo único 259
— Art. 18 65

LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (Lei n. 8.072/1990)

- Art. 2º, II 437

LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS (Lei n. 6.015/1973)

- Art. 225 242

LEIS COMPLEMENTARES

- N. 155/1997 (Estadual) — Art. 12..... 455

LICITAÇÃO

- Edital — Descumprimento. Concorrente inabilitado. Decisão mantida. 72

LOTEAMENTO

- Irregular — Aprovação pelo município. Responsabilidade solidária pela conclusão das obras de infra-estruturas. 138

M

MANDADO DE SEGURANÇA

- Advogado — Autorização para retirada de autos por pessoa de sua confiança. Revogação pelo juiz. Impossibilidade. Ordem concedida. 583
- Alvará sanitário — Revogação. Descumprimento das normas ambientais em prejuízo ao interesse coletivo. Decisão mantida. 83
- Concurso público — Aprovação. Cargos preenchidos por contratação temporária. Ato discricionário da administração. Inocorrência de afronta ao direito individual. Segurança denegada. 78
- Concurso público — Delegado de polícia. Exigibilidade de exame psicotécnico e de capacidade física. Legalidade. Ordem denegada. 65
- Fornecimento de água — Corte. Admissibilidade. Inadimplência do usuário. Aviso prévio expedido pela concessionária. Segurança denegada. 90
- Menor — Matrícula. Creche. Negativa. Ato ilegal. Direito básico à educação. Ordem concedida. 259
- Violação a direito líquido e certo — Inocorrência. Dilação probatória. Impossibilidade. Segurança denegada. 72

MEDIDA CAUTELAR

- Inominada — Liminar. Proibição de registro do nome do devedor nos órgãos de proteção ao crédito. Discussão judicial do débito. Decisão interlocutória mantida. 354
- Inominada — Separação de corpos. Decretação sem o ingresso da ação principal. Possibilidade. 279
- Inominada — Suspensão de cobrança de crédito tributário e depósito judicial dos valores discutidos. Deferimento. Pleito procedente. 175

MEDIDA PROVISÓRIA

- N. 1.539-34/1997 151

MENOR

- Ato infracional — Remissão cumulada com medida socioeducativa concedida pelo Ministério Público. Possibilidade. 511
- Guarda — Pedido feito por terceiro. Liminar concedida em favor do pai biológico. Decisão mantida. Interesse da infante a ser preservado. 378

N

NULIDADE (matéria penal)

- Processo crime — Incompetência *ratione personae*. Reconhecimento. Eiva decretada..... 536

P

PEDRO MANOEL ABREU (Des.)

- Clonagem. Reprodução assexuada. Aspectos jurídicos e bioéticos. 3

PENA CRIMINAL

- Dosagem exacerbada — Adequação de ofício. 517

PENHORA

- Embarcação — Adquirente e vendedora em má-fé recíproca. Construção judicial mantida. Embargos de terceiro improcedentes. 325
- Imóvel — Compromisso de compra e venda celebrado pelos embargantes e posse anterior à executiva. Boa-fé caracterizada. Construção afastada. Embargos procedentes. 225
- Imóvel financiado — Adquirente por meio de “contrato de gaveta”. Ausência de transcrição. Irrelevância. Má-fé não comprovada. Fraude à execução incorrente. Exoneração da construção. 266
- Percentual do faturamento da empresa — Possibilidade..... 391
- Títulos da dívida pública — Recusa pelo credor. Possibilidade. .. 400

PETIÇÃO INICIAL

- Indeferimento — Falta de interesse de agir. Inocorrência. Proseguimento do feito. 180
- Indeferimento — Inexistência de interesse processual e perda superveniente da pretensão deduzida. Decisão mantida. 87

PORTE ILEGAL DE ARMA

- Delito de menor potencial ofensivo — Competência das Turmas de Recursos para o julgamento do apelo. 532

POSSESSÓRIA

- Interdito proibitório — Esbulho e posse. Não comprovação. Exceção de domínio. Inadmissibilidade. Pleito improcedente. 236
- Reintegração — Prova do esbulho caracterizada. Pleito procedente. 242

PRAZO

- Recursal — Contagem quando há pedido de reconsideração no agravo de instrumento. 403

PRESCRIÇÃO

- Indenização contra a Fazenda Pública — Prescrição quinquenal consumada. Extinção do feito. Exegese do Dec. n. 20.910/32. 198

PRESCRIÇÃO CRIMINAL

- Ocorrência — Extinção da punibilidade. Decretação de ofício. 455

PRISÃO DOMICILIAR

- Deferimento — Alegação de precárias condições de saúde. Não comprovação. Decisão cassada. 541

PROVA CRIMINAL

- Depoimento de policiais — Validade. 525

R**RECURSO**

- Agravo de instrumento — Conversão em agravo retido. Possibilidade. 385
- Agravo inominado — Ausência de peça obrigatória. Negativa de seguimento ao apelo. Decisão mantida. 405
- Apelação — Intempestividade. Não conhecimento. 213
- Embargos de declaração — Ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão. Ausência. Apelo desprovido. 535
- Embargos de declaração — Contradição, omissão e obscuridade no acórdão. Inexistência. Rejeição. 424
- Embargos infringentes — Razões recursais dissociadas do teor do voto vencido. Não conhecimento. 415

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

- Embargos de divergência — Dissídio jurisprudencial. Não demonstração. Descumprimento ao preceituado no — Art. 331 do RISTF. Rejeição..... 572
- Funcionário público — Ascensão funcional. Inadmissibilidade. Exegese do — Art. 37, II, da CF. 570
- Funcionário público comissionado — Exoneração. Estabilidade sindical. Não reconhecimento. Exegese do — Art. 37, II, da CF. . 567

RESOLUÇÃO DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL

- N. 2.878/2001 — Art. 1º, V..... 419
- Art. 15, § 2º..... 419

RESPONSABILIDADE CIVIL

- Acidente de trânsito — Invasão da contramão de direção. Comprovação. Culpa caracterizada. Indenização devida. 166
- Transporte aéreo — Extravio de bagagem. Danos morais e materiais. Verbas devidas. Pleito procedente. 104

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

- Estabelecimento prisional — Tortura. Comprovação. Culpa *in vigilando* do ente público. Caracterização. Danos morais e materiais. Verbas devidas. 185

ROUBO QUALIFICADO

- Cumulação com extorsão — Desclassificação para furto. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida..... 461

S**SEGURO**

- Imóvel — Incêndio. Perda total. Indenização inferior ao previsto na apólice. Obtenção da diferença do valor. Ação de cobrança procedente. 109
- Veículo — Perda total. Indenização pelo preço de mercado. Quitação a menos. Cobrança da diferença conforme o valor da apólice. Possibilidade. 248

SENTENÇA CRIMINAL

- Nulidade — Decretação. Prolação sem o interrogatório. Violação o
— Art. 185 do CPP 431

SÉRGIO LUIZ JUNKES (Dr.)

- Uma política jurídica para a redução do consumo de bebidas al-
coólicas. 29

SERVIDOR PÚBLICO

- *Vide* Funcionário público.

SOCIEDADE

- Cotas de responsabilidade limitada — Desconsideração da perso-
nalidade jurídica por desvios da função da sociedade. Indeferi-
mento. Ausência de prova. Decisão mantida. 333

SÚMULAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

- N. 15..... 78
- N. 159 285
- N. 192 98
- N. 419 151
- N. 423 136
- N. 565 98

T**TORTURA**

- Delito caracterizado — Palavras do ofendido, das testemunhas e
álibi insubsistente determinam a prolação de um decreto condena-
tório. 484

TRÁFICO DE ENTORPECENTE

- *Vide* Crime contra a saúde pública.

V**VALOR DA CAUSA**

- Alteração de ofício — Possibilidade..... 372

VENDA JUDICIAL

- Arrematação — Entrega de bem diverso do descrito no auto de penhora. Impossibilidade. Adequação..... 370

VOLNEI IVO CARLIN (Des.)

- A difícil arte de desaprender..... 27

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
Idaete 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.